

## Marco Tufo

### Il trasferimento per incompatibilità ambientale nell'impiego privato

**Sommario:** **1.** Introduzione. **2.** L'incompatibilità ambientale al cospetto della Corte di Cassazione tra gli anni '70 e '90. **3.** L'incompatibilità ambientale quale "causa di disorganizzazione e disfunzione dell'unità produttiva". **4.** Le posizioni della dottrina. **5.** Il duplice "controllo causale" del trasferimento. **6.** Alla ricerca di un bilanciamento di interessi nell'incompatibilità ambientale.

#### I. *Introduzione*

La figura del trasferimento per incompatibilità ambientale trae le sue origini dalla disciplina sul pubblico impiego. Prima della c.d. contrattualizzazione, infatti, l'art. 32, co. 4, d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3 prevedeva il trasferimento dell'impiegato nel caso in cui la sua permanenza presso una certa sede potesse nuocere "al prestigio dell'ufficio"<sup>1</sup>. Tale disposizione, poi, venne soppressa con l'art. 43, co. 5, d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, e l'abrogazione fu confermata successivamente con l'art. 72, co. 1, lett. a), d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165<sup>2</sup>.

Indipendentemente dalle sue sorti legislative, la figura del trasferimento

<sup>1</sup> Sul trasferimento per incompatibilità ambientale nel pubblico impiego v. LEVI, *Il trasferimento disciplinare del prestatore di lavoro*, Giappichelli, 2000, p. 110 ss.

<sup>2</sup> Si segnala, comunque, che il trasferimento per incompatibilità ambientale non è scomparso del tutto dal panorama legislativo italiano. Infatti, tale istituto è ancora previsto, ad esempio, per i magistrati, ai sensi dell'art. 2, co. 2, R.d.lgs. 31 maggio 1946 n. 511, per il personale della Polizia di Stato, ex art. 55, d.P.R. 24 aprile 1982 n. 335, nonché per gli autoferrotranvieri, all'art. 37, co. 3, R.d. 8 gennaio 1931 n. 148.

per incompatibilità ambientale aveva varcato la soglia dell'impiego privato già negli anni Settanta grazie all'opera della Corte di Cassazione<sup>3</sup>. Da allora, è iniziato un dibattito sulla legittimità dell'istituto in oggetto che ha visto fronteggiarsi, da un lato, la giurisprudenza, la quale ha concluso per l'ammissibilità di tale fattispecie, anche se come punto di arrivo di un lungo percorso, e, dall'altro, la dottrina, che, per lo più, si è collocata sul versante opposto.

Un primo punto da chiarire riguarda il significato dell'espressione "incompatibilità ambientale" o "aziendale". In generale, è tale il "clima di tensione", idoneo a minare la serenità del rapporto di lavoro, ingenerato da comportamenti connessi alla "particolare indole" del lavoratore<sup>4</sup>. Questi possono concretizzarsi, ad esempio, in semplici diverbi che il lavoratore può avere avuto, per qualsiasi ragione, con i superiori, con i colleghi o con i clienti, oppure in atteggiamenti aggressivi del dipendente occasionati dal suo "caratteraccio"<sup>5</sup>.

In tali casi, sovente, i datori di lavoro hanno individuato nel trasferimento del dipendente, che ha posto in essere il comportamento fonte dell'incompatibilità, uno strumento per "rasserenare i rapporti di lavoro"<sup>6</sup>.

La problematicità dell'utilizzo del potere datoriale in questa direzione va ascritta alla stretta connessione che il trasferimento ha, in tale vicenda, con la condotta del lavoratore. Si è sostenuto, cioè, che il trasferimento qui posto in essere sarebbe di natura "soggettiva", dunque illegittimo perché non motivato da alcuna ragione tecnica, organizzativa e produttiva.

Più precisamente, il provvedimento in questione sarebbe da qualificare come trasferimento "disciplinare"<sup>7</sup> e, allora, l'illegittimità lamentata non troverebbe fondamento soltanto nella carenza di ragioni oggettive e, pertanto, nella violazione dell'art. 2103, co. 8, cod. civ., ma anche nella contrarietà all'art. 7 St. lav. Come è noto, infatti, dottrina e giurisprudenza ritengono illegittimo il trasferimento usato quale sanzione disciplinare – eccetto il caso in cui esso sia stato previsto come sanzione tipica dal contratto collettivo<sup>8</sup> –

<sup>3</sup> Cfr. Cass. 6 marzo 1975 n. 832, in *FI*, 1975, c. 2007 ss.

<sup>4</sup> BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore: mutamento di mansioni e trasferimento*, in *Comm. Schlesinger*, 1997, XII, p. 369.

<sup>5</sup> Cass. 16 aprile 1992 n. 4655, in *RIDL*, 1993, II, p. 571 ss.

<sup>6</sup> Cass. 2 settembre 2008 n. 22059, in *ADL*, 2009, II, p. 540 ss.

<sup>7</sup> Sul trasferimento disciplinare v. *amplius* LEVI, *op. cit.*

<sup>8</sup> Cfr. Cass. 28 settembre 1995 n. 10252, in *GI*, 1996, I, p. 730 ss.; Cass. 21 novembre 1990 n. 11233, in *OGL*, 1991, p. 882 ss.

visto il dettato dell'art. 7 St. lav., secondo cui, salvo il licenziamento, il datore non può disporre sanzioni disciplinari che comportino “mutamenti definitivi del rapporto di lavoro”.

Ad ogni modo, vale la pena di ripercorrere lo sviluppo del concetto di incompatibilità ambientale nella giurisprudenza, per poi vedere come la dottrina si sia divisa in proposito.

Nello specifico, si segnala sin da subito che la giurisprudenza di legittimità, nel corso del tempo, ha osservato la questione da prospettive diverse cosicché, in linea di massima, si può affermare che due sono i principali orientamenti forniti dalla Corte di Cassazione e come, sebbene alla fine abbia prevalso solo uno di essi, per un certo periodo entrambi hanno corso su binari paralleli.

## 2. *L'incompatibilità ambientale al cospetto della Corte di Cassazione tra gli anni '70 e '90*

Il trasferimento per incompatibilità ambientale ha cominciato a trovare spazio tra le pronunce della Corte di Cassazione già nella vigenza dell'art. 32 d.P.R. 3/57. Infatti, sin dagli anni Settanta, la Suprema Corte si era pronunciata favorevolmente rispetto a un trasferimento occasionato dall'incidenza negativa e oggettiva di “un determinato contegno del lavoratore” sul normale svolgimento dell'attività di impresa<sup>9</sup>. Quindi, secondo i giudici di legittimità, era fondamentale distinguere tra la condotta del lavoratore e il suo effetto. La prima, da sola, non poteva essere ritenuta una causa legittima di trasferimento visto che, in tal caso, si sarebbe ravvisato un nesso tra il provvedimento datoriale e ragioni di carattere soggettivo, con la conseguenza che quel trasferimento avrebbe assunto i caratteri della disciplinarietà. Al contrario, il trasferimento del dipendente motivato dalla situazione conflittuale sorta in azienda sarebbe stato del tutto legittimo, attesa la natura oggettiva degli effetti negativi della condotta sull'unità produttiva e, dunque, delle ragioni allegare al trasferimento<sup>10</sup>.

Negli anni successivi, la giurisprudenza di legittimità non seguì la via tracciata da quella pronuncia ma, diversamente, se ne discostò, incominciando

<sup>9</sup> Cass. 832/1975.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

un percorso di ricerca del confine tra disciplinarietà e incompatibilità ambientale.

In particolare, la Corte di Cassazione iniziò ad affermare che il comportamento del dipendente potesse avere contemporaneamente due nature: quella di fatto rilevante sotto il profilo disciplinare e quella di ragione tecnica, organizzativa e produttiva, *ex art.* 13 St. lav.<sup>11</sup>. Del resto, a detta dei giudici di legittimità, l'articolo in questione non poneva alcuna distinzione tra situazioni oggettive e soggettive, richiedendo solamente la sussistenza di ragioni di carattere tecnico, organizzativo e produttivo, purché le stesse fossero “comprovate” e, cioè, “più che provate, dimostrate cioè efficacemente, in termini di evidente assoluta certezza, attraverso elementi di indiscutibile valore, che ne diano al tempo stesso prova e conferma”<sup>12</sup>. Questa impostazione era tutta a vantaggio del datore di lavoro, il quale poteva ricorrere alternativamente alla sanzione disciplinare o al trasferimento del lavoratore, escludendosi che quest'ultimo potesse essere qualificato come provvedimento punitivo<sup>13</sup>. A tutto ciò si aggiungeva che la mera successione cronologica del provvedimento di trasferimento rispetto a una sanzione precedentemente utilizzata per colpire la medesima condotta non faceva dell'atto di mutamento del luogo di lavoro un provvedimento disciplinare e che, comunque, spettava esclusivamente al datore, secondo una valutazione *a priori* e “senza dover attendere il verificarsi di elementi effettivamente perturbatori”<sup>14</sup>, giudicare se usare la sanzione o il trasferimento, senza che il giudice, considerata l'insindacabilità delle scelte imprenditoriali, potesse proferire parola sul punto, fermo restando il proprio controllo di legittimità finalizzato a individuare l'esistenza delle ragioni oggettive<sup>15</sup>.

Tale orientamento era censurabile. Infatti, affermare che la condotta del lavoratore possa essere allo stesso tempo fatto rilevante sotto il profilo disciplinare e ragione oggettiva di trasferimento suona come un ossimoro<sup>16</sup>. Sembra che la Corte di Cassazione, in quelle pronunce, avesse perso di vista la

<sup>11</sup> Cfr. Cass. 10252/1995; Cass. 16 aprile 1992 n. 4655, in *RIDL*, 1993, II, p. 571 ss.; Cass. 13 novembre 1991 n. 12088, in *DG*, 1992, p. 587 ss.; Cass. 16 giugno 1987 n. 5339, in *RIDL*, 1987, II, p. 247 ss.; Cass. Sez. Un. 24 luglio 1986 n. 4747, in *RIDL*, 1987, II, p. 518 ss.

<sup>12</sup> Così Cass. 4655/1992; in senso conforme Cass. 10252/1995.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> Cass. 21 ottobre 1997 n. 10333, in *RGL*, 1998, II, p. 284 ss.; Cass. 12088/1991.

<sup>15</sup> Cfr. Cass. Sez. Un. 4747/1986.

<sup>16</sup> A ben vedere, una simile ambiguità si ripropone anche in tema di licenziamenti. Infatti, è noto come la Corte di Cassazione abbia dichiarato che lo “scarso rendimento” del lavoratore

distinzione tra soggettività e oggettività. Ciò che lascia perplessi è la soluzione proposta dalla Suprema Corte, una alternativa tra due provvedimenti, la sanzione disciplinare e il trasferimento, del tutto differenti negli elementi costitutivi. Infatti, la sanzione disciplinare, come è noto, viene erogata per punire l'inadempimento contrattuale del lavoratore, cioè una condotta in sé, pertanto trova la sua giustificazione in ragioni soggettive. Lo stesso non può dirsi del trasferimento del lavoratore, atto di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro, che però, proprio perché espressione di quel potere, è giustificato solo se occasionato da ragioni tecniche, organizzative e produttive, cioè da ragioni oggettive. In sostanza, sembra che i giudici di legittimità, consapevoli di non poter proclamare apertamente la legittimità del trasferimento quale sanzione atipica, abbiano voluto "mascherarlo", ponendo l'alternativa con le sanzioni, come se quel provvedimento fosse qualcosa di diverso da queste ultime.

