

Profili lavoristici della L. n. 76 del 2016 su unioni civili e convivenze di fatto*

Pasquale Passalacqua

1. Il contesto: la legge Cirinnà e la rilevanza della famiglia nel diritto del lavoro.	71
2. A) Il versante delle unioni civili. L'indennità di preavviso e il TFR in caso di morte dell'avente diritto.	72
3. L'estensione delle tutele previste dalla legge in caso di matrimonio. I diritti inerenti al rapporto di lavoro.	74
4. Gli (ulteriori) aspetti previdenziali.	75
4.1. (Segue). I diritti di matrice previdenziale riconosciuti dalla legge sullo scioglimento del matrimonio (l. n. 898 del 1970).	76
5. L'applicazione delle tutele previste dai contratti collettivi.	79
6. - B) Il versante delle convivenze di fatto. <i>Il nuovo art. 230-ter c.c. in tema di impresa familiare.</i>	80
6.1. Il confronto tra l'art. 230-bis e il nuovo art. 230-ter c.c.: i diversi presupposti.	81
6.2. (Segue). I più limitati diritti riconosciuti al convivente di fatto.	84
6.3. La accresciuta residualità della tutela garantita dall'art. 230-ter c.c.	85
6.4. L'individuazione del rito applicabile.	86
7. Chiusure e aperture nella giurisprudenza recente: a) il diniego della pensione di reversibilità e b) la concessione dei permessi in favore del convivente con handicap grave.	88
8. Conclusioni.	90

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 320/2017

1. Il contesto: la legge Cirinnà e la rilevanza della famiglia nel diritto del lavoro.

La cd. Legge Cirinnà (l. n. 76 del 2016) ridisegna, ampliandolo, il perimetro del diritto di famiglia, attraverso, da un lato, la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, e, al contempo, attribuendo maggiore rilevanza giuridica rispetto al passato a determinati rapporti, ovvero alle convivenze¹⁷⁴. Si tratta di ambiti di intervento comunque distinti, per i quali la legge costruisce partitamente nuovi diritti e tutele.

La prospettiva di fondo nella quale si muove l'intervento del legislatore appare, nella lettura prevalente, essere quella generale del riconoscimento delle formazioni sociali e delle relazioni che ivi si sviluppano, nel prisma dell'art. 2 della Carta costituzionale, senza così confliggere con il dettato dell'art. 29 della medesima Carta, focalizzato, come noto, sul matrimonio¹⁷⁵. Così, in sintesi, dall'intimo legame tra l'art. 2 Cost. e l'art. 29 Cost.¹⁷⁶, si dedurrebbe che il primo valga a individuare il *genus* e il secondo la *species*, tanto da non porre ostacoli all'introduzione di regole rivolte a unioni anche non fondate sul matrimonio¹⁷⁷.

Tuttavia, nella legge troviamo un esplicito riferimento all'art. 2 Cost. in relazione al solo intervento sulle unioni civili¹⁷⁸, mentre manca in relazione alla regolamentazione delle convivenze di fatto,

¹⁷⁴ Sul tema è già presente una consistente produzione dottrinale. V., senza pretese di completezza, AA.VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016; A. ARCERI, *Unioni civili, convivenze, filiazione*, in *Fam. dir.*, 2016, 958 ss.; M. ASTONE, *I regimi patrimoniali delle unioni civili nella L. n. 76/2016: opzioni legislative e principio di non discriminazione*, in *Fam. dir.*, 2016, 902 ss.; T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia? (l. 20 maggio 2016, n. 76)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 367 ss.; L. BALESTRA, *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge – unioni civili, convivenze di fatto e “modello matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016, 1771 ss.; C. BONA, *La disciplina delle convivenze nella l. 20 maggio 2016, n. 76*, in *Foro it.*, 2016, 2091; G. BONILINI, *La successione mortis causa della persona “unita civilmente” e del convivente di fatto*, in *Fam. dir.*, 2016, 980 ss.; V. CARBONE, *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto*, in *Fam. dir.*, 2016, 848 ss.; G. CASABURI, *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso nella l. 20 maggio 2016 n. 76*, in *Foro it.*, 2016, I, 2240 ss.; M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, in *Fam. dir.*, 2016, 868 ss.; R. FADDA, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1386 ss.; G. FERRANDO, *Le unioni civili: la situazione in Italia*, in *Giur. it.*, 2016, 1771 ss.; L. LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. dir.*, 2016, 931 ss.; G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Fam. dir.*, 2016, 943 ss.; E. QUADRI, *“Unioni civili tra persone dello stesso sesso” e “convivenze”: il non facile ruolo che la legge affida all’interprete*, in *Corr. giur.*, 2016, 893 ss.; R. PACIA, *Unioni civili e convivenze*, in *www.juscivile.it*, 2016, 6, 1 ss.; P. PITTARO, *I profili penali della L. n. 76 del 2016*, in *Fam. dir.*, 2016, 1007 ss.; F. ROMEO, *Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina delle convivenze. Prime riflessioni a margine della l. 20 maggio 2016, n. 76*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 665 ss.; P. SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, 845 ss.; M. SESTA, *La disciplina dell’unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. dir.*, 2016, 881 ss.; A. SPADAFORA, *I rapporti paraconiugali davanti alla legge*, in *Giur. it.* 2016, I, 1808 ss.; F. TOMMASEO, *Profili processuali della legge sulle unioni civili e le convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, 991 ss.; M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, 859 ss.

¹⁷⁵ Cfr. Corte Cost. 15 aprile 2010, n. 138, in *Fam. dir.*, 2010, 653 ss., nonché, più di recente, Corte Cost. 11 giugno 2014, n. 170, in *Corr. giur.*, 2014, 1041.

¹⁷⁶ Sul legame tra l'art. 29 e l'art. 2 Cost., cfr., da ultimo, F.D. BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1447 ss., per il quale «La “pietra” della famiglia sembra “murata” nell’intimo raccordo tra il disegno normativo (più che il “modello”, come si suole dire) edificato dalla triade degli artt. 29-31 e il principio fondamentale dell’art. 2, vero “governo” della relativa “architettura”».

¹⁷⁷ Cfr. già P. ZATTI, *Famiglia, Familiae - Declinazione di un’idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2002, 17 ss., per il quale «se si guarda alla nostra Carta nell’insieme delle sue norme, si può ben dire che essa non indica nella famiglia matrimoniale – nel senso riferibile all’istituto del matrimonio/atto – uno schema unico e vincolante da imporre alla società come canale esclusivo di riconoscimento e legalità delle relazioni di coppia e di generazione». Cfr. inoltre, anche per la ricostruzione del dibattito, T. AULETTA, *Disciplina delle unioni*, cit., 367 ss.; V. CARBONE, *Riconosciute le unioni civili*, cit., 849 ss.; M. BELLETTI, *Matrimoni e unioni civili, convivenze di fatto: cosa cambia?*, in *Osserv. cost. AIC*, 2/2016, 6 ss.; M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato*, cit., 872 ss.; F. DONATI, *La famiglia nella legalità costituzionale*, in *Riv. AIC*, 4/2014, 2 ss.

¹⁷⁸ Art. 1, primo comma, l. n. 76 del 2016.

tanto da far emergere dubbi in merito, lumeggiandosi possibili problemi derivanti da una tale scelta del legislatore¹⁷⁹. Sul punto ci limitiamo a osservare come di certo non spetti al legislatore ordinario stabilire univocamente nel quadro di quali norme di rango costituzionale si muova una determinata legge, tanto da lasciare libero l'interprete di esprimere un giudizio del genere, che, quindi, può anche essere rivolto alla legge nel suo insieme, dalla quale può agevolmente desumersi il riconoscimento come formazione sociale anche delle convivenze di fatto¹⁸⁰.

Tra i molteplici effetti "derivati" dal novero di diritti riconosciuti dalla legge, emergono anche quelli inerenti l'ambito del diritto del lavoro, come noto da sempre affine e vicino al diritto di famiglia, per il rilievo qualificante che assume la prospettiva della tutela del soggetto debole, ma ancor di più per la nota "implicazione della persona" nel rapporto contrattuale.

Nel contesto di tale affinità elettiva, invero, nello statuto del diritto del lavoro tutta una serie di diritti - sia sul piano del rapporto di lavoro che su quello contiguo previdenziale - sono costruiti sul presupposto del legame familiare instaurato dal lavoratore con un altro soggetto, a volte lavoratore anch'esso, come può essere il coniuge, a volte non lavoratore, o non ancora lavoratore, come i figli. Si tratta di un apparato di tutele e garanzie in progressiva e continua rivisitazione, in relazione, da un lato, alle pressanti esigenze di razionalizzazione delle risorse pubbliche ivi destinate, nonché, dall'altro, ai profondi mutamenti del tessuto sociale e dei relativi modelli di famiglia emergenti. Queste si traducono in nuove istanze che, per la verità, da tempo fanno fatica a ottenere compiuto riscontro¹⁸¹, pur in una prospettiva di continua, anche se non lineare, implementazione delle tutele¹⁸².

È proprio in questa ultima prospettiva che si pone la normativa del 2016, volta a determinare effetti diretti o indiretti, ovvero espliciti o impliciti, sul versante lavoristico, ai quali qui vogliamo volgere l'indagine. A tal fine, come già evidenziato, occorre procedere attraverso i due distinti ambiti di intervento del legislatore, vagliando gli effetti lavoristici legati al riconoscimento delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e, poi, quelli, invece, legati alla disciplina delle convivenze.

2. A) Il versante delle unioni civili. L'indennità di preavviso e il TFR in caso di morte dell'avente diritto.

Seguendo, per esigenze di chiarezza espositiva, l'articolato della legge, il primo diritto "lavoristico" espressamente riconosciuto alla parte dell'unione civile, è quello relativo all'indennità di preavviso in caso di morte dell'avente diritto, giacché *"In caso di morte del prestatore di lavoro, le indennità indicate dagli articoli 2118 e 2120 del codice civile devono corrispondersi anche alla*

¹⁷⁹ L. BALESTRA, *Unioni civili*, cit., 1771 ss.; R. PACIA, *Unioni civili*, cit., 2.

¹⁸⁰ Cfr. P. SCHLESINGER, *La legge sulle unioni*, cit., 846, per il quale "anche per queste ultime si deve ipotizzare confermato l'insegnamento giurisprudenziale che già da decenni le ascriveva a quel contesto di tutela costituzionale"; G. OBERTO, *La convivenza di fatto*, cit., 943-944. Nella giurisprudenza costituzionale v. Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Foro it.*, 2010, 1361; Corte cost. 11 giugno 2014, n. 170, in *Fam. dir.*, 2014, 861, nonché, più di recente, Corte cost. 23 settembre 2016, n. 213, in *Foro it.*, 2016, I, 3381, sulla quale, *infra*, § 7.

¹⁸¹ Cfr. già E. ALES, *Famiglia e diritto della sicurezza sociale: modelli e strumenti giuridici per un nuovo stato sociale*, in *Dir. lav.*, 1999, I, 153 ss.; P. BOZZAO, *La protezione sociale della famiglia*, in *Lav. dir.*, 2001, 84 ss.

