

PARTE II
GIURISPRUDENZA

IL CASO 1

Marzia Barbera (*), *Venera Protopapa* (**)

(1-3) IL CASO FIAT: COME LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA RIFORMULA IL CONFLITTO SINDACALE (***)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. L'approccio *multilivel* utilizzato dai giudici e i suoi limiti: a) Il ricorso alla giurisprudenza della Corte Edu. — 3. *Segue*: b) L'influsso della Carta di Nizza. — 4. Il rapporto fra libertà sindacale e i divieti di discriminazione: la giurisprudenza sull'art. 11 della Cedu e i suoi riflessi sul caso Fiat. — 5. Il caso Fiat come esempio di uso strategico del diritto antidiscriminatorio.

1. — *Premessa* — Il caso Fiat, cui si riferiscono le decisioni che ci apprestiamo a commentare, è così noto ai lettori di questa *Rivista* che ci si può limitare qui a richiamare i numerosi contributi degli studiosi che ne hanno analizzato le diverse articolazioni e implicazioni, sotto il profilo sia dell'impatto generato sul sistema di relazioni industriali italiano, sia dei mutamenti indotti nelle concezioni stesse dell'impresa e dei metodi di decisione e organizzazione della produzione e del lavoro (1). Questa nota intende soffermarsi su un versante meno indagato, che emerge dall'azione civile per condotta discriminatoria intrapresa da Fiom-Cgil nazionale, anche in nome e per conto di 19 lavoratori, nei confronti di Fabbrica Italia Pomigliano Spa (Fip). I giudici, in questo caso, sono stati chiamati a decidere se la completa assenza, tra i lavoratori riassunti dalla nuova società del gruppo, di iscritti al sindacato Fiom costituisse o meno violazione del divieto di discriminazioni basate sulle convin-

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Brescia.

(**) Dottoranda presso la Scuola di dottorato in Scienze politiche e sociali dell'Università di Milano.

(***) La nota è il frutto di un lavoro comune. La stesura dei parr. 3 e 5 è opera di M. Barbera; quella dei parr. 1, 2 e 4 di V. Protopapa.

(1) Vd., da ultimo, M. Rusciano, *Sindacato «firmatario» o «trattante», purché «rappresentativo»*, in *q. Riv.*, 2013, n. 4, II, pp. 517 ss.; B. Caruso, *Il sistema di rappresentanza sindacale dopo la sentenza n. 231/13*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, n. 4, pp. 902 ss.; V. Bavaro, *La razionalità pratica dell'art. 19 Stat. lav. e la democrazia industriale*, in *Questione giustizia*, 2013, n. 4, pp. 51-64 (anche in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, 2013, n. 183), e ivi riferimenti a un'ampia bibliografia.

zioni ideologiche, stabilito dall'art. 2 del d.lgs. n. 216/03, di attuazione della Direttiva n. 2000/78/Ce. Di nuovo, per ragioni di spazio, daremo per conosciute le circostanze di fatto (e i connessi problemi di prova, che pure presentano profili di grande interesse, quali l'impiego nel giudizio della prova statistica), e concentreremo, invece, la nostra attenzione su alcune questioni di carattere generale. L'indagine verterà, in particolare, da un lato, sulla risposta (affermativa) data dai giudici all'interrogativo se il suddetto divieto di discriminazione includa anche quello per convinzioni basate sull'affiliazione sindacale; dall'altro, sulla funzione conformativa del conflitto sociale giocata dalla normativa antidiscriminatoria nel momento in cui è stata attivata in giudizio.

2. — *L'approccio multilivello utilizzato dai giudici e i suoi limiti: a) Il ricorso alla giurisprudenza della Corte Edu* — Come è stato sottolineato da subito dai primi commentatori, le decisioni del 21 giugno 2012 e del 19 ottobre 2012, rispettivamente del Tribunale e della Corte d'Appello di Roma, assumono particolare rilevanza anzitutto in ragione dell'interpretazione del concetto di convinzioni «ideologiche» o «personali» accolta dai giudici (2). Il legislatore europeo, infatti, non definisce il termine, né a oggi vi sono state pronunce della Corte di Giustizia al riguardo. Si consideri, inoltre, che nella stessa direttiva si fa riferimento all'art. 1, a «convinzioni personali» e, all'art. 2, a «ideologia di altra natura»; che nelle diverse versioni linguistiche sono utilizzati termini tra di loro diversi; e che, a loro volta, gli Stati membri, nel recepire la direttiva negli ordinamenti nazionali, hanno del pari utilizzato termini tra loro non equivalenti. Ad esempio, in Belgio il legislatore ha recepito la direttiva includendo tra i fattori vietati le «*convictions religieuses, philosophiques ou politiques*»; in Francia, accanto alle convinzioni religiose, sono menzionate

(2) Cfr., in senso adesivo alle conclusioni delle due Corti, S. Borelli, *Il diritto antidiscriminatorio nella vicenda Fiat/Fabbrica Italia Pomigliano (Fip) – Fiom*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, n. 2, pp. 369 ss.; L. Calafà, *La discriminazione fondata sull'orientamento sindacale nel caso Fiom-Cgil c. Fip-Fiat*, 2012, in http://www.europeanrights.eu/public/commenti/orientamento_sindacale.pdf. Si vd. anche F. Ghera, *L'ordinanza del Trib. di Roma sulla mancata assunzione di iscritti alla Fiom nello stabilimento di Pomigliano*, in *Rivista Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2012, n. 2; V. De Stefano, «Caso Fiat», *affiliazione sindacale e tutela antidiscriminatoria: una lettura fondata sulle fonti internazionali ed europee*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, n. 2, II, pp. 363 ss. In senso fortemente critico, vd. A. Vallebona, *Le discriminazioni per «convinzioni personali» comprendono anche quelle per affiliazione sindacale: un'altra inammissibile stortura a favore della Fiom-Cgil*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, n. 8/9, pp. 622 ss., nonché *Ancora confusione tra discriminazioni per convinzioni personali e per affiliazione sindacale*, in *Mass. giur. lav.*, 2013, n. 1/2, pp. 2 ss.

le «*opinions politiques, [...], activités syndicales ou mutualistes*»; nei Paesi Bassi si fa riferimento a «*levensovertuiging*» (filosofia di vita); nel Regno Unito, a «*philosophical beliefs*» (3).

In primo grado, il Tribunale affronta la questione in modo piuttosto sintetico. Sulla scorta dell'ampiezza del termine utilizzato dal legislatore, si legge nella decisione, «l'affiliazione sindacale del lavoratore è sicuramente riconducibile al concetto di “convinzioni personali” attenendo al modo di intendere le relazioni tra le parti sociali e il modo di porsi rispetto alla parte datoriale».

Più complesso, invece, appare il ragionamento seguito dalla Corte d'Appello. In primo luogo, la Corte chiarisce la relazione tra i termini «convinzioni personali» e «religione», la cui non casuale vicinanza denoterebbe l'affinità tra i due concetti (4). Nell'opinione della Corte, il legislatore europeo, separando «religione» da «convinzioni personali» con la particella «o», ha inteso distinguere tra i due concetti, senza tuttavia escludere l'esistenza di una certa contiguità tra gli stessi. Al contrario, se lo stesso avesse voluto comprendere nelle convinzioni personali solo quelle assimilabili al credo religioso, si afferma, «non avrebbe avuto alcun bisogno di differenziare le ipotesi per motivi religiosi da quelle per motivi diversi».

Chiarito questo aspetto, la Corte richiama l'attenzione sulla necessità di definire il concetto di «convinzioni personali» sulla base dei «principi generali contenuti nelle norme di riferimento europee», pur senza tralasciare il contenuto dell'art. 3, comma 1, della Costituzione.

La Corte richiama esplicitamente, a questo proposito, l'art. 6 TUE, il quale, da un lato, riconosce alla Carta di Nizza valore giuridico pari a quello dei trattati e, dall'altro, sancisce il rispetto dei diritti fondamentali tutelati dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu), in quanto principi generali dell'ordinamento dell'Unione europea.