### 3. *L'incompatibilità ambientale quale causa di disorganizzazione e disfunzione dell'unità produttiva*

A partire dalla metà degli anni Novanta, si sviluppa in seno alla Suprema Corte un orientamento minoritario che affronta diversamente il rapporto tra condotta del lavoratore e trasferimento. Con questa nuova posizione, la Cassazione cerca di definire il trasferimento per incompatibilità ambientale come figura autonoma e distinta dal trasferimento disciplinare. Più precisamente, i giudici di legittimità recuperano l'orientamento degli anni Settanta, statuendo la legittimità di un trasferimento dovuto a una "situazione di incompatibilità tra un lavoratore ed i suoi colleghi o collaboratori diretti (...) quando essa determini conseguenze (tensioni nei rapporti personali, contrasti nell'ambiente di lavoro, ecc.), che costituiscono esse stesse causa di disorganizzazione e disfunzione dell'unità produttiva"<sup>17</sup>.

possa costituire, allo stesso tempo, giustificato motivo oggettivo di licenziamento o inadempimento contrattuale da porre alla base di un licenziamento per giustificato motivo soggettivo. Sul licenziamento per scarso rendimento v., in giurisprudenza, Cass. 5 marzo 2003 n. 3250, in *RIDL*, 2003, II, p. 689 ss., con nota di ICHINO, *Sullo scarso rendimento come fattispecie anfibia, suscettibile di costituire al tempo stesso giustificato motivo oggettivo e soggettivo di licenziamento*, e, in dottrina, PEDRAZZOLI, *Sul licenziamento per scarso rendimento e per il sopravvivere di incompatibilità personali*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Licenziamenti e sanzioni nei rapporti di lavoro*, Cedam, 2011, p. 81 ss.

<sup>17</sup> Cass. 10252/1995; cfr. Cass. 27 giugno 1998 n. 6383, in *RIDL*, 1999, II, p. 356 ss.

Innanzitutto, si segnala un mutamento nel lessico utilizzato dai giudici di legittimità. Se nelle pronunce precedenti al centro della giustificazione del trasferimento si trovava il comportamento stesso del dipendente, adesso si fa riferimento alla “situazione di incompatibilità” e alle sue conseguenze negative sull’unità produttiva, elementi, cioè, oggettivi “o quanto meno valutabili alla stregua di un criterio oggettivo”<sup>18</sup>. Del resto, la stessa Cassazione appariva rendersi conto che la terminologia consolidatasi sul tema era fattore di confusione, così arrivava ad affermare che, “per effetto di un’impropria convenzione terminologica”, il trasferimento non poteva essere definito disciplinare, “essendo più corretto parlare di trasferimento motivato da situazioni soggettive del lavoratore”<sup>19</sup>.

Dunque, tale giurisprudenza polemizzava apertamente con l’orientamento dominante evidenziando come quei giudici, nonostante avessero negato, in linea di principio, la legittimità del trasferimento disciplinare quale sanzione atipica, alla fine lo avessero ammesso proprio perché avevano identificato la condotta stessa del dipendente quale causa oggettiva del trasferimento. Diversamente, spostando il punto di congiunzione del nesso di causalità dal comportamento ai suoi effetti, si andava ad ancorare il provvedimento a un elemento oggettivo, in conformità all’art. 2103 cod. civ.

Con l’ingresso nel terzo millennio, la Suprema Corte si assesta sull’interpretazione della legittimità del trasferimento per incompatibilità ambientale come trasferimento occasionato dalle conseguenze pregiudizievoli del comportamento del lavoratore sull’unità produttiva<sup>20</sup>.

Questo orientamento risulta legittimato da una precisazione fatta dal giudice di legittimità in tema di trasferimento disciplinare. Infatti, è stato affermato che, laddove la ragione del trasferimento sia ricollegabile a una mancanza del dipendente, tale provvedimento avrebbe natura “ontologicamente disciplinare”<sup>21</sup>, con un evidente richiamo alla giurisprudenza in tema di li-

<sup>18</sup> Cass. 10252/1995; cfr. Cass. 6383/1998.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> Cfr. Cass. 5 novembre 2013 n. 24775, in *DeJure*; Cass. 28 ottobre 2013 n. 24260, *ivi*; Cass. 22 agosto 2013 n. 19425, *ivi*; Cass. 2 dicembre 2011 n. 25799, *ivi*; Cass. 6 luglio 2011 n. 14875, in *FI*, 2011, I, c. 3007 ss.; Cass. Sez. Un. 9 luglio 2009 n. 16102, in *LG*, 2009, II, p. 1243 ss.; Cass. 2 settembre 2008 n. 22059, in *ADL*, 2009, II, p. 540 ss.; Cass. 23 febbraio 2007 n. 4265, in *RIDL*, 2007, II, p. 863 ss.; Cass. 10 marzo 2006 n. 5320, in *NGL*, p. 523 ss.; Cass. 1 settembre 2003 n. 12735, in *NGL*, 2004, p. 340 ss.; Cass. 2 aprile 2003 n. 5087, in *RIDL*, 2003, II, p. 774 ss.; Cass. 12 dicembre 2002 n. 17786, in *FI*, 2003, I, c. 440 ss.; Cass. 9 marzo 2001 n. 3525, in *DL*, 2001, II, p. 455 ss.

<sup>21</sup> Cass. 17 marzo 2009 n. 6462, in *OGL*, 2009, I, p. 141 ss.

enziamento disciplinare. Ciò non fa che confermare la volontà della Cassazione di prendere le distanze dalla tesi precedente, che ricollegava l'eventuale trasferimento disposto, alternativo alla sanzione, alla condotta stessa del dipendente.

La Suprema Corte, poi, ha negato che il trasferimento per incompatibilità ambientale possa essere utilizzato con funzione "cautelare", salvo il contratto collettivo non preveda il suo uso a tale scopo, attesa la necessità di verificare la effettiva sussistenza di ragioni oggettive mentre, diversamente, disporre un provvedimento cautelare significa agire prima di tale accertamento e, dunque, ancora una volta, colpire la condotta in sé del lavoratore<sup>22</sup>.

Inoltre, sempre più spesso la giurisprudenza di legittimità tende a precisare i limiti del sindacato giudiziale in relazione alle cause di trasferimento, nei casi in cui quest'ultimo venga disposto per incompatibilità ambientale, circoscrivendo il controllo del giudice ai soli profili di legittimità della scelta datoriale, con esclusione di qualunque indagine inerente al merito di essa<sup>23</sup>. Tale circostanza, a parere di chi scrive, costituisce la dimostrazione di una ormai piena legittimazione da parte della Cassazione dell'incompatibilità ambientale quale ragione oggettiva, atteso che gli interrogativi riguardanti l'estensione del sindacato del giudice sui provvedimenti del datore di lavoro attengono alla verifica del giustificato motivo oggettivo. Si intende dire, cioè, che la Suprema Corte, affrontando sempre più spesso nelle sue pronunce la tematica relativa ai limiti del controllo giudiziale, ha completato la configurazione dell'incompatibilità ambientale come ragione oggettiva.

A riprova della compiuta "oggettivazione" dell'incompatibilità ambientale militano anche alcune pronunce della Corte di Cassazione, nelle quali è stato definito il rapporto fra il trasferimento per incompatibilità ambientale e le tutele accordate dalla l. 5 febbraio 1992 n. 104 ai disabili e ai loro familiari in caso di trasferimento.

In particolare, le Sezioni Unite hanno statuito che "il diritto del genitore o del familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato, di non essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede, mentre non può

<sup>22</sup> Cfr. Cass. 3525/2001. In questo caso, il direttore di una filiale bancaria era stato trasferito all'esito di una indagine penale, che era sfociata nell'instaurazione di un procedimento penale, eventi questi che avevano deteriorato il rapporto fiduciario con il datore di lavoro e con i sottoposti.

<sup>23</sup> Cass. 19425/2013; Cass. 25799/2011; Cass. 4265/2007; Cass. 5320/2006; Cass. 17786/2002.

subire limitazioni in caso di mobilità connessa ad ordinarie esigenze tecnico-produttive dell'azienda, ovvero della pubblica amministrazione, non è invece attuabile ove sia accertata (...) la incompatibilità della permanenza del lavoratore nella sede di lavoro"<sup>24</sup>.

Successivamente, la Cassazione ha proclamato il medesimo principio per il disabile stesso<sup>25</sup>. Infatti, è stato affermato che il diritto del soggetto predetto al consenso in caso di trasferimento non può essere considerato "assoluto e illimitato, poiché esso può essere fatto valere allorquando, alla stregua di un equo bilanciamento fra tutti gli implicati interessi costituzionalmente rilevanti, il suo esercizio non finisca per ledere in maniera consistente le esigenze economiche, produttive ed organizzative del datore di lavoro e per tradursi (...) in un danno per l'interesse della collettività"<sup>26</sup>.

Del resto, questo contemperamento di interessi trova fondamento nell'espressione, contenuta nei co. 5 e 6, art. 33 l. 104/92, "ove possibile", in cui risiederebbe la volontà del legislatore di proteggere il disabile e i suoi familiari finché i loro interessi non debbano cedere di fronte ad altri valori costituzionalmente tutelati, tra cui si annovera pure l'interesse datoriale, tutelato all'art. 41, co. 1, Cost.<sup>27</sup>.

Dunque, da queste pronunce emerge che persino un interesse forte, quale quello del disabile a mantenere la propria sede lavorativa, si trova a soccombere di fronte a una situazione di incompatibilità ambientale, in considerazione del danno che tale vicenda provocherebbe all'unità produttiva. Ma, a ben vedere, il bilanciamento di interessi non si risolve a totale vantaggio del datore di lavoro. Infatti, come sancito dalla Cassazione stessa, vicende del genere sono assimilabili a casi di soppressione del posto di lavoro che impongono il trasferimento. In sostanza, lo spostamento diventa l'unica soluzione praticabile per evitare un'estromissione del dipendente dall'azienda, cosicché il contemperamento di interessi finisce per volgere a favore del dipendente, in quanto, laddove questi sia familiare del disabile, la perdita dell'impiego si rifletterebbe sulla stessa persona disabile assistita<sup>28</sup> e, *a fortiori*, l'espulsione del dipendente disabile costituirebbe un evento di particolare gravità per il suo destinatario.

<sup>24</sup> Cass. Sez. Un. 16102/2009.

<sup>25</sup> Cfr. Cass. 24775/2013.

<sup>26</sup> Cass. Sez. Un. 16102/2009; cfr. Cass. 24775/2013; Cass. 27 marzo 2008 n. 7945, in *DeJure*.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> Cass. Sez. Un. 16102/2009.