¹⁸² Cfr. M. MAGNANI, *La famiglia nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 844 ss.

parte dell'unione civile"¹⁸³.

Per quanto riguarda il riferimento all'art. 2118 c.c. questo prevede, come noto, in caso di recesso dal contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato di una delle parti del rapporto di lavoro (quindi sia in caso di dimissioni del lavoratore che di licenziamento da parte del datore di lavoro), la possibilità di corrispondere al posto del preavviso lavorato, la cd. indennità di mancato preavviso¹⁸⁴. La medesima indennità "è dovuta dal datore di lavoro nel caso di cessazione del rapporto per morte del prestatore di lavoro"¹⁸⁵.

Il riferimento all'art. 2120 c.c. vale, invece, a individuare l'istituto del trattamento di fine rapporto, cui ha diritto il lavoratore subordinato in caso di cessazione, appunto, del proprio rapporto di lavoro.

Tuttavia, entrambe le norme individuano gli istituti descritti, ma non fanno riferimento agli altri possibili destinatari oltre lo stesso lavoratore. È, invero, il successivo art. 2122 c.c., rubricato "indennità in caso di morte" a prescrivere che "In caso di morte del prestatore di lavoro, le indennità indicate dagli articoli 2118 e 2120 devono corrispondersi al coniuge, ai figli e, se vivevano a carico del prestatore di lavoro, ai parenti entro il terzo grado e agli affini entro il secondo grado. La ripartizione delle indennità, se non vi è accordo tra gli aventi diritto, deve farsi secondo il bisogno di ciascuno. In mancanza delle persone indicate nel primo comma, le indennità sono attribuite secondo le norme della successione legittima. È nullo ogni patto anteriore alla morte del prestatore di lavoro circa l'attribuzione e la ripartizione delle indennità".

Il legislatore avrebbe, dunque, potuto più chiaramente richiamare direttamente il suddetto articolo del medesimo codice civile, invece di riferirsi agli artt. 2118 e 2120.

La formula ellittica ivi utilizzata può far sorgere dubbi sull'applicazione dell'art. 2122 c.c. in favore della parte dell'unione civile¹⁸⁶, che paiono tuttavia superabili, considerando che il rinvio (esplicito) agli artt. 2118 e 2120 c.c. contenga (implicitamente) in sé anche il rinvio (esplicito) che tali disposizioni recano all'art. 2122 c.c., tanto da poter includere tra i beneficiari della suddetta disposizione anche la parte dell'unione civile, in applicazione dei criteri ivi previsti.

Si tratta, ad ogni modo, di una norma dal significato per nulla pacifico, terreno di dibattito sia dottrinale che giurisprudenziale, incentrato sulla dubbia natura di tali emolumenti del prestatore di lavoro, che paiono sfuggire, per quanto attiene ai beneficiari indicati al primo comma, alle regole della successione ereditaria¹⁸⁷; queste, tuttavia, rivivono nella previsione del terzo comma del medesimo articolo¹⁸⁸, con eventuale spazio per le disposizioni testamentarie del lavoratore

¹⁸³ Art. 1, comma 17, l. n. 76 del 2016.

¹⁸⁴ Art. 2118, secondo comma, c.c.

¹⁸⁵ Art. 2118, terzo comma, c.c.

¹⁸⁶ Cfr. L. BALESTRA, *Unioni civili*, cit., 1172, il quale ritiene sarebbe stato opportuno un rinvio esplicito all'art. 2122 c.c.

¹⁸⁷ V. G. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento di fine rapporto*, Milano, 1996, 280 ss.; P. ZANELLI, *Morte del titolare del reddito nel diritto della sicurezza sociale*, in *Dig. comm.*, X, Torino, 1994, 102 ss. In giurisprudenza cfr. Trib. Milano Sez. II, 16 giugno 2011; Trib. Torino, 29 giugno 2002; già Cass. 19 giugno 1982, n. 3764; Cass. 28 maggio 1981, n. 3515, in *Mass. giur. lav.*, 1982, 69; Corte Cost. 22 luglio 1985, n. 213. Cfr., inoltre, con espresso riferimento alle norme qui in commento, M. BIASI, *Commento all'art. 1, comma 20, l. 76/2016*, in corso di pubblicazione in *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, a cura di M. Sesta, Milano, 2017.

¹⁸⁸ Cfr. A. VALLEBONA, *Il trattamento di fine rapporto*, Milano, 1984, 116.

defunto¹⁸⁹.

Peraltro, in caso di mancanza di accordo tra le parti, si apre il ricorso all'autorità giudiziaria, teso a stabilire come ripartire le somme tra gli aventi diritto "secondo il bisogno di ciascuno"¹⁹⁰.

3. L'estensione delle tutele previste dalla legge in caso di matrimonio. I diritti inerenti al rapporto di lavoro.

La legge Cirinnà successivamente detta una previsione di carattere generale, che risulta di interesse anche lavoristico, per cui "Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti"¹⁹¹.

L'incipit teleologico della disposizione citata¹⁹², di immediata oscura decifrabilità, pare volto solo a stigmatizzare la permanente differenza tra l'unione civile e il matrimonio, sul piano però, a nostro avviso, più della disposizione "propaganda", che di quella con valore propriamente giuridico¹⁹³.

Quanto, poi, ai diritti riconosciuti in ambito lavoristico si può far riferimento, tra quelli di fonte legale, a quelli conseguenti alla sospensione del rapporto; al divieto di licenziamento per causa di matrimonio e alla nullità delle dimissioni rassegnate entro un anno dal matrimonio¹⁹⁴; alla considerazione della parte dell'unione civile nell'ambito del criterio di scelta dei carichi di famiglia nei licenziamenti collettivi¹⁹⁵; nonché alla priorità a richiedere la trasformazione del rapporto di lavoro, da tempo pieno a tempo parziale, per le necessità di assistenza al coniuge affetto da patologie oncologiche¹⁹⁶.

Inoltre, trova applicazione anche a beneficio della parte dell'unione civile il diritto ai permessi previsti dalla legge 104/1992, concessi in favore di chi assiste il coniuge con handicap in situazione di gravità¹⁹⁷; il congedo di tre giorni per gravi motivi familiari, in caso di decesso o di grave

¹⁸⁹ Cfr. Corte Cost. 19 gennaio 1972, n. 8, in *Foro it.*, 1972, 276, che ha ritenuto "costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 3 della Costituzione, l'art. 2122, comma terzo, del codice civile nella parte in cui esclude che il lavoratore subordinato, in mancanza delle persone indicate nel primo comma, possa disporre per testamento delle indennità di cui allo stesso articolo".

¹⁹⁰ Art. 2122, terzo comma, c.c.

¹⁹¹ Art. 1, comma 20, l. n. 76 del 2016.

¹⁹² La previsione viene posta, come sopra ricordato, "Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso".

¹⁹³ Cfr., in termini, E. QUADRI, "Unioni civili, cit.", 894.

¹⁹⁴ Art. 35, d.lgs. n. 198 del 2006 - codice delle pari opportunità.

¹⁹⁵ Art. 5, primo comma, lett. a), l. n. 223 del 1991.

¹⁹⁶ Art. 8, quarto comma, d.lgs. n. 81 del 2015.

¹⁹⁷ Art. 3, terzo comma, l. n. 104 del 1992.

infermità, già riconosciuto in favore del coniuge, nonché del convivente¹⁹⁸; il congedo (di durata massima di due anni), previsto in situazioni di gravità accertata, per il coniuge convivente di soggetto con handicap¹⁹⁹.

4. Gli (ulteriori) aspetti previdenziali.

Sempre in riferimento alla disposizione citata, per quanto attiene agli aspetti più tipicamente previdenziali – oltre a quanto osservato in precedenza in relazione al trattamento di fine rapporto ex art. 2122 c.c. - si deve far riferimento ai trattamenti di famiglia, come l'assegno per il nucleo familiare²⁰⁰.

Inoltre, occorre considerare anche i benefici fiscali legati al cd. *welfare aziendale*²⁰¹, per cui anche le parti dell'unione civile potranno usufruire delle opere, somme, prestazioni e servizi assicurati dal datore di lavoro a favore dei propri dipendenti e dei loro familiari, come indicati dall'art. 12 del TUIR²⁰². La suddetta disposizione individua in testa - lì ai fini dell'individuazione delle detrazioni per carichi di famiglia – “*il coniuge non legalmente ed effettivamente separato*”²⁰³, sicché si deve ritenere che le prestazioni e i relativi benefici fiscali debbano essere riconosciuti anche in favore della parte dell'unione civile.

Su questo versante, poi, vengono riconosciuti alla parte dell'unione civile sia la rendita (già spettante al coniuge) per i superstiti in caso di infortunio dal quale sia derivata la morte del lavoratore²⁰⁴, sia i trattamenti di reversibilità²⁰⁵.

Questi ultimi, occorre ricordarlo, rappresentano da tempo un elemento di criticità all'interno del sistema pensionistico²⁰⁶, in particolare in relazione alla loro generale sostenibilità finanziaria²⁰⁷, tanto che anche di recente il Governo pareva aver manifestato l'idea di proporre una riduzione, subito ritirata viste la levata di scudi sollevata da più parti²⁰⁸. In un tale quadro, comunque, anche in base a recenti dichiarazioni del presidente dell'Inps Boeri, la spesa prevedibile in relazione alle

¹⁹⁸ Art. 4, primo comma, l. n. 53 del 2000. Ricordiamo che riguardo al convivente, deve trattarsi di “stabile convivenza” con il lavoratore o lavoratrice, risultante da certificazione anagrafica.

¹⁹⁹ Art. 42, quinto comma, l. n. 151 del 2001.

²⁰⁰ D.l. 13 marzo 1988 n. 69, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, primo comma, l. 13 maggio 1988, n. 153.

²⁰¹ Sul tema, solo di recente emerso all'attenzione dei giuslavoristi, anche a causa dell'espresso coinvolgimento della contrattazione collettiva come sede privilegiata (dal punto di vista degli incentivi fiscali) di determinazione dei benefici previsti, pare opportuno fornire qualche riferimento, pertanto v., almeno, T. TREU, *Introduzione Welfare aziendale*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – 297/2016; AA. Vv., *Stato sociale, lavoro e welfare aziendale ai tempi del Jobs Act*, in *Nota di Ricerca n. 1/2017*, Dipartimento di Management, Università di Venezia Ca' Foscari, gennaio 2017, a cura di G. Zilio Grandi.

²⁰² Art. 51, secondo comma, lett. f, f-bis e f-ter del TUIR (D.P.R. n. 917 del 1986, così novellato da ultimo dall'art. 1, comma 190, lett. a), n. 2), l. 28 dicembre 2015, n. 208).

²⁰³ Art. 12, primo comma, lett. a), d.P.R. n. 917 del 1986, come novellato dall'art. 1, sesto comma, lett. c), l. 27 dicembre 2006, n. 296, a decorrere dal 1° gennaio 2007.

²⁰⁴ Artt. 85, 105 e 106, d.P.R. n. 1124 del 1965.

²⁰⁵ Art. 13, R.D.L. n. 636 del 1939.