La Corte sottolinea, anzitutto, l'esigenza di adeguare l'interpreta-

(3) Per un'analisi della normativa nazionale di recepimento, cfr. L. Vickers, *Religious Freedom, Religious Discrimination and the Workplace*, Hart Publishing, Oxford, 2008., p. 24.

(4) Nello stesso senso, si veda, in dottrina, P. Chieco, *Le nuove Direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, n. 1, p. 76; M. Aimo, *Le discriminazioni basate sulla religione e le convinzioni personali*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 46; C. Favilli, *La non discriminazione nell'Unione europea*, il Mulino, Bologna, 2008, pp. 313-314; A. Lassandari, *Le discriminazioni nel lavoro: nozione, interessi, tutele*, Cedam, Padova, 2011, p. 171.

zione del concetto di «convinzioni personali» di cui alla Direttiva n. 2000/78/Ce al principio di non discriminazione sancito dall'art. 21 della Carta, tenuto anche conto della natura non tassativa dell'elenco di motivi ivi menzionati, e al riconoscimento nel diritto dell'Unione, all'art. 10, della libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Sulle base di tali disposizioni, secondo la Corte «può senz'altro ritenersi, che la Direttiva n. 2000/78/Ce abbia dato ingresso nell'ordinamento comunitario al formale riconoscimento [...] della cd. libertà ideologica». La Corte si volge poi alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, nello specifico, all'art. 9 che tutela la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, per individuare il contenuto materiale di tale libertà. La rilevanza dell'art. 9 nel caso di specie risulta da un doppio binario di raccordo fra i due ordinamenti sovranazionali. In primo luogo, come si è detto, dall'art. 6 TUE, laddove prevede che i diritti garantiti dalla Cedu fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali. In secondo luogo, dalla disposizione di cui all'art. 52 (3) della Carta, la quale stabilisce che «laddove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione» (5).

Ed è proprio alla giurisprudenza della Corte Edu sull'art. 9 che la Corte d'Appello fa riferimento per individuare i canoni interpretativi in base ai quali definire il significato del divieto di discriminare sulla base delle convinzioni personali. Richiamando testualmente la decisione *Campbell and Cosans c. United Kingdom*, la Corte afferma che il concetto di convinzioni personali «evoca una sorta di credo laico non contrapposto ma complementare a quello religioso [...] laddove denota idee che raggiungono un certo livello di rigore, serietà, coerenza e importanza» (6).

(5) La corrispondenza tra l'art. 9 della Convenzione e l'art. 10 della Carta trova peraltro espressa conferma nelle spiegazioni allegate a quest'ultima. Nella spiegazione relativa all'art. 10 si legge: «Il diritto garantito al paragrafo 1 corrisponde a quello garantito dall'articolo 9 della Cedu e, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 3 della Carta, ha significato e portata identici a detto articolo».

(6) Corte Edu 25 febbraio 1982, *Campbell and Cosans c. United Kingdom*, n. 7511/76 e n. 7743/76, che costituisce il *leading case* sul tema. La Corte era chiamata a decidere se l'uso di sanzioni corporali nelle scuole statali violasse il diritto dei genitori di provvedere all'educazione dei figli secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche, ai sensi dell'art. 2 del Protocollo addizionale alla Cedu. Il termine «convinzioni», chiarisce la Corte, non è sinonimo di «idee» o «opinioni» menzionate nell'art. 10 della Cedu, che tutela la libertà di espressione. Esso è più affine al termine «credo» di cui all'art. 9 che tutela la libertà di pensiero, coscienza e religione

Alla luce di tali parametri, continua la Corte, «sicuramente l'affiliazione sindacale rappresenta la professione pragmatica di una ideologia diversa da quella religiosa, connotata da specifici motivi di appartenenza a un organismo socialmente e politicamente qualificato a rappresentare opinioni, idee, credenze suscettibili di tutela in quanto oggetto di possibili atti discriminatori». Confermando, pertanto, la sentenza di primo grado sul punto, la Corte conclude che «nell'ambito della categoria generale del concetto di convinzioni personali caratterizzata dall'eterogeneità delle ipotesi di discriminazione ideologica, può essere ricompresa anche la discriminazione per motivi sindacali».

Viene in tal modo a delinearsi, in linea con il carattere principalmente personale dei diritti garantiti nella Cedu, una concezione della libertà sindacale come manifestazione della «libertà ideologica» del lavoratore che ne esalta la dimensione individuale. Essa pertiene, riprendendo le parole della Corte, alle categorie «di ciò che può essere definito il “dover essere” dell'individuo, che vanno dall'etica alla filosofia, dalla politica (in senso lato) alla sfera dei rapporti sociali», e trova fondamento nel riconoscimento dell'eguale dignità della persona. Non sorprende, dunque, che la Corte d'Appello, accogliendo l'appello incidentale presentato dai 19 lavoratori ricorrenti, diversamente da quanto ritenuto dal Tribunale, affermi la sussistenza di un interesse individuale di «protezione della personalità del lavoratore» suscettibile di specifica tutela (7).

La Corte ritiene che ciò sia possibile anche in virtù della duplicità dei mezzi processuali disponibili, che consentono al sindacato di agire tanto in nome del gruppo, vale a dire di una collettività di soggetti non identificabili in modo diretto e immediato se non attraverso una valutazione di tipo statistico, assumendo così la veste di sostituto processuale, quanto in nome e per conto di lavoratori nominativamente individuati, as-

e che denota «una visione che implica un certo livello di cogenza, serietà, coesione e importanza» Con riferimento all'aggettivo «filosofico», la Corte rileva come esso sia suscettibile di assumere una pluralità di significati, essendo possibile utilizzarlo per riferirsi tanto a un sistema compiuto di pensiero così come a convinzioni su questioni di carattere banale. Mentre l'adozione del primo significato restringerebbe troppo il campo di tutela, il secondo avrebbe l'effetto di includervi convinzioni su questioni di carattere non sostanziale o di poco peso; nessuno dei due estremi, si legge in seguito, può essere adottato ai fini dell'interpretazione della nozione in esame.

(7) L. Calafà, *op. ult. cit.*, p. 7. Sugli aspetti rimediali della decisione della Corte d'Appello, vd. anche A. Guariso, *Pronuncia antidiscriminatoria, autonomia privata e ripristino della parità*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, n. 2, pp. 685 ss.

sumendo in questo caso la veste di rappresentante (8). La recente pronuncia della Cassazione (9) sul ricorso presentato da Fip nei confronti della decisione della Corte d'Appello sembrerebbe, sia pure in modo implicito, avvallare questa posizione. La Corte, infatti, nel dichiarare la sopravvenuta carenza di interesse di Fip (che nel frattempo ha riceduto lo stabilimento di Pomigliano alla società del gruppo che inizialmente lo gestiva) a proseguire nel giudizio, sottolinea che tale difetto si riferisce tanto all'assunzione di una determinata percentuale di iscritti Fiom ordinata dalla Corte d'Appello, quanto al mantenimento presso lo stabilimento di Pomigliano dei 19 lavoratori già assunti in base alla stessa decisione. I dubbi sollevati in merito al carattere cumulativo o alternativo della legittimazione in giudizio riconosciuta alle associazioni sindacali dall'art. 5, d.lgs. n. 216/03, viene così sciolto nel primo senso (10).

3. — Segue: *b) L'influsso della Carta di Nizza* — Come si è già accennato, l'altra fonte sovranazionale cui la Corte d'Appello si ispira per risolvere il caso è la Carta di Nizza, in quanto fonte dotata di valore giu-

(8) È stato ipotizzato da A. Guariso, *op. ult. cit.*, che, dopo le modifiche al d.lgs. n. 216/03 in tema di legittimazione ad agire e il riconoscimento della legittimazione attiva in caso di discriminazioni collettive alle organizzazioni sindacali e a ogni altra «associazione e organizzazione rappresentativ[a] dell'interesse leso», dal momento che il sindacato può agire in entrambi i casi, si delineerebbero due diverse posizioni processuali: nel primo caso, il sindacato agirebbe in veste di sostituto processuale rispetto ai singoli lavoratori che, se pure non immediatamente individuabili, restano comunque i soggetti lesi; nel secondo caso, di soggetto leso, titolare di diritti suoi propri.