#### 4. *Le posizioni della dottrina*

Riguardo al trasferimento per incompatibilità ambientale, la dottrina maggioritaria ha assunto una posizione diametralmente opposta rispetto a quella giurisprudenziale. Quindi, se la giurisprudenza, pur con le sue variegate interpretazioni nel corso del tempo, si è detta da sempre favorevole a questo tipo di trasferimento, gran parte degli autori non si sono mostrati disposti a dare legittimazione a tale figura<sup>29</sup>.

L'argomento di base assunto da parte di questi studiosi è che il trasferimento per incompatibilità ambientale costituirebbe una finzione dietro la quale si nasconderebbero le reali motivazioni di trasferimento, le quali, in sostanza, risiederebbero nella volontà di punire il dipendente per una propria condotta. In particolare, una delle critiche più frequenti fatte alla giurisprudenza è che questa avrebbe dimenticato che la natura oggettiva o soggettiva del provvedimento datoriale non si fonderebbe sugli effetti che un determinato fatto produce, atteso che in entrambi i casi rilevarebbe solo la loro incidenza negativa sull'azienda, ma sulla natura della causa da cui quegli effetti scaturiscono<sup>30</sup>. Dunque, si parlerebbe di giustificazione soggettiva se il provvedimento trovasse la propria fonte nel comportamento del lavoratore, e di giustificazione oggettiva, al contrario, in tutti gli altri casi. Di conseguenza, considerato che, nel contratto di lavoro, la condotta del dipendente rileva solo ai fini della corretta esecuzione della prestazione, si potrebbero configurare due tipologie di incompatibilità ambientale<sup>31</sup>.

La prima, detta "incompatibilità ambientale colpevole"<sup>32</sup>, troverebbe la sua origine in un inadempimento contrattuale del dipendente, con la conseguenza che il datore di lavoro, in tal caso, non potrebbe mai trasferire il lavoratore, altrimenti il provvedimento assumerebbe natura disciplinare, ma sarebbe legittimato solo ad adottare sanzioni disciplinari conservative, ferma

<sup>29</sup> Tra gli autori a favore della tesi giurisprudenziale si segnalano ALVINO, *Trasferimento del lavoratore e "serenità dei rapporti" sul luogo di lavoro*, in *ADL*, 2009, II, p. 541 ss.; CALÀ, *Il trasferimento del lavoratore*, Cedam, 1999, p. 213 ss.; PROIA, *Qual è il trasferimento disciplinare?*, in *RIDL*, 1993, II, p. 574 ss.; PERA, *Sul trasferimento del lavoratore*, in *FI*, 1976, V, c. 65 ss.

<sup>30</sup> VALLEBONA, *Il trasferimento del lavoratore*, in *RIDL*, 1987, I, pp. 78-79; in senso conforme PISANI, *Mansioni e trasferimento nel lavoro privato e pubblico*, Utet, 2009, p. 174.

<sup>31</sup> Cfr. LEVI, *op. cit.*, p. 201 ss.; BROLLO, *op. cit.*, p. 560 ss.; VALLEBONA, *op. cit.*, p. 79; ANGIELLO, *Il trasferimento dei lavoratori*, Cedam, 1986, p. 92.

<sup>32</sup> Così BROLLO, *op. cit.*, p. 560.

restando la possibilità di intimare il licenziamento disciplinare. Gli autori in questione hanno trovato un ulteriore argomento a sostegno della propria tesi analizzando alcuni contratti collettivi. Infatti, si è evidenziato che in alcuni codici disciplinari di natura pattizia vi sarebbero alcune fattispecie (per esempio atti di lieve insubordinazione, offese arrecate ai colleghi, risse all'interno o fuori dai reparti di lavorazione dello stabilimento) che, nella casistica, ricorrono spesso quali situazioni di incompatibilità ambientale<sup>33</sup>. Inoltre, tale argomentazione tende a identificare l'incompatibilità ambientale, in via residuale, con la violazione degli obblighi di collaborazione e di obbedienza verso colleghi, superiori e datori, quali "clausole aperte". In sostanza, laddove la condotta in oggetto non fosse prevista espressamente dal codice disciplinare, la violazione degli obblighi suddetti costituirebbe, comunque, un inadempimento punibile dal datore e, dunque, sarebbe sanzionabile sul piano disciplinare ma mai, ancora una volta, con il trasferimento<sup>34</sup>.

La seconda figura enucleata da questi autori, detta "incompatibilità ambientale incolpevole"<sup>35</sup> o "oggettiva"<sup>36</sup>, sarebbe riferita a una situazione causata da un comportamento del lavoratore che non raggiunge la soglia della disciplinarietà. In tale caso, *a fortiori* il dipendente non sarebbe trasferibile, perché qui neppure sarebbe giustificata l'irrogazione di un provvedimento punitivo. Nello specifico, il datore non potrebbe neanche avere interesse a conoscere i rapporti tra i lavoratori, dal momento che tale interesse sarebbe giustificato solo quando la natura di quelle relazioni fosse idonea a incidere sulla corretta esecuzione della prestazione, cioè proprio nel caso in cui si raggiungesse la soglia della disciplinarietà mentre, in tutti gli altri casi, il dipendente sarebbe comunque tutelato *ex artt. 1 e 8 St. lav.* Pertanto, affermare la legittimità del trasferimento, in questo secondo caso, significherebbe dotare il datore di uno strumento idoneo a incidere sul rapporto di lavoro in relazione a condotte non rilevanti dal punto di vista disciplinare e ciò equivarrebbe ad ammettere un trasferimento per motivi soggettivi e, dunque, illegittimo<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> BROLLO, *op. cit.*, p. 562.

<sup>34</sup> BROLLO, *op. cit.*, p. 562; VALLEBONA, *op. cit.*, p. 79.

<sup>35</sup> Ancora BROLLO, *op. cit.*, p. 562.

<sup>36</sup> Così ANGIELLO, *op. cit.*, p. 92.

<sup>37</sup> VALLEBONA, *op. cit.*, p. 79; in senso critico BROLLO, *op. cit.*, p. 563, la quale ritiene che tale ragionamento non sia necessario, risultando sufficiente richiamare la nozione di giustificato motivo oggettivo quale unica ragione di trasferimento e, pertanto, idonea ad escludere qualsiasi trasferimento collegato alla sfera giuridica del dipendente.

Alcuni autori hanno assunto nei confronti di questa seconda figura di incompatibilità un atteggiamento più “morbido”<sup>38</sup> e, perciò, hanno tentato di fornire delle soluzioni idonee a risolvere la situazione creatasi prospettando due alternative: o “facendo leva sull’unità di lavoro di partenza, senza procedere ad alcun trasferimento”, regolarizzando l’attività lavorativa tramite “una più incisiva attuazione del potere direttivo del datore di lavoro”, oppure “eliminando la causa o le cause della disfunzione attraverso il trasferimento di uno o più lavoratori ad altra unità produttiva”<sup>39</sup>. In attuazione della prima delle due alternative, il datore potrebbe, ad esempio, nell’esercizio dello *ius variandi*, disporre “una rotazione delle mansioni che comporti una diversa, e pacificatrice distribuzione del lavoro”<sup>40</sup>. Soltanto laddove tale via non fosse percorribile e, quindi, fosse accertata l’ “inutilità di altri provvedimenti meno gravi”<sup>41</sup>, non rimarrebbe che optare per la seconda soluzione, ossia trasferire uno dei lavoratori coinvolti nella situazione di incompatibilità. Ma, in questo caso, il provvedimento dovrebbe essere idoneo a eliminare l’incompatibilità, con onere della prova a carico del datore<sup>42</sup>, e, salvo il caso in cui l’incompatibilità sia ascrivibile in modo chiaro a un preciso dipendente, sorgerebbe il problema di capire quale lavoratore abbia causato l’incompatibilità e, dunque, chi trasferire<sup>43</sup>. Si è escluso che il criterio da utilizzare possa essere quello della “maggior convenienza aziendale”, in quanto si rischierebbe di scegliere un soggetto del tutto estraneo alla vicenda. Tuttavia, non sarebbe accettabile neppure il parametro del dipendente “più colpevole”, atteso che si ragionerebbe in termini sanzionatori andando, in sostanza, a disporre un trasferimento disciplinare<sup>44</sup>. Pertanto, nella scelta del lavoratore da trasferire, il datore di lavoro dovrebbe seguire parametri che tengano in considerazione le con-

<sup>38</sup> Così BROLLO, *op. cit.*, p. 563.

<sup>39</sup> ANGIELLO, *op. cit.*, pp. 92-93; in senso conforme LEVI, *op. cit.*, p. 204.

<sup>40</sup> ANGIELLO, *op. cit.*, p. 93; cfr. DE FALCO, *Luogo di lavoro e adempimento della prestazione*, ESI, 2012, p. 85.

<sup>41</sup> Così LEVI, *op. cit.*, 205; la questione, invero, era stata posta in precedenza da LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, FrancoAngeli, 1982, p. 283, nota 77, ma senza una presa di posizione sull’utilizzo del trasferimento quale *extrema ratio* per risolvere situazioni di incompatibilità ambientale.

<sup>42</sup> LEVI, *op. cit.*, p. 205; BROLLO, *op. cit.*, p. 564.

<sup>43</sup> DE FALCO, *op. cit.*, p. 85; LEVI, *op. cit.*, p. 208; CALÀ, *op. cit.*, p. 220; BROLLO, *op. cit.*, p. 565; ANGIELLO, *op. cit.*, p. 92.

<sup>44</sup> VALLEBONA, *op. cit.*, p. 79; in senso conforme LEVI, *op. cit.*, p. 208, nonché BROLLO, *op. cit.*, pp. 565-566.

dizioni personali e familiari dei dipendenti, a imitazione dei criteri di cui all'art. 5, l. 23 luglio 1991 n. 223, previsti per il licenziamento collettivo, che troverebbero ingresso nel trasferimento grazie ai principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto<sup>45</sup>, cui il datore è sottoposto, e i quali consentirebbero di trasferire, in attuazione di una comparazione delle situazioni soggettive tra gli individui coinvolti, il lavoratore “più forte” tra i potenziali destinatari dell'atto<sup>46</sup>, ossia colui per cui il provvedimento sarebbe meno gravoso.

### 5. *Il duplice “controllo causale” del trasferimento*

All'esito della ricostruzione del dibattito sull'incompatibilità ambientale, pare utile offrire qualche riflessione.

In primo luogo, si osserva che l'atteggiamento ostile della dottrina nei confronti della tesi maggioritaria della Corte di Cassazione sembra radicato nella finalità di evitare al dipendente, in conseguenza di suoi comportamenti pregiudizievoli per l'azienda, un provvedimento, come il trasferimento, idoneo a modificare l'elemento topografico del contratto di lavoro e, dunque, in grado di incidere in modo rilevante non solo sulle modalità oggettive di svolgimento della prestazione ma anche sulla sfera soggettiva del lavoratore<sup>47</sup>. Più precisamente, al di là della *ratio* originaria dei limiti imposti al potere di trasferimento dall'art. 13 St. lav., finalizzati alla limitazione di pratiche anti-sindacali molto diffuse nella fase ante-statutaria<sup>48</sup>, è evidente che lo spostamento definitivo ad altra unità produttiva, qualunque sia la distanza di quest'ultima, possa ledere interessi di varia natura del dipendente. Il trasferi-

<sup>45</sup> LEVI, *op. cit.*, p. 208; BROLLO, *op. cit.*, p. 566; ANGIELLO, *op. cit.*, p. 94.