²⁰⁶ Così, con particolare riguardo al tema qui trattato, M. CINELLI, *L'impatto previdenziale delle unioni civili ex legge n. 76/2016: alcune considerazioni*, in *Mass. giur. lav.*, 2016, 873.

²⁰⁷ Sul tema cfr., da ultimo, in generale, P. CAPURSO, *La pensione ai superstiti. Alla ricerca di un fondamento*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, 609 ss.

²⁰⁸ Cfr. P. SANDULLI, *La reversibilità si tocca, anzi no!*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, 177 ss.

unioni civili si rivelerebbe nei numeri, tutto sommato, limitata e sostenibile da parte del sistema previdenziale²⁰⁹, sebbene non manchi qualche perplessità al riguardo²¹⁰.

La parificazione dei trattamenti di reversibilità deve estendersi anche a quelli previsti da fondi di previdenza complementare, giacché, altrimenti, si ricadrebbe nella violazione del divieto di discriminazione per orientamento sessuale, declinato in materia di condizioni di lavoro dalla direttiva 2000/78/CE, come già ribadito dalla Corte di Giustizia *in subjecta materia* con riferimento al sistema tedesco (sentenze *Maruko*²¹¹ e *Römer*²¹²).

Si pone, infine, il dubbio in merito all'applicabilità alla parte dell'unione civile di svariate normative ascrivibili alla cd. legislazione sociale, così ad es.: le tutele per i familiari di vittime della esposizione all'amianto o vittime dell'adempimento del dovere o della criminalità organizzata, il collocamento obbligatorio in favore di congiunti di invalidi al lavoro ecc. La possibile esclusione di tali benefici passerebbe per una lettura volta a valorizzare in chiave selettiva la formula del comma 20 dell'art. 1 della legge²¹³, da intendere come volta a sostenere soltanto gli specifici obblighi e diritti relativi all'assistenza morale e materiale reciproca²¹⁴. La risposta a simili interrogativi passerà anche per la prassi applicativa, ma al contempo, come già notato²¹⁵, ci sembra resti difficile attribuire, anche sotto questo versante, valore propriamente selettivo e, quindi, cogente al citato *incipit* del comma 20 dell'art. 1 della legge, al fine di escludere l'applicazione di determinati benefici, i quali, invece, a seguire la lettera della legge, attraverso il riferimento al coniuge, non potrebbero che essere riconosciuti.

4.1. (Segue). I diritti di matrice previdenziale riconosciuti dalla legge sullo scioglimento del matrimonio (l. n. 898 del 1970).

Va questo punto affrontata un'altra delicata questione posta dalla legge Cirinnà, qui vagliata sempre sul crinale del suo rilievo anche lavoristico.

Emerge, invero, il problema di decifrare il comma 25 dell'art. 1, l. n. 76 del 2016, che dispone l'applicazione di alcune disposizioni della legge sullo scioglimento del matrimonio (l. n. 898 del 1970) "*in quanto compatibili*"²¹⁶. A nostro avviso, la clausola di compatibilità attiene e va declinata

²⁰⁹ La relativa copertura finanziaria è disposta dall'art. 1, commi 66 e 67 della l. n. 76 del 2016. Ritiene la spesa sostenibile, sia per la verosimile limitazione numerica dei casi, sia per la mancanza, tra le unioni omosessuali, di quel divario di tasso di sopravvivenza tipico delle coppie omosessuali M. CINELLI, *L'impatto previdenziale*, cit., 874.

²¹⁰ Cfr. C.A. NICOLINI, *Quali i riflessi previdenziali delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze di fatto?*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, 565.

²¹¹ Corte giust. *Maruko*, Grande sez., 1° aprile 2008, causa C-267/06; per un commento cfr. L. CALAFÀ, *Unione solidale registrata fra persone omosessuali e pensioni a superstiti: il caso Tadao Maruko dinanzi alla Corte di giustizia CE*, in *Riv. giur. lav.*, 2009, II, 227 ss., nonché G. CARUSO, *Discriminazione fondata sull'orientamento sessuale: la Corte di giustizia riconosce la pensione di reversibilità al partner di un'unione solidale registrata*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, 817 ss.

²¹² Corte giust. *Römer*, Grande sez., 10 maggio 2011, causa C-147/08; per un commento cfr. R. NUNIN, *Orientamento sessuale, diritti pensionistici e discriminazione*, in *Fam. dir.*, 2012, 113 ss.

²¹³ Ciò in relazione all'*incipit* del suddetto comma per cui, come già ricordato, l'estensione dei diritti già garantiti al coniuge viene disposto "*Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso*".

²¹⁴ Cfr. M. CINELLI, *L'impatto previdenziale*, cit., 871 ss.

²¹⁵ V. *supra*, § 3.

²¹⁶ Art. 1, comma 25, l. n. 76 del 2016, per cui "*Si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 4, 5, primo comma, e dal quinto all'undicesimo comma, 8, 9, 9-bis, 10, 12-bis, 12-ter, 12-quater, 12-quinquies e 12-sexies della legge 1° dicembre 1970, n. 898, nonché le*

in relazione alle peculiarità diremmo “intrinseche” dell’unione civile, per la quale sono appunto previste apposite cause di scioglimento²¹⁷.

Per quanto attiene ai diritti lavoristici, comprendenti quelli di matrice previdenziale, la suddetta clausola di compatibilità può assumere rilievo sul limitato fronte dell’esclusione dei diritti riconosciuti dalla l. n. 898 del 1970, ad es., ai coniugi in quanto genitori²¹⁸. Peraltro, la questione rimane problematica, dato il noto indirizzo giurisprudenziale teso a legittimare in casi particolari la cd. *stepchild adoption*, ovvero l’adozione del figlio dell’altra parte dell’unione civile²¹⁹, nonché di fronte alle recentissime aperture verso la legittimazione *tout court* dell’adozione da parte di una coppia omosessuale di un figlio (in questo caso due bambini) senza legami biologici con alcuno dei partners²²⁰.

Invece, una lettura della clausola in senso più ampio, tesa ad accrescerne gli effetti “impeditivi”, pur possibile rimarcando le differenze tra lo scioglimento degli effetti civili del matrimonio (divorzio) e lo scioglimento dell’unione civile, costruito su condizioni meno stringenti, finirebbe, tuttavia, con il determinare un contrasto interno alla stessa legge. Invero, come già abbiamo notato, il rinvio “generale” alla trasposizione dei diritti riconosciuti al coniuge dalla normativa vigente alla parte dell’unione civile, veicolato dal comma 20 dell’art. 1, non tollera limitazioni, ad eccezione, appunto, della clausola di compatibilità in relazione ai diritti declinati dal comma 25 del medesimo art. 1, che pare, dunque, necessariamente da considerare di stretta interpretazione.

Ne deriva allora l’applicazione dei diritti di matrice previdenziale già riconosciuti dalla legge in favore del coniuge divorziato, cui, dunque, a questi fini, va equiparata, a nostro avviso, la parte dell’unione civile sciolta ai sensi della legge Cirinnà²²¹.

Svolgendo questa volta l’articolato della legge n. 898 del 1970 sullo scioglimento del matrimonio, trova, dunque, espressa applicazione in favore delle parti dell’unione civile sciolta, la disciplina dettata dall’art. 9, l. n. 898 del 1970²²², che assicura al coniuge divorziato titolare dell’assegno divorzile, in assenza del coniuge superstite e in assenza di nuove nozze, il diritto alla pensione di reversibilità, sempre che il rapporto da cui trae origine il trattamento pensionistico sia anteriore

disposizioni di cui al Titolo II del libro quarto del codice di procedura civile ed agli articoli 6 e 12 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162”.

²¹⁷ Art. 1, commi 22 e 23, l. n. 76 del 2016, che richiamano regole già previste per il matrimonio, mentre, invece, l’ipotesi di cui al successivo comma 24 risulta del tutto peculiare, oltre ad affermarsi come quella di applicazione generale in questo ambito. Sul punto v. gli autori citati nella nota n. 1.

²¹⁸ Art. 12-ter, l. n. 898 del 1970, che riconosce ai genitori, coniugi divorziati, metà della pensione di reversibilità spettante ad essi per la morte di un figlio deceduto per fatti di servizio.

²¹⁹ Cfr., tra quelle edite, Corte App. Trento, Ord., 23 febbraio 2017; Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, in *Corr. giur.*, 2016, 1203, con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*; App. Torino Sez. minori, 27 maggio 2016, in *Foro it.*, 2016, 1910; Trib. Minorenni Roma, 30 dicembre 2015, in *Fam. dir.*, 2016, 584, con nota di A. SCALERA, *Adozione incrociata del figlio del patner e omogenitorialità tra interpretazione del diritto vigente e prospettive di riforma*; Trib. Roma, 23 dicembre 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 969, con nota di M. FARINA, *Adozione e affidamento - «Adozione in casi particolari, omogenitorialità e superiore interesse del minore»*. Sul tema, riferimenti in molti dei contributi citati alla nota n. 1.

²²⁰ Trib. Minori Firenze, 9 marzo 2017. In questo caso il Tribunale ha consentito la trascrizione dei provvedimenti emessi da una Corte britannica e ha così riconosciuto legittima anche in Italia l’adozione di due bambini da parte di una coppia omosessuale.

²²¹ Art. 1, commi 23 e 24, l. n. 76 del 2016.

²²² La norma è stata modificata dall’art. 13, l. 6 marzo 1987, n. 74 e trova applicazione in favore anche delle parti dell’unione civile in base al disposto dell’art. 1, comma 25, l. n. 76/2016.

alla sentenza²²³.

Si applica, altresì, la disciplina prevista nel caso in cui oltre al coniuge divorziato (ora anche alla parte dell'unione civile sciolta) esista anche un coniuge superstite (ora anche una parte dell'unione civile), avente i requisiti per la pensione di reversibilità²²⁴.

Inoltre, in materia di Trattamento di fine rapporto trova espressa applicazione alla parte dell'unione civile anche il disposto dell'art. 12-*bis*, l. n. 898 del 1970, che prevede in favore del coniuge divorziato e non risposato il diritto sia al c.d. assegno divorzile sia a una percentuale pari al 40% del Tfr, riferito agli anni in cui il rapporto di lavoro è coinciso con il matrimonio²²⁵.

A questo punto riemerge, ora, anche in relazione alle parti dell'unione civile, l'annosa questione - di cui occorre dar, pur in breve, conto - relativa al rapporto tra la suddetta previsione e il già esaminato art. 2122 c.c. sull'indennità in caso di morte²²⁶, che, per quel che qui interessa, prevede la suddivisione anche del Tfr spettante al lavoratore subordinato deceduto tra i familiari, tra cui il coniuge superstite, senza però menzionare l'eventuale ex coniuge divorziato.

Si pone allora il dubbio in ordine alla possibilità che la quota di Tfr ex art. 12-*bis*, l. n. 898 del 1970 vada riconosciuta all'ex coniuge (nonché, ora, alla parte dell'unione civile sciolta) solo nel caso in cui il lavoratore sia in vita, oppure anche in caso di suo decesso. E, inoltre, in caso di risposta negativa alla seconda opzione, se in caso di morte del prestatore di lavoro l'ex coniuge concorra con gli altri familiari individuati dal suddetto art. 2122 c.c. alla suddivisione del medesimo Tfr.