(9) Cass. 11 marzo 2014, n. 5581 – Pres. Miani Canevari, Rel. Bandini – Fip Spa c. Fiom-Cgil nazionale, inedita a quanto consta.

(10) La questione della cumulatività della legittimazione si è già posta in giurisprudenza, anche se in termini diversi rispetto al caso qui esaminato. In relazione alla legittimazione attiva *ex art. 5, d.lgs. n. 215/03* (formulato in modo identico all'art. 5, d.lgs. n. 216/03), il Tribunale di Milano si è trovato a decidere se la presenza di ricorrenti individuali (che in questo caso stavano in giudizio non attraverso il meccanismo della delega ai sensi del comma 1 dell'art. 5, d.lgs. n. 215/03, ma personalmente) comportasse l'esclusione della legittimazione attiva delle associazioni ricorrenti. Se davvero così fosse, ha affermato il Tribunale, decidendo nel senso del cumulo, un giudice investito della causa da parte di un singolo individuo si dovrebbe limitare a dichiarare la natura discriminatoria del singolo atto, lasciando in essere la condotta discriminatoria collettiva che ne costituisce fondamento: vd. Trib. Milano, Sez. lav., 30 luglio 2010, ord. – Est. Bianchini – Delgado Sandoval Ricardo *et al.* c. Comune di Milano. La decisione è reperibile al link http://www.asgi.it/public/parser_download/save/tribunale_milano_ordinanza_300710.pdf.

ridico pari ai trattati, sulla scorta di quanto disposto dall'art. 6 TUE. La Corte utilizza le disposizioni della Carta (in particolare l'art. 21, in collegamento con l'art. 10) quali principi generali di riferimento al fine di stabilire il significato della nozione di convinzione personale impiegata nella Direttiva n. 2000/78/Ce e nel decreto legislativo di recepimento.

La scelta di fare riferimento alla Carta di Nizza avrebbe forse richiesto ai giudici d'appello di soffermarsi, preventivamente, sulle clausole orizzontali che ne limitano l'operatività, e, precisamente, sull'art. 51, che stabilisce: al paragrafo 1, che le disposizioni della Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, come pure agli Stati membri, esclusivamente «nell'attuazione del diritto dell'Unione»; al paragrafo 2, che la Carta non introduce competenze o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati. Poiché la Direttiva n. 2000/78/Ce non menziona espressamente le discriminazioni basate sull'affiliazione sindacale e, per di più, l'art. 157 paragrafo 5 TfUE esclude espressamente dalle competenze dell'Unione il diritto di associazione sindacale (oltre che le retribuzioni, il diritto di sciopero e il diritto di serrata), la Corte avrebbe potuto chiedersi se le disposizioni della Carta fossero effettivamente invocabili nel caso di specie, che verte per l'appunto su questioni interpretative correlate alla libertà di associazione sindacale e ai diritti collettivi. In sostanza, la Corte si sarebbe trovata ad affrontare in concreto la «questione federale», evocata da molti commentatori all'indomani della proclamazione della Carta dei diritti fondamentali, vale a dire il problema di quanto l'adozione della Carta abbia esteso o meno le competenze dell'Unione al di là dei limiti espressi posti dai trattati (11).

Com'è noto, l'art. 51 costituisce uno dei tentativi di alcuni dei negoziatori della Carta di dare una risposta in senso restrittivo a tale questione, ma l'ambiguità della formula impiegata e l'assenza di un reale consenso sul punto sono tali che la disputa è ben lungi dall'essere risolta. Lo spazio di questa nota non consente di dar conto neppure per sommi capi di un dibattito che si svolge su più fronti, incluso quello, correlato al tema qui evocato, dell'efficacia diretta delle disposizioni della Carta. Quel che si può dire, nei limiti di spazio qui consentiti, è che, a sostegno della posizione della Corte d'Appello, sarebbe possibile richiamare due diverse linee interpretative emergenti dalla giurisprudenza più recente della Corte di Giustizia, che leggono ambedue in

(11) Cfr. P. Eeckhout, *The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question*, in *The Common Market Law Review*, 2002, n. 39, pp. 945 ss.

senso «federale» la demarcazione dei confini fra competenze dell'Unione e competenze degli Stati membri. La prima riguarda la portata effettiva delle limitazioni poste dall'art. 51; la seconda, l'efficacia dei principi di eguaglianza e non discriminazione sanciti dal diritto primario e secondario dell'Unione.

Al primo filone interpretativo – quello che verte sull'interpretazione delle clausole orizzontali della Carta, e in particolare sul significato che deve attribuirsi alla frase «nell'attuazione del diritto dell'Unione» contenuta nell'art. 51, paragrafo 1 – è ascrivibile la recente decisione della Corte di Giustizia, *Åkerberg Fransson* (12), che rappresenta un punto di svolta sulla questione dell'ambito di applicazione dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta. La decisione chiarisce, infatti, che l'applicabilità della Carta rispetto agli Stati membri non è limitata alle situazioni di attuazione in senso stretto del diritto dell'Unione cui fa riferimento l'art. 51, ma si estende anche a tutti i casi in cui gli Stati membri si trovano a disciplinare materie comunque comprese nell'ambito di applicazione di quest'ultimo. In base a una costante giurisprudenza relativa ai diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento della Ue, ricorda la Corte, questi si applicano «in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione» (punto 19). Il fatto che gli Stati membri non agiscano in attuazione in senso stretto di uno specifico obbligo derivante dal diritto dell'Ue, ad esempio nella trasposizione di una direttiva, non esclude di per sé che agiscano nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione. Nel caso specifico, le disposizioni in questione, pur non costituendo attuazione in senso stretto, miravano comunque a sanzionare una violazione delle disposizioni di una direttiva in tema di Iva e, così facendo, davano attuazione all'obbligo, imposto dal Trattato agli Stati membri, di sanzionare in modo effettivo i comportamenti lesivi degli interessi finanziari dell'Unione. Lo stesso accade per i diritti fondamentali statuiti dalla Carta. «Non possono quindi esistere casi rientranti nel diritto dell'Unione», conclude in modo abbastanza perentorio la Corte, «senza che tali diritti fondamentali trovino applicazione. *L'applicabilità del diritto dell'Unione implica quella dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta*» (corsivo nostro).

Nel caso in esame, seppure la Corte d'Appello di Roma non enuncia le ragioni per cui si debba riconoscere rilevanza alla Carta, sembrerebbe

(12) Corte Giust. 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. Vd. E. Hancox, *The meaning of «implementing» EU law under Article 51(1) of the Charter: Åkerberg Fransson*, in *The Common Market Law Review*, 2013, n. 50, pp. 1411 ss.

implicita nel suo ragionamento la possibilità di ravvisare la prima delle situazioni che, secondo quanto indicato dalla Corte Ue in *Åkerberg Fransson*, determinano l'applicabilità della Carta: la cd. *agency situation* (13), ossia una situazione in cui la normativa di cui alla causa principale costituisce attuazione in senso stretto del diritto dell'Ue, in questo caso della stessa Direttiva n. 2000/78/Ce.