<sup>46</sup> Sulla scelta del lavoratore da trasferire v. *infra* par. 6.

<sup>47</sup> DE FALCO, *op. cit.*, pp. 61-62.

<sup>48</sup> Si fa riferimento alla nota vicenda dei trasferimenti ai cc.dd. reparti-confino, attuati a fini di rappresaglia sindacale, come evidenziato nella Relazione al disegno di legge dello Statuto dei lavoratori, presentata dalla XIII Commissione Permanente alla Presidenza della Camera il 6 maggio 1970; sul punto v. LISO, *op. cit.*, p. 270; invero, come rileva LOFFREDO, *Mobbing e poteri datoriali*, in AMATO, CASCIANO, LAZZERONI, LOFFREDO, *Il mobbing. Aspetti lavoristici: nozione, responsabilità, tutele*, Giuffrè, 2002, p. 73, tali situazioni non possono essere ritenute “reperiti di archeologia giuridica”, dal momento che, anche nella fase post-statutaria, si sono verificati casi di trasferimento a reparti isolati di interi gruppi di lavoratori.

mento, infatti, se concepito in senso meramente “geografico”<sup>49</sup>, ossia quale spostamento del lavoratore a distanze apprezzabili, può incidere sulla vita familiare e sociale del trasferito, nonché sulla sua condizione economica, rendendo più gravosa la sua sopravvivenza “lontano da casa”. Inoltre, laddove si accogliesse una nozione di “unità produttiva” in senso tecnico-funzionale<sup>50</sup>, entrerebbero in gioco ulteriori interessi, non tipizzabili rigidamente e molto spesso non rilevanti, connessi alla permanenza del dipendente presso una certa area organizzativa<sup>51</sup> e sintetizzabili nel concetto di bene al “godimento (...) dell'appartenenza all'unità produttiva”<sup>52</sup>, dal momento che il trasferimento, in tal caso, potrebbe consistere anche in spostamenti a brevi distanze, addirittura all'interno dello stesso edificio.

Tuttavia, la posizione della dottrina maggioritaria è criticabile sotto vari punti di vista e, a mio parere, finisce per volgere più a svantaggio che a favore del dipendente.

Sembra che la chiave per valutare in astratto la legittimità del trasferi-

<sup>49</sup> Sulla nozione di trasferimento e sulla contrapposizione tra trasferimento “geografico” e trasferimento “tecnico” v. BROLLO, *op. cit.*, p. 389 ss.

<sup>50</sup> Definita da Cass. 21 febbraio 1986 n. 1064, in *OGI*, 1986, p. 326 ss., come: “ogni articolazione autonoma dell'impresa o azienda avente, sotto il profilo funzionale o finalistico, idoneità ad esplicare in tutto in parte l'attività di produzione di beni o servizi dell'impresa della quale è una componente organizzativa, e perciò distinta dal punto di vista economico, produttivo e spaziale dagli altri luoghi ove si esercita l'attività di impresa (...), non dunque, ogni sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto dell'impresa (...), ma quella consistente entità aziendale (...) che, anche se articolata in organismi minori, si caratterizzi per sostanziali condizioni imprenditoriali di indipendenza tecnica e amministrativa, tali che in esse si svolga e si concluda il ciclo relativo ad una frazione o ad un momento essenziale dell'attività produttiva”; sul concetto di unità produttiva v. l'ampia trattazione di CESTER, *Unità produttiva e rapporti di lavoro*, Cedam, 1983.

<sup>51</sup> Cfr. LISO, *op. cit.*, pp. 273-274, che ne indica, in via esemplificativa, alcuni: “l'interesse a rimanere nella propria unità produttiva che non sarà interessata dal provvedimento di riduzione del personale; l'interesse a rimanere nella propria unità produttiva che, avendo più di 15 dipendenti, consente di godere di una tutela «reale» contro il licenziamento; l'interesse al mantenimento di una situazione di fatto in cui le mansioni effettivamente svolte hanno raggiunto – nell'ambito della organizzazione concreta del lavoro – un certo assetto soddisfacente (ad esempio un certo standard particolarmente non usurante, affiatamento con i colleghi, ecc.) che con un eventuale trasferimento, pur nel pieno rispetto della qualità professionale della prestazione richiesta, potrebbe peggiorare; l'aspettativa di carriera che può essere connessa all'occupazione di un certo posto in una determinata unità produttiva, che in genere costituisce l'area all'interno della quale gli spostamenti del lavoratore sono caratterizzati da un certo grado di normalità”.

<sup>52</sup> GHEZZI, ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, 1987, II ed., p. 167.

mento per incompatibilità ambientale risieda nella relazione intercorrente tra le “ragioni tecniche, organizzative e produttive”, il provvedimento di trasferimento e la sua causa negoziale. Al fine di comprendere, cioè, se tale atto datoriale possa avere cittadinanza nel nostro ordinamento, è possibile sottoporlo a un duplice “controllo causale”. Questo controllo attiene alla “causa” dell’atto di trasferimento, da intendersi in due sensi distinti e ciò perché, secondo il linguaggio comune, il termine “causa” può assumere due diversi significati. Da un lato, la “causa” costituisce “la determinante rispetto al verificarsi di un fatto o di una situazione” e attiene, quindi, “alla spiegazione di un evento”. Dall’altro lato, invece, la causa designa il “registro della comprensione e serve ad interpretare un atto in relazione alle sue ragioni”, inscrivendosi “nell’ordine della giustificazione” e rimandando “ai fini dell’azione”<sup>53</sup>.

Per capire come possa avvenire il controllo causale scaturente dal primo significato di causa proposto, è utile ricordare come il compito di attribuire i poteri necessari al perseguimento dell’interesse datoriale spetti al legislatore il quale, in questo modo, delimita i confini della libertà di impresa, a protezione del lavoratore, in attuazione dell’art. 41, co. 2, Cost.<sup>54</sup>. La delimitazione legislativa dei poteri datoriali emerge con maggiore chiarezza dalle disposizioni, come l’art. 2103, co. 8, cod. civ., in cui il legislatore subordina espressamente l’esercizio di alcuni di essi alla presenza di ragioni oggettive, più precisamente “tecniche, organizzative e produttive” o, se si preferisce l’espressione coniata in materia di licenziamenti, alla sussistenza di un “giustificato motivo oggettivo”<sup>55</sup>. Tali ragioni, come sostenuto dalla dottrina maggioritaria,

<sup>53</sup> PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore. Funzioni e limiti*, in *LD*, 2002, p. 405.

<sup>54</sup> Da tempo si è escluso che la libertà di iniziativa economica sia “funzionalizzata” all’ “utilità sociale”. Infatti, l’art. 41, co. 2, Cost. non produrrebbe effetti tra i privati, se non in forza dell’intervento legislativo. In questo senso, v. MINERVINI, *Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata*, in *RDC*, 1958, p. 618 ss., nonché, da ultimo, BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Cedam, 2011, p. 78 ss.

<sup>55</sup> In particolare, si fa riferimento al licenziamento individuale, di cui all’art. 3, l. 15 luglio 1966 n. 604, ai licenziamenti collettivi, ai sensi dell’art. 24 l. 223/91, al distacco, ex art. 30, co. 3, d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276, nonché, appunto, al trasferimento del lavoratore, ex art. 2103, co. 8, cod. civ. In queste disposizioni, il legislatore pone il limite del giustificato motivo oggettivo utilizzando espressioni differenti: “ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”, per il licenziamento, “riduzione o trasformazione di attività o di lavoro” oppure “cessazione di attività”, nel caso dei licenziamenti collettivi, “ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive”, per il distacco, “ragioni tecniche, organizzative e produttive”, per il trasferimento. Va aggiunto che il riferimento alle “ragioni oggettive”, con le modifiche del d.l. 20 marzo 2014 n. 34, conv. con mod. in l. 16 maggio 2014 n. 78, è stato eliminato

identificano “i presupposti di fatto dell’atto”, i quali, “pur rimanendo al di fuori della struttura negoziale, sono considerati requisiti di validità dell’atto”<sup>56</sup>. Si tratta, quindi, di limiti “esterni” al potere datoriale, perché posti a tutela di interessi diversi (e antagonistici) rispetto a quelli per i quali il potere è stato attribuito, ossia a garanzia dell’interesse dei lavoratori<sup>57</sup>. Proprio a tali limiti attiene il controllo causale che scaturisce dal termine “causa” nell’accezione di “determinante di un fatto”, atteso che l’atto datoriale risulta in questo caso valido solo se sorretto da una ragione oggettiva, ossia da un fatto che lo giustifichi.

Analizzando poi la giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema di trasferimento del lavoratore, è possibile individuare in cosa consistano tali ragioni oggettive, ossia quale fatto sia idoneo a giustificare il trasferimento. Ebbene, spesso la Suprema Corte, nel ricercare la sussistenza del nesso di causalità tra le ragioni oggettive e il provvedimento di trasferimento, chiede al datore di lavoro di provare l’esistenza di una modifica nell’organizzazione della propria azienda<sup>58</sup>. In particolare, il trasferimento viene ritenuto legittimo

negli istituti del contratto a termine, di cui al Capo III del d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81, e del contratto di somministrazione, di cui al Capo IV dello stesso decreto. Si segnala, inoltre, che, con l’introduzione dell’art. 30, co. 1, l. 4 novembre 2010 n. 183, il quale sembrerebbe qualificare il giustificato motivo oggettivo come clausola generale, gli interpreti sono tornati a interrogarsi sulla natura del concetto stesso di giustificato motivo oggettivo. Ebbene, la dottrina maggioritaria esclude che il giustificato motivo oggettivo sia una clausola generale. Come evidenzia VARVA, *Sindacato giudiziale e motivo oggettivo di licenziamento*, in *DLRI*, 2011, p. 447 ss., considerare il giustificato motivo oggettivo quale clausola generale comporterebbe, da un lato, l’estensione a dimisura del potere di controllo del giudice, a causa dell’apertura della sua attività interpretativa al sentire sociale, e, dall’altro, la necessità di “individuare dei limiti alla possibilità per le previsioni convenzionali di integrare le disposizioni legali”, che, “per quanto considerate clausole generali, conserverebbero l’attributo dell’imperatività e dovrebbero comunque restare gerarchicamente sovra ordinate all’autonomia negoziale privata”. Inoltre, secondo CARINCI M.T., *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell’art. 30, l. 183/2010*, in *WP CSDLE* “Massimo D’Antona”. *IT - 114/2011*, il significato di giustificato motivo oggettivo sarebbe tutto interno alla legge e non rintracciabile nella realtà sociale. Sulle clausole generali nel diritto del lavoro v. da ultimo le tre relazioni alle Giornate di studio AIDLASS 2014 di BELLOMO, CAMPANELLA E LOY, consultabili sul sito [www.aidlass.it](http://www.aidlass.it), ora in *DLRI*, 2015, p. 3 ss.