Nelle articolate tesi circolanti in dottrina e giurisprudenza, quella più accreditata - e che riteniamo raggiunga la soluzione più equa, evitando paradossi²²⁷ - ritiene che la quota di Tfr di cui all'art. 12-*bis*, l. n. 898 del 1970 spetti all'ex coniuge solo nel caso in cui il coniuge lavoratore subordinato (nonché, ora, anche la parte dell'unione civile) titolare del Tfr sia in vita.

Tuttavia, in caso di suo prematuro decesso in corso del rapporto di lavoro, il coniuge divorziato (nonché, ora, anche la parte dell'unione civile sciolta) concorre con gli altri soggetti individuati dall'art. 2122 c.c., in virtù del già richiamato art. 9, terzo comma, l. n. 898 del 1970, che fa riferimento, oltre che alla pensione (di reversibilità), anche agli "*altri assegni a questi spettanti*"²²⁸, tra cui si può ricomprendere quello spettante a titolo di Tfr²²⁹.

²²³ Art. 9, secondo comma, l. n. 898 del 1970.

²²⁴ Art. 9, terzo comma, l. n. 898 del 1970 per cui "*Qualora esista un coniuge superstite avente i requisiti per la pensione di reversibilità, una quota della pensione e degli altri assegni a questi spettanti è attribuita dal Tribunale, tenendo conto della durata del rapporto, al coniuge rispetto al quale è stata pronunciata la sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e che sia titolare dell'assegno di cui all'art. 5. Se in tale condizione si trovano più persone, il Tribunale provvede a ripartire fra tutti la pensione e gli altri assegni, nonché a ripartire tra i restanti le quote attribuite a chi sia successivamente morto o passato a nuove nozze*".

²²⁵ La norma è stata introdotta dall'art. 16, l. 6 marzo 1987, n. 74 e trova applicazione in favore anche delle parti dell'unione civile in base al disposto dell'art. 1, comma 25, l. n. 76/2016.

²²⁶ V. *supra*, § 2.

²²⁷ Come già notato dai civilisti, il riconoscimento del 40% del Tfr in ogni caso, per gli anni corrispondenti al matrimonio, comporterebbe che agli altri familiari nel complesso rimarrebbe il 60% da suddividere tra loro, cosicché al coniuge divorziato spetterebbe una quota maggiore di quelle riconosciuta ai parenti più stretti.

²²⁸ Art. 9, terzo comma, l. n. 898 del 1970.

²²⁹ Cfr., anche per una ricostruzione del dibattito, F. SCIA, *Indennità di fine rapporto e divorzio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 107 ss.; più di recente cfr. M. MORETTI, *L'indennità di fine rapporto*, in G. Bonilini e F. Tommaseo (a cura di), *Lo scioglimento del matrimonio*,

Inoltre, secondo l'interpretazione circolante in giurisprudenza, in caso di compresenza di un coniuge divorziato e di un coniuge superstite (nonché, ora, anche in caso di presenza di una parte di un'unione civile, sussistente o sciolta, variamente miscelabile con coniuge o ex coniuge)²³⁰, e laddove esistano anche figli del lavoratore defunto (e/o altri parenti o affini a suo carico) aventi diritto alla indennità di buonuscita ai sensi dell'art. 2122 c.c., dal coordinamento di tale disposizione con l'art. 9 della l. n. 898 del 1970 si estrae complessivamente la regola per cui al coniuge divorziato, nella fattispecie considerata (di concorso di plurimi aventi diritto), va attribuita una quota della quota del coniuge superstite. Quindi, tra i due (od eventualmente più) coniugi, dovrà, in pratica, suddividersi la quota di spettanza del coniuge superstite, come previamente determinata in ragione del concorso di questi con gli altri superstiti aventi diritto ex art. 2122, primo comma, c.c.

Si precisa altresì, ai fini di tale preventiva determinazione, che dei due criteri all'uopo indicati dal predetto art. 2122 c.c. - secondo il quale *"la ripartizione della indennità se non vi è accordo tra gli aventi diritto, deve farsi secondo il bisogno di ciascuno"* - il primo si rivela in questo caso incompatibile (in quanto presupporrebbe un accordo tra i due, coniuge ed ex coniuge, difficilmente realizzabile), tanto da far ritenere utilizzabile unicamente il successivo (ripartizione *"secondo il bisogno di ciascuno"*)²³¹.

5. L'applicazione delle tutele previste dai contratti collettivi.

Sempre nella disposizione richiamata dell'art. 1, comma 20, l. n. 76 del 2016, vi è poi un espresso riferimento ai contratti collettivi e, dunque, ai diritti ivi riconosciuti al coniuge, da considerare ora estesi alla parte dell'unione civile.

Si tratta di un riferimento esplicito quantomai opportuno, giacché (anche) il diniego nei confronti delle parti (nel nostro caso) dell'unione civile di benefici previsti dai contratti collettivi in favore dei coniugi integrerebbe un'ipotesi di discriminazione diretta, vietata ai sensi dell'art. 2, par. 2, lett. a), della direttiva 2000/78/CE in tema di parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro²³².

Quanto ai diritti ora riconosciuti si può far riferimento, ad es., alle eventuali limitazioni o indennità previste dalla contrattazione collettiva in relazione a trasferimenti che impattino sulla famiglia del

in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2010, III ed., 1089 ss. In giurisprudenza in questa linea cfr. Cass. 7 settembre 1993, n. 9387, in *Foro it.*, 1994, I, 1504 ss.; Cass. 4 febbraio 2000, n. 1222, in *Fam. dir.*, 2000, 397; *contra*, per l'applicazione, anche in questo caso, in favore dell'ex coniuge dell'art. 12-bis, l. n. 898 del 1970, Cass. 20 settembre 2000, n. 12426; Cass. 10 gennaio 2005, n. 285.

²³⁰ Si consideri che, invero, almeno in teoria, molteplici sono le combinazioni possibili. Possono concorrere a benefici di tal genere coniuge ed ex coniuge, come una parte di un'unione civile sciolta e una parte di un'unione civile sussistente, ma, anche, un ex coniuge con una parte di un'unione civile sussistente, come (sebbene statisticamente ancor più improbabile) il contrario, ovvero una parte di un'unione civile sciolta con un coniuge.

²³¹ Così Cass. 4 febbraio 2000, n. 1222, cit.

²³² Cfr. Corte giust. *Hay*, V Sez., 12 dicembre 2013, causa C-267/12, con nota di F. Rizzi, *Il caso Hay e la Corte di Giustizia: una nuova dottrina contro la discriminazione delle coppie omosessuali*, in *Riv. giur. lav.*, 2015, II, 47 ss. La Corte, in relazione al sistema francese, ha ritenuto sussistente un'ipotesi di discriminazione diretta nel mancato riconoscimento a un lavoratore che concluda un PACS dei medesimi benefici accordati ai suoi colleghi in occasione del loro matrimonio (nel caso di specie, giorni di congedo e premi stipendiali).

lavoratore²³³; nonché alle previsioni relative a ferie e congedi matrimoniali, generalmente previste nei CCNL di categoria²³⁴.

Peraltro, si deve ricordare che – nella scia di una tendenza consueta nel campo del diritto del lavoro - la contrattazione collettiva aveva già in alcuni casi anticipato il legislatore, disponendo in accordi aziendali l'estensione delle disposizioni contrattuali a favore dei coniugi per gli iscritti nei registri comunali delle unioni civili.

6.- B) Il versante delle convivenze di fatto. Il nuovo art. 230-ter c.c. in tema di impresa familiare.

Occorre a questo punto spostarci sull'altro versante delle convivenze di fatto, che la legge identifica in *“due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile”*²³⁵, volendo in tal modo circoscrivere in sostanza alle convivenze *more uxorio*²³⁶ la regolamentazione prevista, ma, a ben vedere, non a tutte, date l'espressa esclusione di quelle sviluppatasi tra parenti e affini di qualunque grado²³⁷.

In questo contesto l'unico espresso riferimento lavoristico è quello dettato in tema di impresa familiare. Il codice civile, come noto, attraverso l'art. 230-bis, introdotto nell'ambito della riforma del diritto di famiglia del 1975, riconosce al *“familiare”* che *“presta in modo continuativo la sua attività di lavoro nella famiglia o nell'impresa familiare”* il diritto al mantenimento secondo la condizione patrimoniale della famiglia e alla partecipazione agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento, in proporzione alla quantità e alla qualità del lavoro prestato. Inoltre, gli stessi *“familiari”* che partecipano all'impresa hanno diritto di adottare a maggioranza le decisioni *“concernenti l'impiego degli utili e degli incrementi nonché quelle inerenti alla gestione straordinaria, agli indirizzi produttivi e alla cessazione dell'impresa”*²³⁸. Si intende come familiare il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo; per impresa familiare quella cui collaborano il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo²³⁹.

Va intanto precisato a questo punto che, in base a espressa previsione del legislatore²⁴⁰, la disciplina già dettata dall'art. 230-bis c.c. trova integrale applicazione in favore della parte dell'unione

²³³ V., ad es., art. 170, CCNL terziario; art. 111 CCNL credito.

²³⁴ V., ad es., art. 158, CCNL terziario; art. 3, titolo VI, sez. IV, CCNL metalmeccanici industria; art. 57 CCNL credito.

²³⁵ Art. 1, comma 36, l. n. 76 del 2016. Ai fini dell'accertamento della stabile convivenza, la medesima legge (art. 1, comma 37) prescrive che si debba far riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all'art. 4, D.P.R. 30 maggio 1989, n. 223: occorre, pertanto, che vi sia una coabitazione risultante da un certificato di stato di famiglia. Dubbi sono espressi in dottrina sul carattere costitutivo o meramente ricognitivo della suddetta registrazione. In questo secondo caso la convivenza di fatto potrebbe essere provata *aliunde*, cfr. P. SCHLESINGER, *La legge sulle unioni*, cit., 847, dove il riferimento, per tale seconda lettura, a Trib. Milano, ord. 31 maggio 2016, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1473.

²³⁶ Cfr. L. BALESTRA, *Unioni civili*, cit., 1173.

²³⁷ Cfr. G. OBERTO, *La convivenza di fatto*, cit., 943.

²³⁸ Art. 230-bis, primo comma, c.c.

²³⁹ Art. 230-bis, terzo comma, c.c.

²⁴⁰ Art. 1, comma 13, l. n. 76 del 2016, che nell'ultimo periodo dispone che *“Si applicano le disposizioni di cui alle sezioni II, III, IV, V e VI del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile”*. L'art. 230-bis è collocato, infatti, nella sezione VI del suddetto capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile.

civile, tanto che può farsi rinvio alle acquisite ricostruzioni sull'istituto²⁴¹, concentrando l'analisi in questa sede alle peculiarità derivanti dalla posizione di convivente di fatto.