Ma, a ben guardare, il caso all'esame dei giudici potrebbe rientrare anche nella seconda situazione considerata dalla Corte di Giustizia: quella che deriva dall'attuazione di un obbligo imposto dal Trattato, e, più precisamente, da un obbligo nascente proprio dalla Carta, cui l'art. 6 TUE attribuisce valore giuridico pari ai trattati. La Carta, in sostanza, si applicherebbe nella misura in cui le sue disposizioni costituiscono obblighi derivanti dai trattati, secondo un ragionamento di tipo circolare che, tuttavia, trova sostegno in un'altra recente decisione della Corte stessa, appartenente al secondo dei filoni interpretativi prima individuati. Si tratta della decisione *Association de médiation sociale (Asm)* (14), nella quale la Corte, per decidere di una questione riguardante l'art. 27 della Carta (diritto all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa), utilizza quale argomento *a contrario* proprio l'art. 21, sostenendo, di quest'ultimo, non soltanto l'applicabilità in quanto diritto dell'Unione, ma anche la diretta invocabilità in controversie individuali. La Corte parla, a questo proposito, di diretta invocabilità *in sé* del principio di non discriminazione, e cioè non necessariamente in congiun-

(13) Il termine è usato da J. Weiler in *The Constitution of Europe: Do the New Clothes Have an Emperor? and Other Essays on European Integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 120 ss. La «*agency situation*» rappresenta una delle tre ipotesi individuate da K. Lenaerts e J.A. Gutiérrez-Fons in relazione alla portata applicativa dei principi generali del diritto dell'Unione. Le altre due ipotesi riguardano situazioni in cui gli Stati membri derogano al diritto dell'Ue e situazioni rispetto alle quali trovano applicazione norme di diritto europeo di natura sostanziale (K. Lenaerts, J.A. Gutiérrez-Fons, *The constitutional allocation of powers and general principles of Eu law*, in *The Common Market Law Review*, 2010, n. 47, p. 1639). Alla luce della classificazione proposta da D. Sarmiento, invece, il collegamento con il diritto dell'Unione sarebbe determinato dalla presenza di «*mandating rules*», cioè norme che, come nel caso delle Direttive antidiscriminazione espressamente richiamate dall'Autore, obbligano gli Stati membri ad agire. Vd. D. Sarmiento, *Who is afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe*, in *The Common Market Law Review*, 2013, n. 50, p. 1280.

(14) Corte Giust. 15 gennaio 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale c. Union locale des syndicats Cgt*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

zione con la direttiva che ne dà concreta attuazione, come aveva invece sostenuto in *Küçükdeveci* (15) (rispettivamente punti 47 e 41 della decisione). La Corte non spende troppe parole per spiegarci perché quel che è vero per l'art. 21 non lo sia, invece, per l'art. 27, ma di nuovo questa nota non è l'occasione adatta per inoltrarci nei tortuosi sentieri della controversia sulla demarcazione fra competenze nazionali e sovranazionali in atto. Lo è, invece, per sottolineare come, pur se la Corte richiama espressamente solo il principio di discriminazione per età, pare ragionevole supporre che il giudice europeo pensi che l'attributo della diretta applicabilità con effetti orizzontali sia proprio anche delle altre declinazioni del principio di non discriminazione enunciate al paragrafo 1 dell'art. 21.

È agevole anticipare l'obiezione che un lettore scettico potrebbe avanzare a questo modo di procedere nel ragionamento: diversamente dall'età, le convinzioni legate all'affiliazione sindacale non sono espressamente elencate dall'art. 21, che menziona unicamente le «convinzioni personali» e le «opinioni politiche o di altra natura». Dunque, fino a che non giunge, da parte della Corte deputata a interpretare il diritto dell'Unione, un chiaro segno nel senso di una lettura estensiva dei concetti in parola, o nel senso che l'elencazione dei fattori vietati vada letta come puramente esemplificativa (ciò parrebbe far ritenere l'espressione «in particolare» che apre la lista), sostenere che le convinzioni personali ivi menzionate siano da intendere anche come convinzioni sindacali rappresenta una forzatura interpretativa, soggetta, come tale, a facile confutazione (16).

Senonché, il problema, ancora una volta, è proprio questo: da cosa è costituito oggi il diritto dell'Unione e quali Corti sono chiamate a interpretarlo?

(15) Corte Giust. 19 gennaio 2010, C-555/07, *Seda Küçükdeveci c. Svedex GmbH & Co. Kg.*, in *Racc.*, p. I-00365.

(16) Merita di essere ricordato, in proposito, come la Commissione europea, riferendosi alla Direttiva n. 2000/78/Ce, abbia assunto una posizione negativa rispetto alla possibilità di interpretare in senso estensivo la nozione di convinzioni personali, includendovi anche quelle politiche. Ciò determinerebbe, secondo la Commissione, anche l'inapplicabilità della Carta. Come osserva Silvia Borelli in senso critico, lo stesso ragionamento potrebbe essere applicato dalla Commissione alle convinzioni sindacali, da sempre affiancate alle convinzioni politiche (S. Borelli, *Esiste un principio di non discriminazione per ragioni sindacali nell'Unione europea?*, in S. Borelli, A. Guazzarotti, S. Lorenzon, *I diritti dei lavoratori nelle carte europee dei diritti fondamentali*, Jovene, Napoli, 2012, p. 65).

Nella decisione della Corte d'Appello di Roma troviamo una risposta a questo interrogativo che appare improntata a una precisa scelta di metodo, vale a dire l'adesione a una visione del sistema dei diritti fondamentali come sistema multilivello (17). La decisione dei giudici nazionali si muove all'interno di un quadro giuridico complesso, caratterizzato dalla presenza di diversi livelli di tutela: quello nazionale, storicamente costruito intorno ai divieti di discriminazione sulla base delle opinioni politiche e sindacali; quello dell'Unione europea, la cui tutela si articola nella Direttiva n. 2000/78/Ce, nella previsione di cui all'art. 21 della Carta dei diritti e nei principi generali dell'Unione; infine, quello della Cedu, che, anche prima della formale adesione alla Convenzione, si integra nell'ordinamento dell'Unione attraverso richiami ormai molteplici e di sistema. La pronuncia dei giudici di Roma, ricostruendo il significato della norma nazionale applicabile alla luce della direttiva, della Carta di Nizza e della Cedu, è indice della consapevolezza della stessa Corte di operare in un sistema di diritto integrato, in cui le Corti nazionali sono allo stesso tempo Corti europee decentrate, e pertanto della necessità, nell'individuazione della norma applicabile al caso di specie, di operare una sintesi dei diversi livelli di tutela. L'interpretazione del significato di convinzioni personali offerta dai giudici è frutto di questo difficile lavoro di sintesi. Parlarne come di un'«inammissibile stortura» denota una certa sordità alle argomentazioni impiegate (18).

Il compito dell'interprete nazionale, tuttavia, è tanto più complesso quanto più i singoli ordinamenti, più che restare confinati nei rispettivi ambiti di applicazione, si integrano in aree di applicazione congiunta. Alcune recenti decisioni della Corte di Giustizia, nel riproporre la dottrina federalista della *pre-emption* anche nell'ambito della protezione dei diritti fondamentali, hanno fatto temere che ciò possa risolversi nell'imposizione agli Stati membri di un livello di protezione inferiore a quello garantito dagli ordinamenti costituzionali interni. Si tratta di una possibilità che i giuslavoristi hanno visto concretizzarsi nei casi *Viking* (19) e *Laval* (20) e

(17) I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited*, in *The Common Market Law Review*, 1999, n. 36, pp. 703 ss.

(18) Cfr. A. Vallebona, *Le discriminazioni per «convinzioni personali» comprendono anche quelle per affiliazione sindacale: un'altra inammissibile stortura a favore della Fiom-Cgil*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, n. 8/9, pp. 622 ss.

(19) Corte Giust. 11 dicembre 2007, C-438/05, *Tf and Fsu c. Viking Line Abp and OÜ Viking Line Est*, in *Racc.*, p. I-10779.

(20) Corte Giust. 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, in *Racc.*, p. I-11767.

Commissione c. Germania (21) e *Ruffert* (22), quando al riconoscimento, rispettivamente, del diritto di sciopero e di contrattazione collettiva come diritti fondamentali dell'ordinamento europeo è seguito un bilanciamento tra diritti sociali collettivi e libertà economiche individuali apertamente sbilanciato a favore dei secondi.

Questa tendenza non è assente, a ben guardare, neppure nella sentenza *Asm*. Il rango speciale assegnato al principio di non discriminazione in quanto principio riconosciuto dalla Carta, contro ogni logica, viene negato ai principi collettivi di consultazione e informazione. Con il che, è stato osservato, la Corte sembra compiacersi di dare ragione a quanti vedono nell'affermazione del principio di non discriminazione la garanzia che va prestata per autorizzare la decostruzione dei diritti collettivi (23).