<sup>56</sup> NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, FrancoAngeli, 1982, p. 16. V. da ultimo ZOLI, *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *ADL*, I, 2008, p. 42.

<sup>57</sup> Cfr. PERULLI, *Il controllo giudiziale dei poteri dell’imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *RIDL*, 2015, I, p. 89; ZOLI, *op. cit.*, p. 42.

<sup>58</sup> Cfr. Cass. 25 ottobre 2013 n. 24189, in *DeJure*; Cass. 7 agosto 2013 n. 18827, *ivi*; Cass. 23

se il datore di lavoro ponga in essere una riorganizzazione “effettiva, seria e non solo dichiarata, attuale e non solo futura o eventuale”<sup>59</sup>. Ciò significa che il trasferimento sarà valido solo se occasionato da una modifica nell’organizzazione aziendale del datore di lavoro che lo dispone, modifica che, dunque, costituisce la ragione giustificativa, il presupposto di fatto del trasferimento.

L’esistenza del presupposto “ragione oggettiva” o, se si preferisce, “modifica organizzativa”, però, non è sufficiente a garantire la validità dell’atto di trasferimento. Va infatti osservato – e si passa così alla seconda accezione di causa, delineata sopra come “fine dell’azione” – che il trasferimento, quale atto tipico di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro<sup>60</sup>, rientra a pieno titolo tra gli atti unilaterali di cui all’art. 1324 cod. civ. e, pertanto, ad esso si applicheranno, in quanto compatibili, le disposizioni del diritto comune dei contratti. Di conseguenza, il trasferimento, inteso come negozio causale, avrà una propria causa negoziale<sup>61</sup>, ex art. 1325 cod. civ., la cui liceità è necessaria perché l’atto sia valido<sup>62</sup>. Dunque, laddove il negozio in oggetto presentasse una deviazione rispetto alla causa sua propria, da intendersi come causa in concreto<sup>63</sup>, ossia come “sintesi degli interessi concretamente perseguiti”<sup>64</sup>, ci troveremmo di fronte a un abuso del diritto<sup>65</sup>, in questo caso di

marzo 2012 n. 4709, *ivi*; Cass. 2 marzo 2011 n. 5099, *ivi*; Cass. 23 luglio 2010 n. 17365, *ivi*; Cass. 28 aprile 2009 n. 9921, *ivi*; nonché CARINCI M.T., *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, Cedam, 2005, p. 56 ss., con abbondanti rinvii giurisprudenziali sul tema.

<sup>59</sup> CARINCI M.T., *Il giustificato motivo*, cit., pp. 56–57, anche se il requisito dell’“attualità”, come puntualizzato dall’autrice nella nota 172, va inteso in senso elastico, attese le necessità di programmazione e organizzazione aziendale che possono determinare ritardi nella realizzazione della modifica, purché ciò avvenga in tempi ragionevoli; per quest’ultimo punto v. da ultimo Cass. 18827/2013.

<sup>60</sup> Infatti, gli atti di amministrazione del rapporto di lavoro sono caratterizzati dalla tipicità, quale corollario del principio di legalità. In questo senso, GHEZZI, ROMAGNOLI, *op. cit.*, p. 133; MAZZOTTA, *Variazioni su poteri privati, clausole generali e parità di trattamento*, in *DLRL*, 1989, p. 588; *id.*, *Diritto del lavoro*, in *Tr. Iudica-Zatti*, 2013, p. 536.

<sup>61</sup> Cfr. PERULLI, *Il controllo giudiziale*, cit., pp. 87–88.

<sup>62</sup> Cfr., con riferimento generale agli atti datoriali, SIOTTO, *Sicurezza, libertà e dignità nel licenziamento individuale*, in *IANUS*, 2011, p. 278; PERULLI, *Il potere direttivo*, cit., p. 405.

<sup>63</sup> Per tale nota ricostruzione v. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, 1966, p. 345 ss., nonché in giurisprudenza Cass. Sez. III 8 maggio 2006 n. 10490, in *GC*, 2007, I, p. 1985 ss., con nota di IZZI, *La causa del contratto come funzione economico-individuale*.

<sup>64</sup> SIOTTO, *op. cit.*, p. 278.

<sup>65</sup> Su tale figura v. Cass. 18 settembre 2009 n. 20106, in *Contratti*, 2010, p. 5 ss., con com-



trasferire<sup>66</sup>, e, pertanto, il trasferimento sarebbe nullo per illiceità della causa, ai sensi degli artt. 1343 e 1418, co. 2, cod. civ.<sup>67</sup>. Peraltro, non necessariamente l'illiceità della causa si manifesterà per diretta contrarietà alla legge, *ex art.* 1343 cod. civ. È possibile, anzi, che la deviazione dalla causa si realizzi, in modo meno appariscente, “mediante una sorta di manovra di aggiramento”<sup>68</sup> della legge, ossia in frode ad essa, ai sensi dell'art. 1344 cod. civ.<sup>69</sup>. In tal caso, l'atto datoriale, singolarmente considerato, sarà lecito ma il suo collegamento con altri atti, all'interno di un'operazione negoziale finalizzata all'elusione di norme imperative, ne comporterà l'illiceità della causa<sup>70</sup>.

Alla luce di ciò, è a questo punto necessario individuare la causa negoziale del trasferimento, costituendo essa il presupposto per comprendere se il trasferimento sia legittimo.

Ebbene, i poteri del datore di lavoro sono finalizzati al suo interesse “a creare e a modificare un'organizzazione in vista dello svolgimento di un'attività”<sup>71</sup>. L'ordinamento giuridico ha cioè attribuito al datore, in ragione dell'instaurazione del rapporto di lavoro, una serie di poteri in funzione del

mento di D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*. Tale pronuncia ha riaperto il dibattito, in campo civilistico, sull'abuso del diritto. Si vedano in particolare le tesi contrapposte di GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit*, in *Contratto impr.*, 2011, p. 311 ss. e di D'AMICO, *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *Contratti*, 2011, p. 653 ss. Per una ricognizione delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali sul tema, alla luce della sentenza citata, v. SCOGNAMIGLIO C., *L'abuso del diritto nella disciplina dei contratti*, in *Treccani: il libro dell'anno del diritto 2013*, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2013, pp. 33-41.

<sup>66</sup> Per tale ricostruzione, con esplicito riferimento, in via esemplificativa, al trasferimento del lavoratore, v. LOFFREDO, *Il mobbing*, in RUSCIANO, NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in CARINCI F. (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, VIII, Utet, 2007, p. 533 ss.; LOFFREDO, *Mobbing e poteri*, cit., p. 84 ss., nonché TULLINI, *Mobbing e rapporto di lavoro*, in *RIDL*, 2000, I, p. 251 ss.

<sup>67</sup> V. ancora STOTTO, *op. cit.*, p. 278.

<sup>68</sup> GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, 2013, p. 829.

<sup>69</sup> In tal senso, come sostenuto da CARINCI M.T., *Il bossing fra inadempimento dell'obbligo di sicurezza, divieti di discriminazione e abuso del diritto*, in *RIDL*, 2007, I, p. 151, la frode alla legge altro non sarebbe che “un'ipotesi di abuso perpetrato tramite una pluralità di atti giuridici e dunque anch'essa espressione dello stesso principio generale”.

<sup>70</sup> Cfr. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tr. Ciau-Messineo*, 1972, 2, p. 280 ss.; NOGLER, *Opinioni sul “collegato lavoro”*, in *DLRI*, 2011, pp. 127-128; ID., *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, in *DLRI*, 2007, p. 619; ZOLI, *Il controllo giudiziario e gli atti di esercizio del potere direttivo: il trasferimento del lavoratore e il mutamento delle mansioni*, in *DRI*, 2014, pp. 730-731. V. inoltre l'ampia trattazione di BOLEGO, *op. cit.*

<sup>71</sup> CARINCI M.T., *Il giustificato motivo*, cit., p. 127.

perseguimento di un interesse organizzativo, cosicché l'esercizio di quei poteri sarà legittimo solo in presenza di un interesse di tale natura. Allora, la causa degli atti di amministrazione del rapporto di lavoro risiede proprio nella realizzazione dell' "interesse tecnico-organizzativo"<sup>72</sup> del datore di lavoro, nel suo atteggiarsi in concreto. Così, la causa negoziale del trasferimento può identificarsi nel perseguimento di questo interesse da parte del datore di lavoro<sup>73</sup>, in mancanza del quale si configurerà un abuso del diritto "causale", ossia una deviazione dallo scopo al cui fine l'ordinamento giuridico ha attribuito quel potere al datore<sup>74</sup>.

Il controllo sulla liceità della causa negoziale del trasferimento, a ben vedere, non è estraneo alla giurisprudenza di legittimità. Come si è già anticipato, infatti, ai fini della validità del trasferimento è richiesta l'esistenza di una ragione oggettiva, ossia di una modifica organizzativa. Tuttavia, è noto come nell'accertamento del giustificato motivo oggettivo venga richiesta pure la sussistenza di un nesso di causalità tra tale modifica e l'atto di trasferimento. Ebbene, tramite questo accertamento il giudice non fa che certificare l'esistenza di un genuino interesse organizzativo, non lesivo della posizione del dipendente, poiché se il trasferimento è stato effettivamente occasionato da una determinata modifica organizzativa, è ragionevole ritenere che lo scopo perseguito dal datore fosse proprio quello di fornire una risposta al fatto modificativo alla base della propria decisione. Tramite la verifica del nesso di causalità, cioè, non si fa che vagliare la conformità dell'atto datoriale rispetto alla sua causa negoziale<sup>75</sup>. In sintesi: se tale nesso sussiste, l'atto sarà legittimo, perché disposto allo scopo di perseguire un genuino in-

<sup>72</sup> CARINCI M.T., *Il bossing fra*, cit., p. 150.

<sup>73</sup> Cfr. BOLEGO, *op. cit.*, p. 197, il quale ritiene che la causa del trasferimento debba essere identificata nell'"inserimento del lavoratore in una unità produttiva diversa". Sembra che in tal modo, però, si finisca per confondere l'atto tipico stesso del trasferimento con la sua causa negoziale, rimanendo ancorati a una nozione di causa come funzione economico-sociale. A nostro avviso, invece, l'interesse tecnico-organizzativo del datore, che individua la causa dell'atto datoriale, è qualcosa di distinto dal provvedimento e non definibile *a priori*. Se si vuole, infatti, seguire la ricostruzione della causa in concreto, come funzione economico-individuale dell'atto, la causa negoziale e, dunque, l'interesse tecnico-organizzativo, può identificarsi solamente caso per caso, in relazione al singolo atto datoriale nella realtà dei fatti. Come sostiene GAZZONI, *op. cit.*, p. 817, far coincidere la causa dell'atto con il tipo renderebbe la causa stessa sempre lecita "perché non sarebbe possibile concepire un tipo legale... *contra legem*".

<sup>74</sup> Cfr. CARINCI M.T., *Il giustificato motivo*, cit., p. 125 ss.