Invero, rispetto alla posizione, nell'impresa familiare, del convivente *more uxorio*, si sono potute registrare sinora in dottrina e in giurisprudenza opinioni difformi. Alla lettura ancorata al dato formale, per cui non è possibile alcuna equiparazione con la posizione del coniuge²⁴², hanno fatto riscontro aperture nella direzione di una tendenziale equiparazione alla posizione riconosciuta al coniuge dall'art. 230-bis c.c., da applicare in via analogica²⁴³.

Ora, in favore del convivente di fatto viene introdotto nel codice civile un nuovo art. 230-ter (Diritti del convivente)²⁴⁴ per cui *“Al convivente di fatto che presti stabilmente la propria opera all'interno dell'impresa dell'altro convivente spetta una partecipazione agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento, commisurata al lavoro prestato. Il diritto di partecipazione non spetta qualora tra i conviventi esista un rapporto di società o di lavoro subordinato”*.

L'effetto dell'intervento del legislatore risulta dirimente. Come si può notare immediatamente, invero, non viene accolto nessuno dei due polarizzati indirizzi richiamati, giacché, appunto, vi è un solo parziale riconoscimento in favore del convivente di fatto dei diritti già garantiti al coniuge, mentre l'indirizzo “estensivo” produceva in via interpretativa una piena assimilazione delle due posizioni, ora non più possibile in base alla lettera della legge.

6.1. Il confronto tra l'art. 230-bis e il nuovo art. 230-ter c.c.: i diversi presupposti.

Poste le due norme a confronto, risalta innanzitutto la diversità dei presupposti per la loro applicazione.

Invero, mentre ai sensi dell'art. 230-bis c.c., la tutela si attiva *“Salvo che sia configurabile un diverso rapporto”*, ai sensi dell'art. 230-ter c.c. *“Il diritto di partecipazione non spetta qualora tra i conviventi esista un rapporto di società o di lavoro subordinato”*. Questi limiti valgono a rimarcare il carattere residuale dell'istituto dell'impresa familiare, sul quale dottrina e giurisprudenza

²⁴¹ Sull'art. 230-bis c.c., cfr., da ultimi, F. COLLETTI, *Impresa familiare*, in *Famiglia e patrimonio*, a cura di G. Oberto, Padova, 2014, 597 ss.; V.M. MARINELLI, *Art. 230-bis*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, *Dell'impresa e del lavoro*, vol. IV, Artt. 2188-2246 e Art. 230-bis, a cura di O. Cagnasso e A. Vallebona, Torino, 2014, 1030 ss.; L. MENGHINI, *Il lavoro familiare nella giurisprudenza: questioni chiuse ed ancora aperte*, in *Lav. giur.*, 2015, 3, 221 ss.; G. QUADRI, *Impresa familiare e prestazioni di lavoro*, Napoli, 2012 e ivi ulteriori riferimenti.

²⁴² Cfr., *ex plurimis*, G. OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi, III, Padova, 1992, 467; M. BERNARDINI, *La convivenza fuori del matrimonio*, Padova, 1992, 65 ss.; V. COLUSSI, *Impresa familiare*, in *Disc. priv., sez. comm.*, VII, Torino, 1992, 178; V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, II, Milano, 2002, 219 ss.; F. SANTOSUOSSO, *Beni ed attività economica della famiglia*, Torino, 1995, 363 s. In giurisprudenza cfr. Cass. 29 novembre 2004, n. 22405; Cass. 2 maggio 1994, n. 4204, in *Foro it.*, 1995, I, 1935; Trib. Padova, Sez. I, 4 aprile 2003, M. L. c. B. G.; Trib. Milano, 5 ottobre 1988, in *Lav. 80*, 1989, 206; Trib. Firenze, 18 giugno 1986, in *Tosc. lav. giur.*, 1987, 228.

²⁴³ Cfr., *ex plurimis*, C.M. BIANCA, *La famiglia*, in *Diritto civile*, vol. 2, Milano, 2005, 501; L. BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, Padova, 2009, 214 ss.; C.A. GRAZIANI, *L'impresa familiare*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 3, II, II ed., Torino, 1996, 675; L. MENGHINI, *Il lavoro familiare*, cit., 224; G. PALMERI, *Del regime patrimoniale della famiglia*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, diretto da F. Galgano, Bologna-Roma, 2004, 72; F. PROSPERI, *Impresa familiare*, in *Il Codice Civile. Commentario*, cit., 167. In giurisprudenza cfr. Cass. 15 marzo 2006, n. 5632, in *Giust. civ.*, 2007, 1728; Cass. 19 dicembre 1994, n. 10927, in *Inf. prev.*, 1994, 1502; Trib. Torino, 24 novembre 1990, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 574; Trib. Ivrea 30 settembre 1981, in *Riv. dir. agr.*, 1983, II, 464.

²⁴⁴ Art. 1, comma 46, l. n. 76 del 2016.

concordano²⁴⁵.

Si può allora ritenere che attraverso la formula dettata dal nuovo art. 230-ter c.c. si sia voluto evitare che la sola formalizzazione di un contratto di lavoro non subordinato, anche eventualmente di lavoro accessorio, impedisca l'accesso al diritto alla partecipazione agli utili e agli incrementi dell'azienda, ritenuto non necessario soltanto in presenza di un rapporto di lavoro subordinato oppure di un rapporto di società. Il richiamo al "rapporto" invece che al contratto, vale evidentemente a far riferimento alla situazione determinatasi non solo sul piano del diritto, ma anche su quello del fatto, affinché anche la presenza di rapporti diversamente formalizzati o non formalizzati affatto, ma comunque riconducibili (tramite accertamento in via giudiziaria) a una fattispecie di lavoro subordinato o di società, conduca all'esclusione dell'operatività dell'art. 230-ter c.c.

Ulteriori differenze attengono all'ambito di applicazione delle tutele.

Invero, mentre ai sensi dell'art. 230-bis c.c., la tutela si attiva in favore del "*familiare che presta in modo continuativo la sua attività di lavoro nella famiglia o nell'impresa familiare*", ai sensi dell'art. 230-ter c.c. la tutela viene riconosciuta "*Al convivente di fatto che presti stabilmente la propria opera all'interno dell'impresa dell'altro convivente*". Ci troviamo di fronte a condizioni maggiormente restrittive di accesso alle tutele per il convivente di fatto. Solo nel primo caso, invero, acquista rilievo anche l'attività svolta dal familiare "*nella famiglia*", mentre nel secondo questa deve svolgersi necessariamente "*all'interno dell'impresa*".

Ricordiamo che, per quanto attiene ai familiari, la prevista rilevanza dello svolgimento di attività lavorativa anche nell'ambito della famiglia ai sensi dell'art. 230-bis c.c. consente di superare la nota presunzione (giurisprudenziale) di gratuità della prestazione resa nell'ambito della comunità familiare²⁴⁶, sempreché, secondo l'impostazione prevalente – alla quale ci sentiamo di aderire – si tratti comunque di attività casalinga qualificata, tale cioè da assumere "rilevo nella gestione dell'impresa, in quanto funzionale ed essenziale nell'attuazione dei fini propri di produzione e di scambio di beni o di servizi"²⁴⁷.

La questione si mostra maggiormente articolata in relazione alle convivenze, anche se si può giungere alle medesime conclusioni in relazione alle convivenze "qualificate" ai sensi della legge Cirinnà.

Non si può, invero, non considerare che il convivente di fatto non assurge allo *status* formale di familiare, tanto da non risultare pacifico che per questi operi la medesima presunzione di gratuità

²⁴⁵ Cfr., in riferimento all'art. 230-bis c.c., Cass. 6 agosto 2003, n. 11881; Cass. 19 ottobre 2000, n. 13861; Cass. 24 marzo 2000, n. 3520; Cass. 9 agosto 1997, n. 7438; Cass. 19 luglio 1996, n. 6505; Cass. 29 novembre 1993, n. 11786, in *Giur. it.*, 1994, I, 1978.

²⁴⁶ L'attività lavorativa svolta dal familiare entro la comunità familiare è, come noto, per presunzione giurisprudenziale, ritenuta un'ipotesi di lavoro gratuito, svolto *affectionis vel benevolentiae causa*, cfr. Cass. 20 aprile 2011, n. 9043, in *Lav. giur.*, 2011, 625; Cass. 19 gennaio 2006, n. 959; Cass. 19 maggio 2003, n. 7845; Cass. 20 marzo 2001, n. 3975; Cass. 17 agosto 2000, n. 10923; Cass. 19 giugno 2000, n. 8330.

²⁴⁷ Così Cass. Sez. Un. 4 gennaio 1995, n. 89, in *Dir. lav.*, 1995, II, 262; conformi Cass. 11 giugno 1999, n. 5781; Cass. 19 febbraio 1997, n. 1525; Cass. 21 aprile 1993, n. 4706; Cass. 22 agosto 1991, n. 9025; in dottrina cfr. L. MENGHINI, *Il lavoro familiare*, cit., 222 ss. *Contra*, per la rilevanza anche di mansioni prettamente domestiche e casalinghe cfr. Cass. 28 agosto 1993, n. 9159; Cass. 22 maggio 1991, n. 5741; in dottrina cfr. G. OPPO, *Impresa familiare*, cit., 474; C.A. GRAZIANI, *L'impresa familiare*, in *Tratt. Rescigno*, 3, Torino, 1982, 672.

della prestazione lavorativa svolta nell'ambito della famiglia.

Di fronte a un indirizzo teso a equiparare, comunque, su tale profilo questa posizione a quella del coniuge²⁴⁸, trova spazio, di recente, una lettura, a ben vedere non opposta, ma solo più attenta, per cui, emergerebbe, invece, in questi casi, la consueta generale presunzione di onerosità della prestazione lavorativa. Questa, a sua volta, risulterebbe superabile, a favore di un rapporto diverso, a titolo gratuito, istituito *affectionis vel benevolentiae causa*, di fronte a una convivenza non effimera, ove risulti dimostrata la sussistenza della finalità di solidarietà in luogo di quella lucrativa, per una comunanza di vita e di interessi tra i conviventi che non si esaurisca in un rapporto meramente affettivo o sessuale, ma dia luogo anche alla partecipazione effettiva ed equa del convivente alla vita ed alle risorse della famiglia di fatto²⁴⁹. Si tratta di una forma di convivenza che riteniamo ben possa rientrare nel modello prefigurato ora dalla l. n. 76 del 2016, che, lo si ricorda, la individua in *“due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale”*²⁵⁰.

Pertanto, per il convivente di fatto - “qualificato” ai sensi della presente legge - che presti la sua attività lavorativa non nell'impresa, ma nel contesto familiare-domestico dell'altro convivente, la situazione appare polarizzata: o tale attività è da considerare svolta a titolo gratuito, oppure grava sullo stesso l'onere di superare tale presunzione e di provare la tipologia di rapporto di lavoro a titolo oneroso svolto, solitamente nella forma di un rapporto di lavoro subordinato, foriero di maggiori tutele. Non potrà, invece, in questo caso, avvalersi della tutela residuale offerta dall'istituto dell'impresa familiare, giacché, in base al nuovo art. 230-ter c.c., questa è riservata al convivente che abbia svolto attività lavorativa necessariamente all'interno dell'impresa dell'altro convivente.