Si tratta di una preoccupazione che può in parte essere ridimensionata se si considera, come si è già ripetutamente osservato, che vi è ormai anche un'altra Corte europea, quella che siede a Strasburgo, a cui guardare per definire il contenuto dei diritti sanciti dalla Carta. Sembra difficile che la Corte di Giustizia, nel momento in cui si troverà a dover fornire un'interpretazione dei concetti in esame, possa farlo ponendosi in contrasto con una consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo e non utilizzare i criteri discretivi individuati a partire dal caso *Campbell*. È quanto stabilisce, del resto, la Carta stessa. L'art. 52 (3), infatti, nello stabilire che, ove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Cedu, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione, vincola la Corte di Giustizia a ricostruire la portata dei diritti sanciti dalla Carta alla luce della giurisprudenza della Corte Edu, garantendo così la necessaria coerenza tra i due diversi sistemi di tutela, salva la possibilità di una protezione più ampia.

Il principio della protezione al rialzo fra i due ordinamenti sovranazionali non garantirebbe, tuttavia, la conservazione dei livelli di protezione garantiti dal sistema nazionale; risultato a cui si potrebbe pervenire, invece, sulla base della clausola di *stand still* contenuta nell'art. 53, ai sensi del quale nessuna disposizione della Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti fondamentali riconosciuti, nel rispettivo am-

(21) Corte Giust. 15 luglio 2010, C-271/08, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*, in *Racc.*, p. I-07091.

(22) Corte Giust. 3 aprile 2008, C-346/06, *Dirk Ruffert vs Land Niedersachsen*, in *Racc.*, p. I-01989.

(23) Cfr. P. Rodière, *L'information et la consultation des travailleurs dans la Charte des droits fondamentaux: un droit, un principe, rien?*, 2014, dattiloscritto.

bito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, e in particolare dalla Cedu, dalle costituzioni degli Stati membri (24). È allora interessante considerare anche il percorso interpretativo seguito dalla Corte di Strasburgo nella sua giurisprudenza in tema di rapporto fra libertà sindacale e divieti di discriminazione. Tale giurisprudenza, che guarda alla tutela antidiscriminatoria come a un sostegno e non a un sostituto delle libertà collettive, mostra come la Corte Edu legga la Convenzione come una carta vivente, in cui la portata dei diritti evolve nel tempo, sicché la dimensione collettiva penetra nel loro significato originariamente individualistico. Tornare indietro rispetto a questa giurisprudenza comporterebbe, come vedremo, un significativo arretramento di tutela.

4. — *Il rapporto fra libertà sindacale e i divieti di discriminazione: la giurisprudenza sull'art. 11 della Cedu e i suoi riflessi sul caso Fiat* — Il percorso che ci apprestiamo ad analizzare è analogo a quello classicamente seguito dai divieti di discriminazione nell'ambito del sistema della Convenzione.

Anche in questo caso, il riconoscimento di un divieto di discriminare sulla base dell'affiliazione sindacale si afferma in ragione del riconoscimento, nell'ambito di quel sistema, della libertà di associazione sindacale e in maniera strumentale rispetto a quest'ultima.

Questa dinamica è particolarmente evidente in *Danilenkov and others c. Russia* (25): un caso singolarmente simile a quello affrontato dalla Corte d'Appello di Roma (26). Nel valutare la sussistenza di un comporta-

(24) L'uso del condizionale, in questo caso, è d'obbligo poiché la presenza della clausola non ha impedito alla Corte di Giustizia in *Melloni* (Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, C-399/11, *Stefano Melloni c. Ministero Fiscale*, non ancora pubblicata) di applicare, con riferimento al diritto al giusto processo, uno standard di tutela inferiore a quello garantito dalla Costituzione spagnola. La Corte ha precisato che, ai sensi dell'art. 53 della Carta, i giudici nazionali possono applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a condizione che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione.

(25) Corte Edu 30 luglio 2009, *Danilenkov e altri c. Russia*, n. 67336/01.

(26) Alcuni membri del «Sindacato dei portuali russi» (Spr) creato nel porto di Kaliningrad come alternativa al più tradizionale «Sindacato dei trasporti marittimi» (Stm) convenivano in giudizio la società di gestione del porto di Kaliningrad lamentando di essere vittime di una discriminazione per motivi sindacali. Nell'agosto 1999, la convenuta aveva creato una nuova società (Tpk). Il 27 novembre 2000, la vecchia società di gestione del porto e Stm concludevano un Accordo collettivo che prevedeva tra l'altro che tutto il lavoro di movimentazione delle merci sarebbe stato assegnato a Tpk. Nel dicembre 2001, la convenuta offriva alla

mento discriminatorio a danno dei lavoratori ricorrenti, la Corte europea dei diritti dell'uomo chiarisce espressamente che l'art. 11 della Convenzione (che tutela la libertà di associarsi a un sindacato, come espressione della più ampia libertà di associazione) non può non includere il diritto a non essere discriminati a causa della scelta di avvalersi della tutela di un sindacato, ponendosi il secondo come condizione di garanzia della prima. Come argomenta la Corte, riferendosi a sua volta alla giurisprudenza del Comitato Oil per la libertà di associazione (che può essere considerato, a pieno titolo, come uno dei soggetti del sistema multilivello), le discriminazioni rappresentano una delle più gravi violazioni della libertà di associazione, in grado di mettere a repentaglio la stessa esistenza di un sindacato. Di conseguenza, tra gli obblighi gravanti sugli Stati firmatari in forza dell'art. 11, vi è quello di garantire una tutela adeguata contro le discriminazioni in ragione dell'affiliazione sindacale.

Si aggiunge pertanto, al quadro di riferimento individuato dalla Corte d'Appello di Roma, un ulteriore criterio potenzialmente idoneo a guidare l'interprete nell'individuazione delle situazioni suscettibili di tutela ai sensi del divieto di discriminare sulla base delle convinzioni personali. Adottare una interpretazione restrittiva del termine convinzioni personali equivarrebbe ad autorizzare una lettura dell'art. 1 della Direttiva n. 2000/78/Ce non conforme all'interpretazione della Corte di Strasburgo del rapporto intercorrente fra riconoscimento della libertà sindacale e tutela antidiscriminatoria; rapporto nel quale quest'ultima si pone quale strumento indispensabile per l'effettività della prima (27). Il che equivale a dire anche adottare, in ultima istanza, un'interpretazione non conforme alla Carta dei diritti fondamentali. In base alla già richiamata regola dell'art. 52(3), infatti, all'art. 12 della Carta, che tutela la libertà di associazione, «segnatamente in campo politico, sindacale e civico», devono essere riconosciuti la stessa portata e significato dell'art.

maggior parte dei portuali, a esclusione dei membri Spr, di trasferirsi a Tpk. In seguito, tutti i rimanenti membri di Spr (da 290 passati a 24) venivano licenziati per riduzione di personale.

(27) In questo senso vd. S. Borelli, *Esiste un principio di non discriminazione per ragioni sindacali nell'Unione europea?*, in S. Borelli, A. Guazzarotti, S. Lorenzon, *I diritti dei lavoratori nelle carte europee dei diritti fondamentali*, Jovene, Napoli, 2012, pp. 66 ss. Secondo l'Autrice, peraltro, il diritto dell'Unione conterrebbe già dei divieti di discriminazione in ragione dell'attività sindacale (Direttive n. 2001/86/Ce, n. 2009/38/Ce e n. 2002/38/Ce). Sull'apporto che la giurisprudenza della Corte Edu può offrire a un'interpretazione del diritto Ue che rafforzi la portata della libertà sindacale e dei diritti collettivi, vd. V. Remida, *Il ruolo della soft-law nella protezione multilivello dell'autonomia collettiva*, in q. Riv., 2013, n. 4, I, pp. 783 ss.

11 Cedu, risultando, anche in questo caso, la corrispondenza tra le due norme riconosciuta espressamente nel testo di spiegazioni allegato alla Carta. Se è così, si deve concludere che la Carta e il diritto dell'Unione che a essa si ispira non possono non prevedere un divieto di discriminazioni sulla base del fattore sindacale.