<sup>75</sup> Cfr. PERULLI, *Il controllo giudiziale*, cit., pp. 87-88.

teresse organizzativo; al contrario, laddove l'atto di trasferimento non abbia alcun collegamento con la modifica organizzativa che ne è alla base, si verificherà una deviazione del negozio dalla causa negoziale, con lesione dell'interesse della controparte e conseguente illegittimità dell'atto.

Essendo la verifica del nesso di causalità inerente all'accertamento giuridiale del giustificato motivo oggettivo del trasferimento, quest'ultimo può leggersi come ipotesi tipizzata di divieto di abuso del diritto<sup>76</sup>. Con ciò, però, non si intende introdurre un limite "interno" al potere del datore di lavoro, "funzionalizzandolo"<sup>77</sup>. Il divieto di abuso del diritto espresso dal giustificato motivo del trasferimento ha piuttosto la natura di limite "esterno"<sup>78</sup>, a tutela della posizione del lavoratore, anche se "intrinseco"<sup>79</sup>. Si tratta, cioè, di "un limite che implica un controllo sull'aderenza del comportamento all'assetto di interessi cui la decisione è finalizzata"<sup>80</sup> ed è, appunto, "intrinseco", attenendo al contenuto delle prerogative attribuite dall'ordinamento al datore, come risultante dalle modalità del loro esercizio<sup>81</sup>. Per tali ragioni, il controllo del nesso di causalità, essendo occasionato dal limite esterno<sup>82</sup> del divieto di abuso del diritto *ex art. 2103, co. 8, cod. civ.*, non si risolve in un sindacato di merito della scelta datoriale. La verifica del nesso di causalità, infatti, ossia,

<sup>76</sup> Per tale tesi v. ancora CARINCI M.T., *Il giustificato motivo*, cit., p. 125 ss. Contro la ricostruzione del giustificato motivo oggettivo come divieto di abuso del diritto v. NOGLER, *La disciplina dei*, cit., e BOLEGO, *op. cit.*, p. 110 ss.

<sup>77</sup> V. *retro* nota 54.

<sup>78</sup> Come è noto, la dottrina è divisa sulla natura dei limiti ai poteri datoriali come interni o esterni. Oramai, comunque, come notano anche VARVA, *op. cit.*, p. 450, e BOLEGO, *op. cit.*, pp. 80-81, la dottrina maggioritaria propende per la seconda soluzione. All'interno di questo filone si vedano, in particolare, NAPOLI, *op. cit.*, pp. 16-17; ZOLI, *I licenziamenti per*, cit., p. 42; ID., *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Giuffrè, 1988, pp. 90 e 153; MAZZOTTA, *Variazioni su poteri*, cit., p. 148; PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *ADL*, 1995, I, p. 1; SCARPELLI, *Iniziativa economica, autonomia collettiva, sindacato giudiziario: dall'art. 41 della Costituzione alla recente legislazione sulle trasformazioni dell'impresa*, in *LD*, p. 28; LISO, *op. cit.*, p. 72.

<sup>79</sup> Cfr. ZOLI, *I licenziamenti per*, cit., in *ADL*, I, 2008, p. 43, il quale osserva come coloro che negli ultimi anni hanno parlato di limiti "interni" al potere datoriale, lo hanno fatto intendendo quali limiti "intrinseci". Tra questi v., in particolare, CARINCI M.T., *Il giustificato motivo*, cit., p. 115 ss.

<sup>80</sup> ZOLI, *La tutela delle*, cit., p. 161.

<sup>81</sup> Cfr. *ibidem*. Nello stesso senso ZOLI, *I licenziamenti per*, cit., p. 43.

<sup>82</sup> Cfr. ZOLI, *La tutela delle*, cit., p. 160, il quale qualifica la verifica del nesso di causalità nella scelta del personale da collocare in Cassa integrazione come limite "esterno" ma "intrinseco".

“di riflesso”, l’indagine circa l’esistenza di un interesse tecnico-organizzativo perseguito concretamente, non mette in discussione la libertà di iniziativa economica privata, di cui all’art. 41, co. 1, Cost., attenendo esclusivamente all’accertamento del rispetto da parte del datore di lavoro dei limiti che il legislatore ha disposto in forza dell’art. 41, co. 2, Cost. La giurisprudenza condivide tale impostazione, limitando il proprio giudizio alla legittimità delle scelte datoriali<sup>83</sup>, conformemente all’art. 30, co. 1, l. 183/2010<sup>84</sup>, cosicché è orientamento consolidato che l’esercizio del potere di trasferire “non deve presentare necessariamente i caratteri dell’inevitabilità, essendo sufficiente che il trasferimento concreti una delle possibili scelte, tutte ugualmente ragionevoli, che il datore di lavoro può adottare sul piano tecnico, organizzativo e produttivo”<sup>85</sup>.

<sup>83</sup> Cfr. Cass. 24189/2013; Cass. 19425/2013; Cass. 18827/2013; Cass. 25799/2011; Cass. 5099/2011; Cass. 9921/2009; Cass. 4265/2007; Cass. 5320/2006; Cass. 17786/2002; Cass. 11624/2002.

<sup>84</sup> Non si ignora l’ampio dibattito nato intorno a tale disposizione a causa dell’utilizzo improprio che essa farebbe dell’espressione “clausole generali”, sui cui v. per tutti BALLESTRERO, *Tra confusione e sospetti. Clausole generali e discrezionalità del giudice del lavoro*, in *LD*, 2014, p. 389 ss.; nonché VARVA, *op. cit.* Si condividono le preoccupazioni di chi ha segnalato il preciso intento del legislatore di limitare il controllo giudiziale sui poteri datoriali, tra cui, in particolare, MAZZOTTA, *Il giudice del lavoro, la Costituzione e il sistema giuridico: fra metodo e merito*, in *RIDL*, 2013, I, p. 235 ss., il quale definisce la normativa del Collegato Lavoro come “*apertamente rancorosa* nei confronti del giudice del lavoro”; BENASSI, *Clausole generali e giudice del lavoro: l’art.30, primo comma, della legge n.183 del 2010*, in *ADL*, 2012, I, p. 91 ss., secondo cui il legislatore avrebbe voluto ridurre il compito dell’interprete “alla mera sussunzione logica della fattispecie concreta sotto una regola legale, in ossequio al principio della completezza della legislazione e della correlativa assenza di lacune”; PERULLI, *Il ruolo e le prerogative del giudice nella conciliazione giudiziale, certificazione dei contratti di lavoro e controllo dei poteri dell’imprenditore*, in PERULLI, FIORILLO (a cura di), *Il nuovo diritto del lavoro*, III, Giappichelli, 2014, p. 280, che sottolinea la percezione del giudice del lavoro da parte del legislatore come “elemento di disturbo dei processi economici”. Tuttavia, sembra che tali timori possano essere ridimensionati alla luce della mancata definizione, da parte del legislatore, del concetto di clausola generale, definizione che, quindi, rimane appannaggio dell’interprete, come sostenuto da BALLESTRERO, *op. cit.* Inoltre, come giustamente osservato da NOGLER, *Opinioni sul “collegato*, cit., p. 124 ss., le espressioni richiamate dalla disposizione in esame non sarebbero clausole generali, perciò essa finirebbe per essere inutile. In conclusione, si può sostenere, con CARINCI M.T., *Clausole generali, certificazione*, cit., e con DEL PUNTA, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, in *RIDL*, 2012, I, p. 461 ss., che la disposizione in oggetto non abbia una reale portata innovativa ma finisca per riproporre una regola assimilata da tempo dalla giurisprudenza del lavoro.

<sup>85</sup> Cfr. Cass. 18827/2013; Cass. 19425/2013; Cass. 5099/2011; Cass. 9921/2009; Cass. 4265/2007; Cass. 5320/2006; Cass. 17786/2002; Cass. 11624/2002. Alla luce di tale affermazione,

## 6. *Alla ricerca di un bilanciamento di interessi nell'incompatibilità ambientale*

Sulla scorta della ricostruzione che precede, valevole per il trasferimento in generale, ci si domanda se, in astratto, il trasferimento per incompatibilità ambientale sia conforme alla causa negoziale del trasferimento, oppure se configuri un'ipotesi di deviazione dalla stessa.

La risposta a tale interrogativo può essere trovata individuando in cosa consistano la modifica organizzativa e l'interesse organizzativo, nel caso in cui si presenti una situazione di incompatibilità ambientale.

Ebbene, sembra che la modifica organizzativa sia qui presente nella forma di "disorganizzazione e disfunzione" dell'unità produttiva, generate dalla condotta del lavoratore. Infatti, l'incompatibilità ambientale può rendere più macchinosa l'attività aziendale, determinando una modifica dell'organizzazione, anche se, per così dire, "indotta" dalle relazioni tra i soggetti coinvolti nella situazione di incompatibilità. Per esemplificare, si può immaginare che un litigio tra colleghi, i quali necessariamente devono collaborare tra di loro, renda difficile lo svolgimento normale dell'attività. Gli stessi, infatti, potrebbero ostacolarsi nelle attività di propria competenza oppure, nell'intento di evitarsi, potrebbero adottare metodi di lavoro idonei a rallentare il ciclo produttivo. A ciò si aggiunga che, in presenza di situazioni di questo genere,

sembra comunque che la Suprema Corte si ispiri, in questi casi, a un controllo di proporzionalità della scelta datoriale. Tale controllo, come descritto da PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2005, p. 12, con riferimento alle decisioni della Corte di Giustizia Europea e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo al fine di valutare la razionalità della legge, si basa su tre parametri: a) che il mezzo sia idoneo a perseguire il fine; b) che la misura del mezzo utilizzato risulti calibrata correttamente rispetto al fine e il mezzo appaia necessario per raggiungere lo scopo; c) che il mezzo sia quello più lieve in rapporto alla rilevanza dei beni costituzionalmente coinvolti e dei motivi di interesse pubblico che lo rendano necessario. L'autore, in particolare (*ivi*, p. 28), riconduce espressamente la verifica del nesso di causalità tra atto datoriale e scelta organizzativa alla sua base al "primo gradino" del controllo di proporzionalità, sostanziandosi in un controllo di legittimità sulla coerenza tecnico-organizzativa degli atti di esercizio dei poteri. Tra l'altro, secondo PERULLI, *Il controllo giudiziale*, cit., p. 88, la tecnica dell'abuso del diritto sarebbe proprio espressione della "razionalità strumentale" richiesta al potere datoriale, la quale imporrebbe ad esso l'"adeguatezza e congruenza tra i mezzi ed i fini dell'azione, affinché l'amministrazione del rapporto di lavoro si svolga in maniera corretta, equilibrata, funzionale, secondo vincoli interni di razionalità teleologica". Con riferimento al rapporto tra controllo di proporzionalità e potere direttivo dell'imprenditore, v. inoltre PERULLI, *I concetti qualitativi nel diritto del lavoro: standard, ragionevolezza, equità*, in questa rivista, 2011, p. 403 ss., nonché ID., *Il potere direttivo*, cit.

il datore di lavoro potrebbe vedersi costretto a modificare le mansioni dei soggetti coinvolti o, per di più, di altri colleghi, oppure a prendere provvedimenti organizzativi diversi per risolvere la situazione di incompatibilità.