Osserviamo, inoltre, che la condizione necessaria dello svolgimento dell'attività lavorativa all'interno dell'impresa dell'altro convivente, in una norma redatta nel 2016, desta non poche perplessità, se intesa in senso letterale come riferibile ai confini “fisici” entro i quali deve svolgersi l'attività imprenditoriale, oggi spesso impalpabili, tanto da rappresentare un discrimine poco giustificabile. Si tratta, peraltro, di un requisito che in relazione all'art. 230-bis c.c., si è ritenuto non necessario²⁵¹. Si potrebbe, dunque, ritenere che il riferimento non sia da leggere in senso letterale, tanto da intendere il riferimento all'attività svolta “all'interno” dell'impresa solo volto a indicarne il suo svolgimento nell'impresa, dove il presente riferimento apparentemente logistico vale, in realtà, a rimarcare la differenza con quanto disposto dal precedente art. 230-bis c.c., che, invece, come già notato, attribuisce rilevanza anche al lavoro prestato oltre che *“nell'impresa”* anche *“nella famiglia”*.

Infine, se per i coniugi (nonché, ora, per le parti dell'unione civile) è sufficiente prestare un'attività

²⁴⁸ Cfr., ad es., Cass. 14 giugno 1990, n. 5803; Cass. 29 maggio 1991, n. 6083; Cass. 29 gennaio 1993, n. 1097; Cass. 4 gennaio 1995, n. 70; Cass. 15 marzo 2006, n. 5632.

²⁴⁹ Così, da ultimo, Cass. 29 settembre 2015, n. 19304, in *Fam. dir.*, 2016, 2, 129; in precedenza in direzione analoga Cass. 22 novembre 2010, n. 23624; cfr., in dottrina, G. QUADRI, *Impresa familiare*, cit., 79 ss.

²⁵⁰ Art. 1, comma 36, l. n. 76 del 2016.

²⁵¹ Cass. 23 settembre 2002, n. 13849, per cui “La continuità dell'apporto richiesto dall'art. 230 bis c.c. per la configurabilità della partecipazione all'impresa familiare non esige la continuità della presenza in azienda, richiedendo invece soltanto la continuità dell'apporto”.

di lavoro in modo continuativo²⁵², per il convivente di fatto tale attività deve avere il carattere della stabilità, che potrebbe ritenersi maggiormente incisivo rispetto a quello della continuità, anche se pare al contempo possibile leggerli come sostanziali sinonimi, tesi entrambi a escludere prestazioni di lavoro svolte in maniera solo occasionale.

6.2. (Segue). I più limitati diritti riconosciuti al convivente di fatto.

Oltre ai presupposti, più limitati risultano i diritti riconosciuti al convivente di fatto rispetto al coniuge, nonché, ora, alla parte dell'unione civile. Si tratta, invero, soltanto del riconoscimento della partecipazione agli utili e agli incrementi dell'azienda. Manca il diritto al mantenimento, il diritto di partecipare alle decisioni inerenti l'impresa familiare, nonché il diritto di prelazione sull'azienda familiare in caso di divisione ereditaria o di trasferimento dell'azienda.

La partecipazione agli utili, va calcolata ai sensi dell'art. 230-bis c.c. "*in proporzione alla quantità e qualità del lavoro prestato*" e, ora, ai sensi dell'art. 230-ter c.c., con previsione che pare sostanzialmente di analoga portata, per il convivente di fatto va "*commisurata al lavoro prestato*", Anzi, la formula utilizzata nell'art. 230-ter c.c., nella sua apparente maggiore genericità, sembra più congrua, giacché si sgancia dalla matrice prettamente lavoristica, in particolare attagliata al tipo lavoro subordinato, derivata dal dettato dell'art. 36 Cost., sulla proporzionalità in relazione alla quantità e qualità del lavoro prestato, forse in questo contesto non del tutto propria.

In ogni caso, si tratta di una prestazione solo eventuale, o quantomeno non necessariamente attuale, giacché gli utili potrebbero non prodursi, o anche essere accantonati o reinvestiti dall'imprenditore, come normalmente accade, in assenza di un patto di distribuzione periodica²⁵³, con conseguente differimento della loro attribuzione al convivente di fatto partecipante all'impresa familiare al momento dello scioglimento del rapporto, per cessazione dell'impresa familiare o dell'apporto dello stesso convivente, come espressamente prevede, in riferimento ai familiari, l'art. 230-bis, quarto comma, c.c.²⁵⁴, qui da ritenere implicitamente richiamato per analogia.

Inoltre, sotto il profilo soggettivo, i parenti del convivente, non potendo assurgere allo *status* di affini dell'altro convivente imprenditore, non possono rientrare nel raggio di copertura dell'istituto.

La soluzione adottata dal legislatore di predisporre attraverso il nuovo art. 230-ter c.c. una tutela differenziata è stata criticata, in quanto ritenuta discriminatoria in sfavore del convivente di fatto, il quale avrebbe potuto ottenere uguali diritti rispetto al coniuge e, ora, alla parte dell'unione civile, semplicemente attraverso il suo inserimento nella platea dei beneficiari delineata dall'art. 230-bis c.c.²⁵⁵, profilandosi per questo anche dubbi di legittimità costituzionale della suddetta normativa²⁵⁶.

²⁵² Il requisito della continuità viene letto nel senso di implicare regolarità e costanza della prestazione lavorativa, senza che debba necessariamente ricorrere un impegno a tempo pieno, cfr. Cass. Sez. Un., 4 gennaio 1995, n. 89, cit.; Cass. 18 aprile 2002, n. 5603, in *Fam. dir.*, 2002, 409.

²⁵³ Cfr. Cass. 2 dicembre 2015, n. 24560; Cass. 8 marzo 2011, n. 5448.

²⁵⁴ Cfr. Cass. 22 ottobre 1999, n. 11921 in *Fam. dir.*, 2000, 123.

²⁵⁵ Cfr. T. AULETTA, *Disciplina delle unioni*, cit., 381; L. BALESTRA, *Unioni civili*, cit., 1173.

²⁵⁶ Cfr. R. PACIA, *Unioni civili e convivenze*, cit., 207.

A noi sembra, invece, che la scelta del legislatore - di certo meno lineare rispetto a quella fondata sull'ampliamento *tout court* della platea dei destinatari della disposizione codicistica già esistente - trovi una sua giustificazione e plausibilità, giacché si tratta di attribuire rilievo, sussistente, ma al contempo minore, alla situazione "di fatto" della convivenza rispetto alla situazione "di diritto" del matrimonio, nonché, ora, dell'unione civile. La minore "stabilità" della convivenza giustifica la minore tutela apprestata, come già osservato in passato anche in giurisprudenza²⁵⁷.

6.3. La accresciuta residualità della tutela garantita dall'art. 230-ter c.c.

Chiarita la portata del nuovo art. 230-ter c.c., la sua formulazione offre lo spunto anche per ulteriori considerazioni intorno al già ricordato carattere residuale dell'istituto dell'impresa familiare, qui declinato anche in favore del convivente di fatto. L'evoluzione recente del sistema pare, invero, accrescere in sostanza tale residualità, in particolare in relazione al nuovo art. 230-ter c.c.

Invero, in caso di controversia, la domanda in via principale del ricorrente convivente di fatto e partecipante all'impresa familiare sarà normalmente tesa, sulla base della prova della presenza dei noti indici, al riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato intercorso tra le parti, da cui trarre le maggiori tutele²⁵⁸. In mancanza di una tale prova potrà farsi ricorso all'art. 230-ter c.c., in presenza dei requisiti ivi richiesti.

Ora, però, - e questo è l'elemento di novità - in base a quanto disposto dall'art. 2, d.lgs. n. 81 del 2015 in tema di collaborazioni organizzate dal committente, si può giungere alla subordinazione, *rectius*, all'applicazione della relativa disciplina, anche soltanto attraverso la prova della organizzazione da parte del committente delle modalità di esecuzione del lavoro del collaboratore "anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro"²⁵⁹.

²⁵⁷ Cfr. Cass. 2 maggio 1994, n. 4204, cit., che, considerato insuscettibile di interpretazione analogica l'art. 230-bis c.c., quale norma eccezionale, ha ritenuto, di conseguenza, "manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 230 bis nella parte in cui esclude dall'ambito dei soggetti tutelati il convivente more uxorio, posto che (...) un'equiparazione fra coniuge e convivente si pone in contrasto con la circostanza che il matrimonio determina a carico dei coniugi conseguenze perenni ed ineludibili (quale il dovere di mantenimento o di alimenti al coniuge, che persiste anche dopo il divorzio), mentre la convivenza è una situazione di fatto caratterizzata dalla precarietà e dalla revocabilità unilaterale ad nutum".

²⁵⁸ Occorre, infatti, come già notato in precedenza, considerare che anche di fronte alla produzione e alla disponibilità di utili da parte dell'impresa familiare, questi vanno riconosciuti al partecipante convivente di fatto sempre in misura "commisurata al lavoro prestato", sicché non si potrebbe mai superare la soglia di quanto eventualmente riconoscibile per la stessa attività prestata a titolo di lavoro subordinato. Inoltre, al convivente di fatto in base all'art. 230-ter c.c. non viene comunque riconosciuto il diritto di partecipare alle decisioni inerenti la gestione dell'impresa, come invece avviene in favore dei familiari ai sensi dell'art. 230-bis c.c.

²⁵⁹ Art. 2, primo comma, d.lgs. n. 81 del 2015. L'economia del presente contributo non consente di affrontare le delicate questioni implicate dal nuovo istituto, sulle quali il dibattito è molto acceso. Ci limitiamo in questa sede, senza pretese di completezza, a far rinvio ai seguenti contributi e alla ulteriore bibliografia ivi citata: S. CIUCCIOVINO, *Le collaborazioni organizzate dal committente nel confine tra autonomia e subordinazione*, in *RIDL*, 2016, I, 321 ss.; G. FERRARO, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, 53 ss.; V. FILI, *Le collaborazioni organizzate dal committente nel D.Lgs. n. 81/2015*, in *Lav. giur.*, 2015, 1091 ss.; M. MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs. n. 81/2015*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 294/2016; M. MARAZZA, *Jobs Act e prestazioni d'opera organizzate*, in *Giust. civ.*, 2016, 215 ss.; O. MAZZOTTA, *Lo strano caso delle «collaborazioni organizzate dal committente»*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, 2016, n. 1-2, 7 ss.; L. NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico»*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 267/2015; A. OCCHINO, *Autonomia e subordinazione nel d.lgs. n. 81/2015*, in *Var. temi dir. lav.*, 2016, 203 ss.; M. PALLINI, *Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione: una nuova nozione di subordinazione?*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, I, 65 ss.; M. PERSIANI, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, in *Arg. dir., lav.*, 2015, 1257 ss.; ID., *Ancora note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, in *Arg. dir., lav.*, 2016, 313 ss.; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in WP CSDLE n. 272/2015; R. PESSI, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 282/2015; G. SANTORO-PASSARELLI,

E allora, gli attributi del necessario svolgimento dell'attività di lavoro in modo stabile e "all'interno dell'impresa" (se, come pare pur possibile, si dia valenza logica al requisito), imposti dall'art. 230-ter c.c., paiono molto vicini di fatto a quelli previsti dal citato art. 2, d.lgs. n. 81 del 2015. Invero, è presumibile che l'imprenditore organizzi il lavoro del proprio convivente di fatto, con conseguente integrazione dei due requisiti, quanto al "luogo", appunto perché il lavoro del convivente è svolto "all'interno dell'impresa" e quanto ai "tempi", in maniera meno univoca, ma probabile, desumendolo dal carattere "stabile" della prestazione dell'opera lavorativa.