Già ora, a dimostrazione della potenziale complementarità tra i diversi livelli di un sistema multilivello, il dialogo tra le due Corti ha portato in determinate materie ad aggiustamenti nella rispettiva giurisprudenza, con conseguente uniformazione degli standard di tutela applicati (28). È prevedibile che, con l'adesione dell'Ue alla Convenzione, la convergenza fra i due strumenti di protezione dei diritti umani si accresca (29), nonostante si sia osservato, a partire dall'entrata in vigore della Carta di Nizza, un calo della frequenza con cui la Corte di Giustizia richiama le norme della Convenzione e la sua giurisprudenza (30). Del resto, l'evoluzione di un sistema di tutela dei diritti fondamentali in grado di formulare standard chiari e coerenti rappresenta un requisito cruciale per l'effettività della tutela dei diritti nello spazio europeo, considerato che, se i giudici nazionali agiscono nell'ambito del diritto dell'Unione come giudici europei decentrati, gli stessi sono allo stesso tempo anche «giudici della Convenzione decentrati» (31).

5. — *Il caso Fiat come esempio di uso strategico del diritto antidiscriminatorio* — L'ultimo aspetto sul quale ci vogliamo soffermare è quello dell'importanza del caso Fiat come esempio di lite strategica attraverso la quale tradizionali forme di conflitto e di mobilitazione sociale tendono a prendere nuove forme, diventando controversie su diritti, la cui soluzione viene affidata a soggetti terzi, siano essi un giudice o un arbitro.

(28) Vd. E. Hancox, *The meaning of «implementing» EU law under Article 51(1) of the Charter: Åkerberg Fransson*, in *The Common Market Law Review*, 2013, n. 50, p. 1414, ove si riportano in proposito i casi Corte Giust., Grande Sezione, 5 giugno 2010, C-498/10, *Bonda*, non ancora pubblicato, e Corte Edu, *Sergey Zolotukhin c. Russia*, n. 14939/03, 10 febbraio 2009.

(29) Cfr. A. Voßkuhle, *Pyramid or Mobile? – Human Rights Protection by the European Constitutional Courts. Opening of the Judicial Year 2014 at the European Court of Human Rights, Strasbourg, 31 January 2014*, in http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/26474/LAW_2013_03.pdf?sequence=1.

(30) Cfr. G. de Búrca, *After the Eu Charter of fundamental rights: The Court of Justice as a human right adjudicator?*, in *Maastricht Journal*, 2013, vol. 2, n. 20, p. 170.

(31) J. Polakiewicz, *EU law and the ECHR: Will EU accession to the European Convention on Human Rights square the circle?*, 2013, in http://www.coe.int/t/1/dghl/standardsetting/hrpolicy/accesion/Accession_documents/Oxford_18_January_2013_versionWeb.pdf.

Lo spostamento su questo piano del conflitto sociale si è verificato in modo pionieristico negli Stati Uniti, dove, fin dagli anni cinquanta, il movimento per i diritti civili ha sperimentato l'uso della *strategic litigation* come strumento di lotta per i diritti civili e l'eguaglianza razziale. Il ricorso *Brown et al. c. Board of Education of Topeka et al.*, che portò la Corte Suprema nordamericana a ripudiare la dottrina del «separati ma eguali» (32) che aveva steso la legittimazione della legge sul sistema castale di segregazione razziale vigente negli Stati del Sud, costituisce il caso «mito» (33) di questo uso del processo e delle Corti come leva di cambiamento sociale. Il *Civil Rights Act* del 1964, in particolare il suo Titolo VII, ha poi esteso l'ambito di azione delle Corti ai diritti sociali e all'esercizio di poteri privati nell'ambito di rapporti contrattuali. A partire dagli anni ottanta, la stessa tendenza si è osservata anche nel sistema di relazioni industriali, dove il collasso del movimento sindacale nordamericano, il declinare dell'impresa come luogo in cui si generano e si esercitano i diritti sociali e di *welfare*, insieme al manifestarsi di altre identità collettive legate a elementi costitutivi della persona (genere, età, disabilità, razza e origine etnica, orientamento sessuale) hanno determinato quello che Piore e Safford (34) descrivono in termini di spostamento degli «assi di mobilitazione sociale». Dalla mobilitazione intorno a identità economiche associate alla classe, all'impresa, alla professione svolta, si è passati alla mobilitazione intorno a identità radicate fuori dal mercato e associate a caratteristiche soggettive della persona, come il genere, la razza, l'origine etnica, l'età, la disabilità, l'orientamento sessuale. Ciò si è svolto in parallelo con uno spostamento dal tradizionale regime di diritti derivanti dalla contrattazione collettiva verso un nuovo regime di diritti individuali stabiliti dalla legge con una funzione privilegiata giocata di nuovo dalla tutela antidiscriminatoria.

Sviluppi simili si sono avuti, a partire dagli anni novanta, anche nell'esempio britannico e per certi versi essi denotano una rottura con la

(32) Vd. Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, 18 maggio 1896, *Plessy c. Ferguson*.

(33) Sia pure mito contestato quanto ai suoi effetti reali in termini di effettiva desegregazione della società americana: vd. G.N. Rosenberg, *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?*, University of Chicago, Chicago, 2008, M. Tushnet, *Some Legacies of Brown v. Board of Education*, 2011, Georgetown Law Faculty Publications and Other Works. Paper 239, in <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/253>.

(34) M.J. Piore, S. Safford, *Changing regimes of workplace governance, shifting axes of social mobilization, and the challenge to industrial relations theory*, in *Industrial relations: a journal of economy & society*, 2006, vol. 45, pp. 299 ss.

tradizione sindacale ancora più netta, dato il carattere marcatamente volontaristico di quel sistema di relazioni industriali (35).

Riferendosi agli Stati Uniti, Piore e Safford descrivono questi sviluppi come una combinazione di azione strategica ragionata e di processi spontanei di formazione dell'identità, che convergono in una serie di conseguenze non previste o non volute, le quali si coagulano infine in un nuovo regime regolativo e istituzionale (36). Seguendo la griglia proposta dagli studiosi angloamericani per analizzare i processi prima descritti (37), la *strategic litigation* può svolgere anzitutto una funzione di «aspirazione», confermando il senso di ingiustizia avvertito da singoli lavoratori o da gruppi di lavoratori in relazione a specifiche decisioni imprenditoriali e mostrando la capacità del sindacato di darvi risposta. Si tratta, per lo più, di casi portati davanti alle Corti con la finalità esplicita di stimolare i lavoratori ad associarsi e partecipare alla mobilitazione. Detto in altre parole, si tratta di una funzione che agisce sul versante interno della rappresentanza e della rappresentatività sindacale: quella riguardante la capacità di rispecchiare gli interessi e le visioni dei rappresentanti e la costruzione di un vincolo di fiducia e di delega tra l'organizzazione sindacale e i singoli. In secondo luogo, l'uso della legge e del processo (o la minaccia di ricorrervi) può produrre effetti di «diffusione», inducendo il datore di lavoro a modificare il suo comportamento nei confronti delle organizzazioni sindacali, oppure incoraggiando gli affiliati al sindacato a sostenere gli obiettivi della lite attraverso la stessa azione collettiva. In questo caso, si tratta di effetti che giocano sul versante esterno della rappresentanza sindacale e del conflitto industriale: quello riguardante il riconoscimento datoriale dell'interlocutore sindacale e la mobilitazione collettiva.

Se trasponiamo ora questa griglia di analisi al caso italiano, la prima cosa che viene alla mente è che si tratta di effetti osservati da tempo dagli studiosi delle dinamiche del nostro sistema di relazioni industriale. Qui, il caso «mito» è quello dell'uso giudiziario dello Statuto dei lavoratori, con il quale il sindacato italiano abbandonò la prassi risalente di non avvalersi dei mezzi di tutela dello Stato, rinunciando a rendere il

(35) T. Colling, *Court in a trap? Legal Mobilisation by Trade Unions in the United Kingdom*, in *Warwick Papers In Industrial Relations*, 2009, n. 91, in http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/nbs/research/irru/npir/npir_91.pdf, p. 3.

(36) M.J. Piore, S. Safford, *op. ult. cit.*, pp. 319-320.