Attesa, poi, la modifica organizzativa appena prospettata, nella forma di “disorganizzazione e disfunzione” dell’unità produttiva, il trasferimento sembra trovare il proprio interesse organizzativo nell’interesse del datore a ristabilire la situazione preesistente all’incompatibilità. L’atto di trasferimento per incompatibilità ambientale, cioè, risulta finalizzato a ripristinare il normale funzionamento del ciclo produttivo<sup>86</sup>.

Sulla scorta di tale analisi, i dubbi di parte della dottrina sulla legittimità in astratto del trasferimento per incompatibilità ambientale sembrano perdere consistenza.

Come ricordato sopra, alcuni autori hanno sostenuto che la natura disciplinare di un provvedimento datoriale andrebbe ricercata nelle sue origini, ovvero nella fonte da cui determinati effetti scaturiscono, cosicché, anche laddove sussistessero delle esigenze aziendali originate dall’attività di un dipendente, l’atto avrebbe natura disciplinare<sup>87</sup>. Questa impostazione, come statuito dalla Cassazione, trova un ostacolo difficilmente superabile nella formulazione dell’art. 2103, co. 8, cod. civ., che non richiede alcuna indagine sull’origine delle ragioni oggettive, essendo sufficiente che le stesse siano “comprovate”<sup>88</sup>. Del resto, come sopra prospettato, l’indagine sulla legittimità del trasferimento attiene alla conformità dell’atto rispetto alla sua causa negoziale e all’esistenza di ragioni oggettive. In sostanza, è sufficiente che tali ragioni ci siano, senza che rilevi la loro “paternità”.

Di conseguenza, la distinzione tra “incompatibilità ambientale colpevole” e “incolpevole” è del tutto superflua. Infatti, che ci sia stato o no un inadempimento poco importa, rilevando soltanto che la condotta del dipendente abbia cagionato una modifica organizzativa, intesa quale “disfunzione e disorganizzazione” dell’unità produttiva.

Inoltre, è incontestabile la presenza nei codici disciplinari di fattispecie

<sup>86</sup> Affermando ciò, si dissente da chi, come CARINCI M.T., *Il giustificato motivo*, cit., p. 56, nota 167, dichiara che il trasferimento per incompatibilità ambientale verrebbe disposto per “conservare inalterata l’organizzazione esistente”, in quanto tale espressione sembra escludere che l’incompatibilità ambientale comporti modifiche organizzative le quali, diversamente, a nostro avviso sussistono.

<sup>87</sup> Cfr. *retro* par. 4.

<sup>88</sup> Cfr. *retro* par. 2.

che spesso attengono a situazioni di incompatibilità ambientale<sup>89</sup> ma, appunto, come condotte che danno origine alla stessa e, pertanto, idonee a generare ragioni oggettive. Così, il datore di lavoro potrà certamente punire l'inadempimento del dipendente con la corrispondente sanzione disciplinare, senza che ciò escluda un successivo trasferimento del lavoratore, purché vi siano ragioni oggettive.

Il ragionamento fin qui condotto porta, quindi, alla conclusione che il trasferimento per incompatibilità ambientale non è per sé in contrasto con i principi del nostro ordinamento, risolvendosi, a ben vedere, in un provvedimento datoriale non dissimile da altri, occasionato da ragioni oggettive, con l'unica precisazione che la modifica organizzativa trova la sua fonte in una condotta del dipendente.

Sotto altro profilo, come è ovvio, la valutazione in concreto della legittimità del trasferimento per incompatibilità ambientale non può darsi *a priori*<sup>90</sup>. Un giudizio di tal genere non può che essere fornito, caso per caso, dal giudice, il quale, di fronte a un trasferimento disposto per incompatibilità del lavoratore, non dovrà far altro che verificare, come in qualsiasi altro caso di trasferimento, l'esistenza delle ragioni oggettive e la conformità del provvedimento rispetto alla sua causa, tramite l'indagine sul nesso di causalità tra le ragioni e il trasferimento. Così, essendo l'onere di provare le esigenze aziendali e di dimostrare che il provvedimento abbia eliminato la situazione di incompatibilità a carico del datore di lavoro<sup>91</sup>, laddove questi produca in

<sup>89</sup> V. ad esempio art. 10, Sez. IV, Tit. VII, ccnl 5 dicembre 2012 per i lavoratori addetti all'industria metalmeccanica privata e alla installazione di impianti, che prevede il licenziamento con preavviso nel caso di insubordinazione nei confronti dei superiori o di rissa fuori dai reparti di lavorazione, e il licenziamento senza preavviso in occasione di grave insubordinazione o di rissa all'interno dei reparti; art. 74, co. 2, lett. f) e k), ccnl 4 febbraio 2014 tessili-abbigliamento, che puniscono con il licenziamento disciplinare, rispettivamente, "litigi di particolare gravità e seguiti da vie di fatto, entro il recinto dello stabilimento, quando mostrino o confermino una tendenza agli atti violenti" e "insubordinazione nei confronti dell'impresa o degli elementi da essa delegati, quando non vi siano ragioni largamente attenuanti o l'insubordinazione, per la poca gravità degli atti, non abbia nuociuto alla disciplina della fabbrica"; art. 67, lett. h), ccnl 18 giugno 2014 per i dipendenti delle aziende piccole e medie imprese, delle società cooperative e delle aziende artigiane del settore ceramica, che dispone il licenziamento disciplinare nel caso di "diverbio litigioso, seguito da vie di fatto, avvenuto nel recinto dello stabilimento e che rechi grave perturbamento alla vita aziendale".

<sup>90</sup> V. retro nota 73.

<sup>91</sup> È questo, oramai pacificamente, l'orientamento condiviso da dottrina e giurisprudenza;

giudizio prove che attestino l'esistenza di "disorganizzazioni o disfunzioni" oggettivamente riscontrabili nell'unità produttiva, dimostri che quella condotta ne sia effettivamente stata causa, e venga accertato il nesso di causalità tra il trasferimento e la modifica organizzativa, il provvedimento sarà legittimo. Al contrario, nel caso in cui il datore di lavoro non riesca a fornire una prova del genere, il provvedimento di trasferimento sarà nullo in quanto disposto in ragione di una causa diversa dall'interesse organizzativo, configurandosi, così, un trasferimento per ragioni soggettive o disciplinare.

Va peraltro aggiunto che il potere di trasferimento trova ulteriori limiti esterni rispetto a quelli sopra descritti, che esigono la proporzionalità dell'esercizio del potere datoriale rispetto all'interesse contrapposto dei lavoratori.

In primo luogo, si osserva che il datore di lavoro, come qualunque contraente, ha il dovere di rispettare i principi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto, *ex artt. 1175 e 1375 cod. civ.*<sup>92</sup>. Per il tramite di tali principi, la giurisprudenza ha affermato che il datore di lavoro, nell'esercizio del potere di trasferimento, dovrebbe tenere conto delle condizioni personali e familiari del dipendente<sup>93</sup>, utilizzando queste ultime quali parametri da seguire nella scelta del soggetto da trasferire, sulla scorta di quanto il legislatore ha previsto, con i criteri *ex art. 5 l. 223/91*, per i licenziamenti collettivi<sup>94</sup>. Infatti, agire secondo buona fede e correttezza significherebbe esercitare i poteri datoriali nel rispetto dei valori costituzionali e, precisamente, senza ledere la sicurezza, la libertà e la dignità umana, di cui all'art. 41, co. 2, Cost.<sup>95</sup>.

cf. CARINCI M.T., *Il giustificato motivo*, cit., pp. 61-62; CALÀ, *op. cit.*, p. 193 ss.; BROLLO, *op. cit.*, p. 614 ss.; in giurisprudenza v. da ultimo Cass. 24260/2013; Cass. 4709/2012.

<sup>92</sup> Come osservato da ZOLI, *La tutela delle*, cit., p. 161, tali principi potranno essere considerati alternativamente limiti "intrinseci", "qualora si accolga la lettura propensa a riconoscerne il carattere di valutazione dell'attività esplicata dalle parti ai fini della concreta realizzazione delle rispettive posizioni", oppure "estrinseci", laddove se ne ammetta la configurazione in termini di fonti integrative del regolamento contrattuale.

<sup>93</sup> A volte sono i contratti collettivi a subordinare l'esercizio del potere di trasferire alla valutazione delle condizioni personali e familiari dei dipendenti. V., ad esempio, art. 58, co. 1, ccnl 5 marzo 2004 edilizia cemento, calce, gesso; art. 8, co. 1-2, Sez. IV, Tit. I, ccnl 5 dicembre 2012 per i lavoratori addetti all'industria metalmeccanica privata e alla installazione di impianti.

<sup>94</sup> Cfr. da ultimo Cass. 28 gennaio 2016 n. 1608, in *RGL*, 2016, II, con nota di TUFO, *Trasferimento del lavoratore, correttezza e buona fede* (in corso di pubblicazione); Cass. 14 maggio 2013 n. 11527, in *DeJure*; sulla scelta del dipendente da trasferire v. DE FALCO, *op. cit.*, p. 95 ss.; CARINCI M.T., *Il giustificato motivo*, cit., pp. 60-61; BROLLO, *op. cit.*, p. 521 ss.

<sup>95</sup> Cfr. BROLLO, *op. cit.*, p. 530 ss.



Così, nel caso in cui la condizione del soggetto scelto ai fini del trasferimento renda troppo gravoso lo spostamento, il datore dovrà rivolgersi a un altro lavoratore<sup>96</sup>. Ciò considerato, la dottrina ha diviso il procedimento di scelta del datore in due fasi<sup>97</sup>. La prima fase consisterebbe nell'individuazione della "cerchia dei trasferibili", ossia nell'identificare i soggetti il cui trasferimento soddisferebbe l'interesse organizzativo. La seconda fase avrebbe ad oggetto proprio l'applicazione dei criteri di scelta. In sintesi, si chiede al datore di seguire il principio secondo cui andrebbe trasferito "il lavoratore 'più forte' anziché quello 'più debole'"<sup>98</sup>.

Quanto appena detto può essere utilizzato per rispondere a coloro che si domandano come identificare il lavoratore da trasferire, in una situazione di incompatibilità ambientale, laddove l'incompatibilità non sia palesemente ascrivibile a un unico soggetto<sup>99</sup>. Infatti, atteso che il trasferimento per incompatibilità ambientale è identico a un normale trasferimento *ex art. 2103 cod. civ.*, i criteri da seguire nella scelta del lavoratore da trasferire dovranno essere gli stessi utilizzati per qualunque trasferimento. Quindi, due saranno le fasi da attuare. La prima consisterà nella definizione della "cerchia dei trasferibili", che qui prenderà in considerazione coloro che risultano coinvolti nelle vicende che hanno dato origine all'incompatibilità, atteso che l'interesse organizzativo da soddisfare si identifica con l'eliminazione dell'incompatibilità. La seconda fase riguarderà l'applicazione dei criteri predetti e, perciò, il trasferimento del lavoratore "più forte" e non del "più debole".