Si vuol dire che oggi, attraverso il sistema delineato dall'art. 2, d.lgs. n. 81 del 2015, il confine tra il riconoscimento dei diritti derivanti del lavoro subordinato e l'attivazione delle tutele residuali predisposte ora, dall'art. 230-ter c.c., risulta davvero sottile, per non dire trasparente.

Ne deriva, quindi, a ben vedere, che la richiesta principale del ricorrente si indirizzerà normalmente non solo verso il riconoscimento diretto (attraverso la prova dei noti indici) della subordinazione, ma anche, diremmo, "indiretto", attraverso la prova della presenza degli elementi di cui all'art. 2, d.lgs. n. 81 del 2015, che, come notato, sono molto vicini a quelli richiesti dall'art. 230-ter c.c., con la conseguenza di relegare l'istituto a una ancor più profonda residualità.

6.4. L'individuazione del rito applicabile.

Un tema già vagliato in relazione all'art. 230-bis c.c., che merita di essere ripreso in questa sede, è quello relativo all'individuazione del rito applicabile, in caso di controversie aventi ad oggetto i diritti riconosciuti ora dagli artt. 230-bis e 230-ter c.c.

A nostro avviso, invero, la giurisprudenza, con orientamento ormai tralazio, ha sancito la "competenza" del giudice del lavoro ex art. 409, n. 3, c.p.c.²⁶⁰, *rectius* l'applicazione del rito del lavoro, sulla base di argomentazioni non pienamente convincenti, che in questa sede vogliamo sottoporre a nuova analisi.

Infatti, una tale soluzione è stata laconicamente affermata sul presupposto che l'attività lavorativa resa dai soggetti indicati nell'ambito dell'impresa familiare si concreti in un rapporto di collaborazione personale, continuativa e coordinata tra i diversi componenti della famiglia, come tale riconducibile nella previsione dell'art. 409, n. 3 c.p.c.²⁶¹, accogliendo sollecitazioni prevalenti sul

Lavoro eterodiretto, eteroorganizzato, coordinato ex art. 409, n. 3, c.p.c., in *Riv. giur. lav.*, 2016, I, 91 ss.; P. TOSI, *L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 1117 ss.; T. TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, 155 ss.; G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, 756 ss.; A. ZOPPOLI, *La collaborazione eteroorganizzata: fattispecie e disciplina*, in *Dir. lav. merc.*, 2016, 33 ss.

²⁶⁰ La suddetta disposizione, come noto, attrae nel rito del lavoro anche le controversie avente ad oggetto "(...) altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato".

²⁶¹ Si tratta di un orientamento che può definirsi univoco e che parte, a quanto consta, da Cass. 8 aprile 1981, n. 2012, in *Foro it.*, 1981, I, 2209; cfr. inoltre, *ex plurimis*, Cass. 16 luglio 1981, n. 4651, in *Foro it.*, 1981, 2123; Cass. 16 dicembre 1982, n. 6969; Cass. 9 aprile 1983 n. 2537; Cass. 16 aprile 1983 n. 2640; Cass. 9 giugno 1983, n. 3948; Cass. 23 novembre 1984 n. 6069; Cass. 12 dicembre 1986, n. 7460; Cass. 4 marzo 1987, n. 2295; Cass. 10 maggio 1988 n. 3411; Cass. 15 giugno 1989, n. 2880; Cass. 16 febbraio 1990, n. 158; Cass. 25 maggio 1991, n. 5973; Cass. 22 ottobre 1994, n. 8685; Cass. 23 febbraio 1995, n. 2060; Cass. 2 novembre 1995, n. 11374; Cass. 17 giugno 1996, n. 5531, in *Riv. giur. lav.*, 1997, II, 21; Cass. 3 luglio 1996, n. 6060; Cass. 1 luglio 1997, n. 5875; Cass. 26 agosto 1997, n. 8033; Cass. 13 maggio 1998, n. 4816; Cass. 8 aprile 2015, n. 7007, in *Fam. dir.*, 2015, 596. Tra le sentenze edite, ha riconosciuto, invece, l'applicazione del rito civile ordinario Trib. Roma, 1 febbraio 1994, in *Foro it.*, 1994, I, 3559, ma in relazione a una

punto della dottrina del tempo²⁶².

Ora, come giuslavoristi siamo di certo, e non da ora, “affezionati” al rito speciale e alla sua vis espansiva, tanto che una valutazione di opportunità può di certo condurre a preferire il rito del lavoro anche per dirimere controversie che abbiano comunque ad oggetto diritti della persona che lavora, ma, nondimeno, il dettato della legge appare meno omnicomprensivo.

Invero, è opportuno ricordare che non tutte le prestazioni di lavoro ricadono sotto l’egida dell’art. 409 c.p.c. e, quindi, sotto il rito del lavoro. Risultano escluse, come noto, tanto da restare assoggettate al rito ordinario civile, quelle derivante da lavoro autonomo non coordinato, non compreso nelle ipotesi indicate dalla citata disposizione, nonché quelle implicate nella prestazione del socio lavoratore di cooperativa, per espressa volontà del legislatore, in relazione al momento dell’estinzione del rapporto²⁶³.

In una tale prospettiva, quindi, la qualificazione dell’attività lavorativa resa in favore dell’impresa familiare come collaborazione coordinata e continuativa, non convince anche per ulteriori ragioni.

Non sembra basti asserire, come ritiene la giurisprudenza, che ci si trovi di fronte a una collaborazione personale, continuativa e coordinata. Invero, il coordinamento è presupposto, ma non ve ne è traccia nell’art. 230-*bis* c.c., né, ora, nell’art. 230-*ter* c.c. Mentre, per il rapporto “continuativo” si tratta di una assonanza solo linguistica rispetto al termine contenuto nell’art. 230-*bis* c.c.: invero il suddetto carattere, da solo, non rappresenta un indice dirimente in ordine alla tipologia del lavoro prestato, giacché lo ritroviamo nel lavoro subordinato e possiamo ritrovarlo anche in quello autonomo non coordinato ex art. 2222 c.c.

Peraltro, l’assonanza linguistica, basata sul carattere appunto “continuativo” dell’apporto lavorativo previsto dall’art. 230-*bis* c.c. è destinata a perdersi in relazione alla dizione dell’art. 230-*ter* c.c., che, invece, parla di opera prestata “*stabilmente*”.

Insomma, nel nostro caso ci si trova del tutto al di fuori dal quadro delineato dall’art. 409, n. 3 c.p.c., in quanto l’istituto dell’impresa familiare delinea una fattispecie tipica in sé, non assimilabile agli schemi, anch’essi tipici, del lavoro autonomo (anche nella versione coordinata) o subordinato²⁶⁴.

Queste considerazioni divengono oggi, a nostro avviso, ancora più pregnanti in relazione all’annunciata modifica del suddetto art. 409, n. 3 c.p.c. che, nel quadro del disegno di legge in tema di “Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l’articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato”, si arricchisce di una parte

controversia avente ad oggetto soltanto il diritto di prelazione riconosciuto ex art. 230-*bis*, quinto comma, c.c.; peraltro, in una fattispecie analoga, cfr., *contra*, Trib. Bologna, 16 aprile 1997, in *Foro it.*, 1997, I, 2676, per l’applicazione del rito del lavoro.

²⁶² Cfr. G. GHEZZI, *Ordinamento della famiglia, impresa familiare e prestazione di lavoro*, in *Riv. trim. dir. lav.*, 1976, 1358 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro “parasubordinato”*, Milano, 1978, 161; M. BIAGI, *Impresa familiare e rito del lavoro*, in *Giur. comm.*, 1981, II, 80 ss.; G. COTTRAU, *Il lavoro familiare*, Milano, 1984, 106 ss.

²⁶³ Art. 5, secondo comma, l. n. 142 del 2001.

²⁶⁴ Cfr. Cass. 2 maggio 1994, n. 4204, cit., volta a ribadire che “L’art. 230 bis c.c., che disciplina l’impresa familiare, costituisce norma eccezionale, in quanto si pone come eccezione rispetto alle norme generali in tema di prestazioni lavorative”.

nuova, tesa a precisare i contenuti necessari del rapporto di collaborazione, la quale “*si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l’attività lavorativa*”²⁶⁵.

Ciò vuol dire che in mancanza di un tale necessario requisito, la collaborazione non può essere considerata coordinata e, dunque, – a prescindere dal valore sostanziale della norma – non ricadere nell’ambito di applicazione dell’art. 409, n. 3 c.p.c., che conduce alla necessaria applicazione del rito del lavoro.

A quel punto paiono profilarsi due strade: a) si potrebbe ritenere che soltanto nel caso in cui l’attività svolta nell’impresa familiare sia connotata dal requisito dell’organizzazione autonoma da parte del familiare (o convivente di fatto) si possa applicare il rito del lavoro; tuttavia, una differenziazione del genere non è imposta dagli artt. 230-*bis* e 230-*ter* c.c., che si disinteressano di tale aspetto, tanto che una scelta del genere finirebbe con l’introdurre illegittime disparità di trattamento *contra legem*.

Resta allora l’altra strada: b) ritenere cioè che la fattispecie dell’impresa familiare descritta dagli artt. 230-*bis* e 230-*ter* c.c. non sia *tout court* ascrivibile a una forma di lavoro coordinato, almeno così come delineato dall’art. 409, n. 3 c.p.c., con la necessaria conseguenza di condurre all’applicazione del rito civile ordinario per le relative controversie.

Tuttavia, occorre, comunque, considerare che il radicamento della controversia dinanzi al giudice del lavoro può determinarsi nei fatti, in base al probabile assetto del giudizio instaurato. Si vuol dire che proprio sul presupposto del richiamato carattere residuale della tutela apprestata prima dall’art. 230-*bis* c.c. e ora anche dall’art. 230-*ter* c.c., il ricorrente, come già notato, normalmente tenderà in via principale di dimostrare la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra le parti, mentre solo in via graduata chiederà l’applicazione delle tutele previste in tema di impresa familiare.

Per tali vie si determina di nuovo la prevalenza del rito del lavoro, in virtù del principio stabilito dall’art. 40, terzo e quarto comma, c.p.c., che in caso di cumulo di domande prescrive la prevalenza del rito speciale del lavoro su quello ordinario²⁶⁶. In questa eventualità, quindi, normalmente frequente, la competenza resterà in ogni caso radicata dinanzi al giudice del lavoro in base alla domanda proposta in via principale.

7. Chiusure e aperture nella giurisprudenza recente: a) il diniego della pensione di reversibilità e b) la concessione dei permessi in favore del convivente con handicap grave.