(37) T.B. Nagin, *Elites, Social Movements and the Law: The case of Affirmative Action*, in *Columbia Law Review*, 2005, pp. 1436 ss.; T. Colling, *op. ult. cit.*, p. 4.

diritto sindacale giustiziabile (38). L'analisi da parte di un gruppo di giuristi e sociologi del lavoro di quell'esperienza di uso strategico del diritto, ripetuta a distanza di dieci anni, fornì elementi di conoscenza essenziali sul funzionamento delle relazioni sindacali italiane degli anni settanta e ottanta (39).

La diversità del contesto sociale e istituzionale rende difficile applicare meccanicamente al caso italiano le coordinate concettuali utilizzate dalla letteratura per spiegare la *strategic litigation* messa in atto dal sindacato angloamericano. Perché, allora, se si è partiti proprio da tali categorie concettuali per tentare di spiegare le logiche del caso Fiat? Dopo tutto, la vicenda del contenzioso Fiat, nelle sue varie articolazioni, non si potrebbe leggere come un esempio *path dependent* di quella strategia giudiziaria politico-offensiva usata in altri momenti dal sindacato italiano per uscire da situazioni di debolezza nei confronti della controparte datoriale o da conflitti endosindacali tramite il ricorso alla magistratura?

In realtà il caso Fiat rompe con la storia pregressa (e avvicina il caso italiano a quello angloamericano), in primo luogo perché, in passato, le strategie giudiziarie di tipo politico-difensivo o politico-offensivo sono state utilizzate da sindacati deboli ma in fase di crescita o da sindacati minoritari, mentre oggi vengono usate da un sindacato maggioritario in una fase di messa in discussione prima del suo ruolo contrattuale e, in ultima istanza, della sua presenza stessa come soggetto delle relazioni collettive nel luogo di lavoro. Ciò significa che l'azione in giudizio è stata una partita del tutto o niente, in cui erano in gioco le condizioni di base dell'azione sindacale. Il ricorso alla legge e ai giudici non è stato più sussidiario o ausiliare rispetto alla contrattazione collettiva e al conflitto, ma, esaurite le altre risorse messe a disposizione dal sistema, ne è diventato il sostituto.

Questa nuova funzione della *strategic litigation* è evidente soprattutto nei ricorsi *ex art. 28 Stat. lav.* e nell'approdo del conflitto innanzi alla Corte costituzionale. La proiezione sul piano costituzionale di un conflitto privato collettivo ha provocato interpretazioni sistemiche del conflitto, che hanno riguardato però soprattutto il ruolo del giudice e i li-

(38) Le origini di questo «credo del non intervento legislativo» sono indagate da G. Giugni, *Il diritto sindacale e i suoi interlocutori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, pp. 369 ss.

(39) Cfr. T. Treu (a cura di), *Sindacato e magistratura nei conflitti di lavoro. L'uso politico dello Statuto dei lavoratori*, il Mulino, Bologna, 1975; sulla seconda ricerca vd. M. Barbera, *Vecchi e nuovi attori sulla scena dello Statuto*, in *q. Riv.*, 1995, n. 1, pp. 11 ss.

miti dell'interpretazione giudiziale. Ma vi è un altro aspetto inedito su cui si vuole richiamare l'attenzione del lettore in questa nota, evidente, invece, nell'azione antidiscriminatoria. In questo caso, la *strategic litigation* ha riformulato l'identità stessa degli attori e la natura degli interessi in gioco, evidenziando descrizioni nuove del conflitto sindacale e della stessa struttura sociale.

Nel modo tradizionale in cui la struttura sociale e le disuguaglianze sono state costruite e rappresentate, anche dal diritto del lavoro, il soggetto è definito per ciò che egli *fa*, per la sua posizione nella struttura produttiva e per la sua appartenenza di classe, nonché per la sua forza contrattuale, e la giustizia è misurata in termini di redistribuzione di reddito e di forza contrattuale, in sostanza di riduzione della disuguaglianza nelle posizioni sociali.

La costruzione e rappresentazione della disuguaglianza offerte dal diritto antidiscriminatorio definiscono il soggetto per quello che egli è, in relazione ad attributi quali il genere, la razza, l'età, o, come nel caso Fiat, le convinzioni personali, e la giustizia è misurata in termini di riconoscimento di tale identità e del loro eguale valore (40). L'affiliazione sindacale – ha scritto la Corte d'Appello di Roma nell'ordinanza che stiamo commentando – rappresenta «l'occasione per manifestare una concezione del lavoro e della dignità umana in esso realizzata fondata su precise opinioni e consolidati sentimenti» della persona. Essa – aveva precisato il Tribunale di Roma nella precedente ordinanza – attiene al «modo di intendere le relazioni tra le parti sociali e il modo di porsi rispetto alla parte datoriale», e rientra perciò in quell'ampia nozione di convinzioni personali che «racchiude una serie di categorie di ciò che può essere definito “il dover essere” dell'individuo, che vanno dall'etica alla filosofia, dalla politica (in senso lato) alla sfera dei rapporti personali». Per queste ragioni, continuano i giudici, l'azione antidiscriminatoria non rappresenta un mero strumento di estensione della tutela già accordata alla libertà sindacale con l'art. 28. In questo caso, il sindacato non protegge un interesse proprio, ma un interesse dei lavoratori, secondo una scelta operata dai lavoratori stessi che, in altre ipotesi e in relazione a discriminazioni di altra natura, potrebbero decidere di «farsi rappresentare da altre associazioni e organizzazioni di volta in volta rappresentative dell'interesse lesa».

(40) Cfr. F. Dubet, *Integrazione, coesione e disuguaglianze sociali*, in *Stato e mercato*, 2010, n. 1, pp. 33 ss. Si tratta di un processo già intravisto da M. D'Antona, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1991, pp. 455 ss.

Dunque, esiste un interesse collettivo di gruppo diverso dall'interesse sindacale propriamente detto e diverso anche da quello della comunità professionale definita e rappresentata dal sindacato, e gli interessi individuali che vi fanno capo si aggregano ma non si esauriscono in esso, poiché la tutela antidiscriminatoria è finalizzata, in primo luogo, a riconoscere e a garantire l'autonomia della persona.

Diversamente da quanto ritenuto da qualche studioso (41), tutto ciò non conduce necessariamente a individualizzare la definizione e la percezione delle disuguaglianze e a negarne la natura strutturale. L'interesse collettivo non scompare. Quello che muta è la variabilità e molteplicità degli interessi in cui si declina l'identità delle persone, da cui deriva un'accresciuta difficoltà per gli attori sociali tradizionali di interpretarli e di rappresentarli. E neppure scompare il carattere strutturale delle diseguaglianze prese in considerazione, in primo luogo perché è la natura sistemica delle discriminazioni vietate (qui, quelle sindacali) che giustifica la speciale protezione accordata dall'ordinamento ad alcune identità soggettive, e poi perché la discriminazione svela, per la sua dimensione relazionale, le disparità di potere sociale insite nel rapporto di lavoro.

Il caso Fiat, dunque, è un esempio macroscopico di quel «situazionismo contrattuale e aziendalistico» osservato da Mariucci, che mette in crisi una delle concettualizzazioni più «imponenti» di cui dottrina e giurisprudenza lavoristica si sono nutrite in questi decenni: «il mitico interesse *collettivo*» e «l'indivisibilità» delle regole collettive aziendali (42). Nello stesso tempo, il caso Fiat porta alla luce tutte le potenzialità della tutela antidiscriminatoria. Esso si candida così a diventare un nuovo caso «mito» di *strategic litigation* non solo perché ha prodotto l'effetto di reinserire la Fiom nel circuito della rappresentanza sindacale (43), ma anche perché costituisce il primo caso in cui una nuova narrazione del conflitto sindacale è approdata in giudizio (44).

(41) Così F. Dubet, *op. ult. cit.*, p. 54.

(42) Cfr. le osservazioni di L. Mariucci, *Il situazionismo contrattuale: note sul caso Pometon*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2014, n. 1, pp. 175 ss., qui p. 178.

(43) B. Caruso, *Il sistema di rappresentanza sindacale dopo la sentenza n. 231/13*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, n. 4, p. 912.

(44) Cfr. M. Militello, *Dal conflitto di classe al conflitto tra gruppi. Il caso Fiat e le nuove frontiere del diritto antidiscriminatorio*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, n. 1, pp. 227 ss.