In secondo luogo, l'ulteriore limite esterno che viene in rilievo esige la proporzionalità dell'esercizio del potere di trasferire rispetto all'interesse di una particolare categoria di lavoratori, ossia quella dei soggetti protetti dalla l. 104/92. In tali circostanze, laddove si versi in un caso di incompatibilità

<sup>96</sup> Si tratta, come già anticipato, di un controllo di proporzionalità sull'esercizio del potere di trasferimento, come espressamente affermato da PERULLI, *Il potere direttivo*, cit., p. 412.

<sup>97</sup> Per tale procedimento v. BROLO, *op. cit.*, p. 523 ss.

<sup>98</sup> Così BROLO, *op. cit.*, p. 530, per la quale la violazione di tale principio comporterebbe la nullità dell'atto di trasferimento, in quanto il rispetto dei criteri di scelta atterrebbe all'elemento eziologico e, dunque, alla sussistenza del nesso di causalità tra il provvedimento datoriale e il singolo lavoratore trasferito. Al contrario, NOGLER, *La disciplina dei*, cit., p. 645, ritiene che, se i criteri di scelta hanno ingresso nel controllo del giustificato motivo oggettivo tramite le clausole di correttezza e buona fede, la violazione di essi si risolverebbe nell'inosservanza di tali clausole generali e, quindi, la conseguenza sarebbe il "semplice" risarcimento del danno.

<sup>99</sup> Cfr. par. 4.

ambientale, la Corte di Cassazione effettua un “equo bilanciamento” tra gli interessi costituzionalmente garantiti del datore e dei lavoratori predetti, proclamando la prevalenza delle esigenze dell’impresa sul diritto al consenso *ex art. 33 l. 104/92*, in ragione del danno che quest’ultimo potrebbe cagionare all’organizzazione produttiva<sup>100</sup>. Sul punto, vale la pena di precisare che, in tali casi, un contemperamento di interessi è imposto dalla legge stessa. Infatti, il legislatore ha attribuito al soggetto disabile o alla persona che lo assiste il diritto soggettivo, di matrice costituzionale, a opporsi al trasferimento ordinato dal datore. Tuttavia, tale diritto non è assoluto, in quanto si trova a dover fronteggiare un diritto ugualmente riconosciuto dalla Costituzione: quello alla libertà di impresa. Così, la formulazione dell’art. 33, co. 5, l. 104/92 sembra imporre al giudice, appunto, un bilanciamento tra interessi diversi ma, comunque, costituzionalmente tutelati. In queste vicende, la prevalenza dell’esigenza aziendale e, nello specifico, dell’incompatibilità ambientale, sembrerebbe configurare una soluzione tutta a favore del datore di lavoro. In realtà, come ha espressamente statuito la Suprema Corte, proprio in virtù del contemperamento di interessi suddetto, una soluzione siffatta è tesa a evitare un aggravio della condizione del disabile stesso. Infatti, atteso che una alternativa possibile al trasferimento potrebbe essere il licenziamento del lavoratore protetto, il disabile, sia che rivesta il ruolo di lavoratore destinatario del trasferimento, sia che rivesta il ruolo di persona assistita dal lavoratore trasferito, perderebbe la fonte economica per il suo sostentamento o la sua assistenza<sup>101</sup> nel caso in cui il datore optasse per il recesso.

Queste ultime riflessioni sono utili a esprimere una ulteriore osservazione.

Si può sostenere che, nei casi più gravi di incompatibilità ambientale, il datore di lavoro potrebbe ricorrere al licenziamento motivandolo con ragioni oggettive<sup>102</sup> o disciplinari. Questa, certamente, costituirebbe una perdita mag-

<sup>100</sup> Cass. 24775/2013; Cass. 16102/2009.

<sup>101</sup> Cfr. Cass. 16102/2009.

<sup>102</sup> Il datore di lavoro potrebbe porre in essere un licenziamento per incompatibilità ambientale, purché la condotta del lavoratore non superi la soglia dell’inadempimento. Tuttavia, in pochi casi la giurisprudenza si è occupata del licenziamento per incompatibilità ambientale. Tra i più noti, v. Cass. 11 agosto 1998 n. 7904, in *RIDL*, 1999, II, p. 370 ss., con nota di MARINO, *Accusa di collusione mafiosa e licenziamento*, e in *RGL*, 2000, II, p. 37 ss., con nota di DE PAOLA, *Licenziamento per “incompatibilità ambientale”*, la quale riconduce il licenziamento originato da un

giore per il lavoratore rispetto a un trasferimento. Quindi, negare *in toto* la legittimità del trasferimento per incompatibilità ambientale, cioè anche quando legittimamente disposto, perché fondato su ragioni oggettive, significherebbe esporre il dipendente a conseguenze ben più gravi rispetto a quelle che uno spostamento geografico può determinare. Allora, in questi casi, lo strumento del trasferimento potrebbe avere la funzione di “proteggere” il dipendente da una possibile perdita del posto di lavoro. Dunque, la soluzione prospettata potrebbe essere apparentemente più a vantaggio del dipendente che a favore del datore, il quale, diversamente, potrebbe risolvere la situazione con un provvedimento espulsivo.

Va osservato che il trasferimento per incompatibilità ambientale, quale alternativa al licenziamento, permetterebbe al datore di conservare la professionalità del dipendente. Infatti, la scelta di un licenziamento potrebbe essere antieconomica, non solo per la necessità di ricercare sul mercato un nuovo lavoratore che abbia le stesse caratteristiche e competenze del licenziato, ricerca che ha una difficoltà proporzionale al grado di specializzazione del lavoratore espulso, ma anche per il probabile contenzioso giudiziario che verrebbe instaurato a causa del licenziamento. Pertanto, il trasferimento, in situazioni del genere, potrebbe mettere d'accordo entrambe le parti del rapporto, attese le conseguenze più gravose che determinerebbe un provvedimento espulsivo<sup>103</sup>.

Si potrebbe comunque obiettare che lo stesso risultato sarebbe raggiungibile con l'adibizione del lavoratore ad altre mansioni. Peraltro, le nuove mansioni assegnate al dipendente non dovrebbero appartenere necessariamente al precedente livello di inquadramento. Infatti, il nuovo art. 2103 cod. civ.<sup>104</sup>, come riformulato dall'art. 3 di cui al d.lgs. 81/2015, attuativo della l.

comportamento del dipendente, ma che non integra l'inadempimento, ad un licenziamento “per ragioni inerenti al regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro”. V. da ultimo Cass. 17 maggio 2016 n. 10071, in *DeJure*.

<sup>103</sup> Il medesimo incontro di interessi si trova nel caso in cui il trasferimento sia previsto dal contratto collettivo come sanzione tipica. In questo caso, però, si aggiunge anche l'interesse dell'organizzazione sindacale alla graduazione della sanzione disciplinare, a fronte del più gravoso provvedimento di licenziamento. In proposito, v. Cass. 10252/1995; Cass. 11233/1990.

<sup>104</sup> Su cui v. BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in CARINCI F. (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT University Press, 2015, p. 29 ss.; LISO, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – 257/2015; VOZA, *Autonomia privata e norma in-*

183/2014, in tema di “Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni”, consente, “In caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore”, l’assegnazione dello stesso a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, “purché rientranti nella medesima categoria legale”. A ciò si aggiunga che i nuovi commi quarto e sesto dell’art. 2013 cod. civ. prevedono ulteriori ipotesi di demansionamento per mezzo dei contratti collettivi o tramite accordi individuali stipulati “Nelle sedi di cui all’articolo 2113, quarto comma, o avanti alle commissioni di certificazione (...) nell’interesse del lavoratore alla conservazione dell’occupazione, all’acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita”, con notevole riduzione degli spazi di operatività della nullità dei patti contrari<sup>105</sup>. Non è detto, però, che l’adibizione a mansioni diverse possa eliminare la situazione di incompatibilità. In effetti, il trasferimento sembra il provvedimento più adatto allo scopo perché, se l’incompatibilità trae origine dai rapporti sociali tra gli attori aziendali, l’eliminazione di essa richiederebbe la riduzione o la rimozione di quei rapporti e tale risultato appare raggiungibile con maggiore efficacia ponendo in essere uno spostamento fisico del dipendente. Va poi ribadito che, in presenza di ragioni oggettive, e quindi anche in caso di incompatibilità ambientale, la scelta di trasferire il lavoratore o di adottare un diverso provvedimento spetta esclusivamente al datore di lavoro, nel rispetto dei limiti esterni che circoscrivono il suo potere. Diversamente, il controllo di legittimità sulle scelte datoriali si trasformerebbe in un sindacato di merito, con lesione della libertà d’impresa di cui all’art. 41, co. 1, Cost.

In conclusione, il trasferimento per incompatibilità ambientale è certamente una fattispecie che genera preoccupazioni tra gli studiosi per la sua ambiguità e per gli interessi rilevanti del dipendente su cui incide. Tuttavia, alla luce dello studio svolto, sembra ragionevole condividere la tesi della giurisprudenza maggioritaria, che appare non solo conforme ai principi del di-

*derogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT - 262/2015.*

<sup>105</sup> Operazione che, peraltro, era già iniziata da tempo in giurisprudenza. Cfr. BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, cit., p. 65 ss.; LISO, *Brevi osservazioni sulla*, cit., p. 10 ss.; VOZA, *op. cit.*, p. 3 ss. Come osserva BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, cit., p. 86, l’unica modifica che si nota, invece, con riferimento alla disciplina sul trasferimento del lavoratore, consiste nella sostituzione del pronome “Egli”, di cui al vecchio art. 2103, co. 1, ultimo periodo, cod. civ., con l’articolo e il sostantivo “Il lavoratore”.

ritto positivo, ma anche orientata a ricercare, tramite un controllo di proporzionalità, “il giusto equilibrio tra benefici organizzativi (...) e situazioni soggettive dei lavoratori”<sup>106</sup>.

<sup>106</sup> PERULLI, *I concetti qualitativi*, cit., p. 413.

### **Abstract**

Con il presente lavoro si intende indagare sulla natura del trasferimento per incompatibilità ambientale. Dalla ricognizione della giurisprudenza e dottrina sul tema emerge come la prima abbia ammesso tale figura di trasferimento nel nostro ordinamento, intendendola come atto di natura oggettiva, mentre la seconda ne abbia segnalato l'illegittimità, attesa la sua natura disciplinare. Si propone, allora, una ricostruzione dei limiti esterni della fattispecie, tesa a valutarne la legittimità in astratto e gli effetti in concreto.

The paper aims to inquire about the nature of the transfer of the employee for incompatibility. On the one hand, jurisprudence has admitted this type of transfer, considering it of objective nature; on the other hand, scholars have claimed its non compliance with the Italian legal system, due to its disciplinary essence. Therefore, a research on the external limits of this figure is proposed, with the aim of assessing both its abstract legality and tangible effects.

### **Key words**

Trasferimento del lavoratore, incompatibilità ambientale, giustificato motivo oggettivo, controllo causale, limiti esterni, proporzionalità.

Transfer of the employee, incompatibility, justified objective reason, causation control, external limits, proportionality.