La legge, come abbiamo notato, per quanto riguarda i profili lavoristici, si ferma al nuovo art. 230-*ter* c.c., senza riconoscere ulteriori diritti alle cd. coppie di fatto. Tuttavia, nella giurisprudenza più recente, successiva all’entrata in vigore della Cirinnà, si possono scorgere tentativi di allargare il raggio dei diritti loro riconosciuti, che hanno stimolato interessanti soluzioni delle Corti.

²⁶⁵ Art. 14 Disegno di legge, Atto Senato n. 2233 e 229-A. Cfr. R. VOZA, *La modifica dell’art. 409, n. 3, c.p.c., nel disegno di legge sul lavoro autonomo*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 318/2017.

²⁶⁶ Cfr., da ultimo, Cass. Ord. 9 novembre 2016, n. 22816; Cass. Ord. 29 luglio 2016, n. 15798; Cass. Ord. 6 ottobre 2015, n. 19975.

Così, i giudici di legittimità hanno escluso il riconoscimento in capo al convivente di fatto del diritto alla pensione di reversibilità, sul condivisibile presupposto che l'ordinamento non prevede un simile diritto, in coerenza con l'art. 29 della Cost., che impedisce un'assimilazione totale tra il convivente *more uxorio* e il coniuge²⁶⁷.

La stessa pronuncia, peraltro, fa espresso riferimento alla legge Cirinnà, laddove ribadisce che questa non prevede la pensione di reversibilità in favore del convivente *more uxorio*, a differenza dell'ampia previsione dei trattamenti riconosciuti alla parte dell'unione civile, tanto da contribuire a rafforzare una tale impostazione²⁶⁸.

Al contempo, occorre segnalare un quasi coevo intervento della Corte Costituzionale in tema di permessi in favore di persona con handicap grave²⁶⁹.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, terzo comma, l. 5 febbraio 1992, n. 104 (Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate), come modificato dall'art. 24, primo comma, lett. a), l. 4 novembre 2010, n. 183, nella parte in cui non include il convivente tra i soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito per l'assistenza alla persona con handicap in situazione di gravità, in alternativa al coniuge, parente o affine entro il secondo grado.

In estrema sintesi, la Corte ha motivato nel senso di ritenere irragionevole la limitazione disposta dalla legge, per cui nell'elencazione dei soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito ivi disciplinato, non è incluso il convivente della persona con handicap in situazione di gravità, giacché si tratta di una normativa che tende a tutelare il diritto alla salute psicofisica del disabile, anche con riferimento ai parametri costituzionali degli artt. 2, 3 e 32 Cost. In questa prospettiva, la Corte ha ribadito che l'interesse primario ivi tutelato è quello di "assicurare in via prioritaria la continuità nelle cure e nell'assistenza del disabile che si realizzino in ambito familiare": ambito che, attraverso il riferimento esplicito all'art. 2 Cost., consente di attribuire rilievo anche alla condizione del convivente della persona con handicap in situazione di gravità.

Qualche considerazione ulteriore si può svolgere in relazione al concetto di convivenza adottato dalla Corte.

Sembra, cioè, che nella sentenza possa scorgersi un'apertura verso una nozione alquanto ampia di convivenza. Invero, nel dispositivo si fa espresso riferimento a una nozione di convivente "nei sensi di cui in motivazione". Lì, il passaggio chiave è quello in cui la Corte ritiene di estendere le tutele ivi vagliate «in particolare – ma non solo – nei casi in cui la convivenza si fonda su una

²⁶⁷ Così Cass. 3 novembre 2016, n. 22318, in *Giur. it.*, 2016, I, 2148. La medesima sentenza ha inoltre ritenuto che un diritto del genere non appare coperto dalla direttiva 2000/78/CE in tema di discriminazioni, né che la normativa interna italiana possa essere ritenuta incostituzionale, giacché "la mancata inclusione del convivente 'more uxorio' tra i soggetti beneficiari dei trattamenti di reversibilità trova una sua non irragionevole giustificazione nella circostanza che il suddetto trattamento si collega geneticamente a un preesistente rapporto giuridico, che, nel caso considerato, manca. Ne consegue che la diversità delle situazioni poste a raffronto giustifica una differenziata disciplina delle stesse". Cfr., già in questa linea Corte cost., 3 novembre 2000, n. 461, in *Giust. civ.*, 2001, I, 295.

²⁶⁸ Cfr., in questa linea, M. BELLETTI, *Matrimoni e unioni civili*, cit., 4; possibilista, invece, appare, P. CAPURSO, *La pensione ai superstiti*, cit., 617, volto a ritenere che la legge Cirinnà potrebbe produrre un nuovo impulso per il riconoscimento anche di questi diritti in favore del convivente.

²⁶⁹ Corte Cost. 23 settembre 2016, n. 213, in *Lav. giur.*, 2017, 27 ss., con nota di G. ZAMPINI, *Conviventi e diritto al permesso mensile retribuito*.

relazione affettiva, tipica del “rapporto familiare”, nell’ambito della platea dei valori solidaristici postulati dalle “aggregazioni” cui fa riferimento l’art. 2 Cost.», laddove il “non solo” aprirebbe anche ad altre forme di convivenza, non strettamente coniugali²⁷⁰.

A nostro avviso si tratta di un rilievo alquanto tenue, che difficilmente pare aprire a una nozione omnicomprendente o, comunque, più ampia di convivenza, oltre quella *more uxorio*.

Occorre tener presente, peraltro, che il diritto qui riconosciuto in capo al convivente va esercitato nei confronti del datore di lavoro e dell’ente previdenziale (Inps)²⁷¹, cui, quindi, spetta l’accertamento del possesso dei requisiti richiesti dalla legge, nell’interpretazione di questa ora fornita dalla Corte. Ciò pare complicare la possibilità di giungere al riconoscimento del diritto in capo a un convivente *tout court*, privo cioè, di specifiche caratteristiche, in verità non individuate dalla Corte.

Tuttavia, oggi un riferimento normativo solido cui attenersi esiste, ed è proprio quello declinato dalla legge Cirinnà, che, lo si ricorda ancora, intende per conviventi di fatto “*due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un’unione civile*”²⁷². Questa appare, dunque, - pur nelle sue incertezze semantiche - la fattispecie da integrare anche al fine del riconoscimento del diritto ai permessi vagliato dalla Corte, pur restando possibili ulteriori aperture verso convivenze, che a questo punto definiremmo - pur se non tecnicamente - “atipiche”, ma di certo con maggiori difficoltà.

In questa prospettiva, la medesima sentenza pare aprire o, meglio, ampliare la strada a successivi possibili interventi legislativi, tesi a estendere anche altri diritti in favore dei conviventi, come, ad es. in tema di congedo biennale retribuito per assistenza al disabile ovvero di permesso per partecipare al funerale in caso di morte del convivente²⁷³.

8. Conclusioni.

Volendo tratteggiare un giudizio complessivo sulla nuova normativa dettata dal legislatore, con particolare riguardo agli effetti lavoristici, qui vagliati, resta apprezzabile la piena equiparazione dei diritti già riconosciuti in precedenza ai coniugi uniti in matrimonio alle parti dell’unione civile.

Come noto, non vi è stata, per precisa scelta del legislatore, una piena equiparazione del matrimonio all’unione civile, alle parti della quale è ancora preclusa la possibilità dell’adozione, anche del figlio dell’altra parte. Allo stesso modo, resta nel nostro ordinamento vietata la pratica del cd. utero in affitto, sicché anche i relativi diritti “lavoristici” derivati, come i congedi di maternità per

²⁷⁰ Cfr. G. ZAMPINI, *Conviventi*, cit.

²⁷¹ Occorre precisare al riguardo che nel caso di un rapporto di impiego pubblico (come quello giunto al vaglio della Corte, riguardante un dipendente di una USL) l’obbligo di corresponsione dell’indennità di cui all’art. 33, terzo comma, l. n. 104 del 1992, ricade esclusivamente a carico dell’amministrazione pubblica di riferimento, mentre, in caso di rapporto di impiego privato, l’indennità è anticipata dal datore di lavoro e poi a quest’ultimo rimborsata dall’ente previdenziale attraverso il sistema del conguaglio con i contributi allo stesso dovuti ex art. 43, d.lgs. 151 del 2001.

²⁷² Art. 1, comma 36, l. n. 76 del 2016.

²⁷³ Come suggerito da L. CALAFÀ, *Unioni civili, convivenze di fatto e modello lavoristico di tutela dei diritti dei genitori-lavoratori*, in *Lav. giur.*, 2016, 963.

la madre “committente” non possono essere riconosciuti, come ribadito anche dalla giurisprudenza comunitaria²⁷⁴.

Al contempo, anche il rilievo relativo attribuito alle convivenze di fatto, limitato al nuovo art. 230-ter c.c., può dirsi apprezzabile, giacché su questo versante l'esigenza di ampliamento delle tutele e dei diritti deve essere coniugata con il perdurante rispetto della volontà delle parti. Insomma in quest'area - posto che la moltiplicazione dei diritti non può essere considerato un valore in sé - ulteriori interventi del legislatore andrebbero attentamente calibrati, al fine di evitare di imporre alle parti oneri troppo gravosi sulla base di un rapporto, non va dimenticato, liberamente nato, per autonoma scelta dei conviventi, nella prospettiva di sottrarsi alle regole vincolanti tipiche del matrimonio, nonché, ora, in caso di coppie omosessuali, dell'unione civile.

Occorre, invero, considerare che le ritrosie espresse in passato rispetto alla prospettiva di giuridificazione delle convivenze di fatto²⁷⁵ perdessero parte della loro plausibilità proprio in relazione alle coppie omosessuali, rispetto alle quali, a fronte dell'impedimento di formalizzazione dell'unione, si poteva fortemente dubitare dell'effettiva libera volontà delle parti di escludere tali (allora impossibili) vincoli giuridici.

Ora, invece, riconosciuta tale possibilità nelle vesti dell'unione civile, la libertà di scelta delle coppie, anche omosessuali, circa la formalizzazione del rapporto pare garantita.

Ciò non toglie che le parti anche collettive possano estendere alcuni benefici in favore dei conviventi di fatto, come, ad. es., già accaduto in tema di polizze sanitarie, o utilizzo promiscuo dell'autovettura aziendale. Interventi del genere non incontrano alcun ostacolo rispetto alla rimarcata libertà della scelta dei conviventi di non formalizzare l'unione e, dunque, di non sopportarne gli oneri, giacché, a fronte del beneficio riconosciuto al convivente, non corrispondono oneri sull'altro, restando questi in capo al datore di lavoro, parte terza rispetto ai conviventi.

Questo il quadro che emerge sotto i profili più prettamente lavoristici, in uno scenario connotato da un necessario e ineludibile processo di assestamento e di consolidamento, innanzitutto nel tessuto sociale-istituzionale e poi anche in quello amministrativo-giurisprudenziale.

²⁷⁴ Corte giust., cause C-167/12 C.D. c. S.T. e C-363/12 Z. c. *A Government department and The Board of management of a community school*, entrambe dell'8 marzo 2014.

²⁷⁵ Cfr., ad es., il noto saggio di A. TRABUCCHI, *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 19 ss.