I

CASSAZIONE, 11 marzo 2014, n. 5581, Sez. lav. – Pres. Miani Canevari, Est. Bandini, P.M. Matera (diff.) – Fabbrica Italia Pomigliano Spa (avv.ti De Luca Tamajo, Dirutigliano, Mastroianni, Olivieri) c. Fiom-Cgil (avv.ti Alleva, Cossu, Ferrara, Focareta, Martino, Panici, Piccinini, Poli, Recchi).

Discriminazioni – Art. 2, d.lgs. n. 216/2003 – Ordine di rimuovere gli effetti del comportamento discriminatorio tramite piano di assunzione dei lavoratori esclusi e assunzione dei lavoratori ricorrenti – Inammissibilità ricorso in Cassazione per sopravvenuta carenza di interesse ad agire della società cedente.

Il ricorso per Cassazione, proposto nei confronti della decisione di Appello che accerta la natura discriminatoria ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. n. 216/2003 della mancata assunzione e ordina di rimuovere gli effetti del comportamento discriminatorio tramite piano di assunzione dei lavoratori esclusi e assunzione dei lavoratori ricorrenti, è inammissibile per sopravvenuta carenza di interesse determinata dalla cessione dello stabilimento interessato dall'ordine. (1)

II

CORTE D'APPELLO ROMA, 9 ottobre 2012, Sez. lav., ord. – Pres. Torrice, Est. Orrù – Fabbrica Italia Pomigliano Spa *et al.* (avv.ti De Luca Tamajo, Dirutigliano, Olivieri, Ropolo) c. Fiom-Cgil nazionale (avv.ti Alleva, Ferrara, Focareta, Ingegneri, Martino, Panici, Piccinini, Poli, Recchi).

Conf. Tribunale Roma, 21 giugno 2012.

Discriminazioni – Art. 2, d.lgs. n. 216/2003 – Divieto di discriminazione in base alle convinzioni personali – Mancata assunzione in ragione dell'affiliazione sindacale – Sussistenza – Prova statistica – Ordine di rimuovere gli effetti del comportamento discriminatorio tramite piano di assunzione con riserva a favore dei lavoratori esclusi di una determinata percentuale nell'ambito dell'organico e assunzione dei lavoratori ricorrenti.

Il divieto di discriminazione in base alle convinzioni personali di cui all'art. 2, d.lgs. n. 216/03, trova applicazione nel caso di mancata assunzione dei lavoratori

in ragione dell'affiliazione sindacale. La natura discriminatoria dell'esclusione dalle assunzioni può essere provata attraverso prove di carattere statistico. Il giudice, ai fini della rimozione degli effetti svantaggiosi, può ordinare al datore di lavoro l'attuazione di un piano di assunzione con riserva a favore dei lavoratori esclusi di una determinata percentuale nell'ambito dell'organico e l'assunzione dei singoli lavoratori ricorrenti appartenenti al gruppo discriminato. (2)

III

TRIBUNALE ROMA, 21 giugno 2012, Sez. lav., ord. – Est. Baroncini – Fiom-Cgil nazionale (avv.ti Alleva, Ferrara, Focareta, Ingegneri, Martino, Panici, Piccinini, Poli, Recchi) c. Fabbrica Italia Pomigliano Spa (avv.ti. De Luca Tamajo, Dirutigliano, Olivieri).

Discriminazioni – Art. 2, d.lgs. n. 216/2003 – Divieto di discriminazione in base alle convinzioni personali – Mancata assunzione in ragione dell'affiliazione sindacale – Sussistenza – Prova statistica – Ordine di rimuovere gli effetti del comportamento discriminatorio tramite piano di assunzione con riserva a favore dei lavoratori esclusi di una determinata percentuale nell'ambito dell'organico.

Il divieto di discriminazione in base alle convinzioni personali di cui all'art. 2, d.lgs. n. 216/03, trova applicazione in caso di mancata assunzione dei lavoratori in ragione dell'affiliazione sindacale. La natura discriminatoria dell'esclusione dalle assunzioni può essere provata attraverso prove di carattere statistico. Il giudice, ai fini della rimozione degli effetti svantaggiosi, può ordinare al datore di lavoro l'attuazione di un piano di assunzione con riserva a favore dei lavoratori esclusi di una determinata percentuale nell'ambito dell'organico. (3)

IL CASO 2

Bruno Caruso (*), *Veronica Papa* (**)

I PERCORSI «ACCIDENTATI» DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UE.. EPPUR LA TALPA SCAVA (***)

SOMMARIO: 1. Il caso. *Association de médiation sociale vs Confédération générale du travail*. — 2. La Direttiva n. 2002/14 tra coinvolgimento *soft* dei lavoratori e limitazione *hard* della discrezionalità statale. — 3. Il diritto-principio all'informazione e consultazione nelle argomentazioni dell'Avv. Gen. Cruz Villalón: la talpa che scava... e con intelligenza giuridica. — 3.1. La Carta alla prova: condizioni di giustiziabilità e operatività dei diritti-principi sociali. — 3.2. Minimalismo argomentativo e interpretativo. La Corte e la *Drittwirkung* dei diritti fondamentali dal caso *Kıcıkdeveci* al caso *Ams*. — 4. La Carta, la Corte, i diritti sociali e il futuro...

1. — *Il caso*. *Association de médiation sociale vs Confédération générale du travail* — Preceduta da un certo clamore (non solo dottrinale), fin dalla presentazione delle Conclusioni dell'Avv. Gen. Cruz Villalón (1), la sentenza della Corte di Giustizia sul caso *Association de médiation sociale*, emessa il 15 gennaio 2014 (2), è intervenuta a gettare nuovi interrogativi, e qualche ombra, su «ruolo e collocazione» dei diritti sociali fondamentali – a proiezione collettiva (3) – nell'ordinamen-

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro l'Università di Catania.

(**) Ricercatrice di Diritto del lavoro presso l'Università di Catania.

(***) Il contributo è frutto di una riflessione comune. Tuttavia, la stesura dei parr. 3 e 4 è da attribuire a Bruno Caruso; quella dei parr. 1, 2, 3.2. a Veronica Papa. Il par. 3.1. è da attribuire a entrambi gli Autori.

(1) Conclusioni presentate dall'Avv. Gen. Cruz Villalón, il 18 luglio 2013, nella causa C-176/12, *Association de médiation sociale c. Union locale des syndicats Cgt, Hichem Laboubi, Union départementale Cgt des Bouches-du-Rhône, Confédération générale du travail (Cgt)*.

(2) Corte Giust. 15 gennaio 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale c. Union locale des syndicats Cgt, Hichem Laboubi, Union départementale Cgt des Bouches-du-Rhône, Confédération générale du travail (Cgt)*.

(3) Sulla «doppia natura» dell'art. 27 della Carta – come diritto con proiezioni individuali e collettive – si vd. T. Blanke, *Art. 27 of the European Charter: Information and consultation at enterprise level as a European fundamental social right*, in *Dir. lav. merc.*, 2003, n. 1, p. 48.

to dell'Ue e, più in generale, su prospettive e limiti del modello sociale europeo.

Il novero delle questioni, di indubbia «rilevanza costituzionale» (4), sulle quali la Corte è stata chiamata a pronunciarsi, oltrepassa i confini lavoristici della controversia – pur rilevanti e relativi alla materia comunitarizzata dell'informazione e consultazione nei luoghi di lavoro – e induce la Corte – e, soprattutto, l'Avvocato Generale – a misurarsi con ardue domande di carattere trasversale, relative all'interpretazione delle clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue (in particolare, quelle contenute negli artt. 51 e 52); alla struttura dei diritti sociali nella dimensione multilivello; al rapporto tra principi, diritti fondamentali e loro proiezione effettiva quali diritti soggettivi azionabili; alla responsabilità, che incombe su tutti gli attori istituzionali, di non ridurre i principi della Carta (che sono, come chiarisce l'Avv. Gen. nelle sue Conclusioni, pur sempre diritti fondamentali) a vuote enunciazioni, senza tuttavia forzarne struttura e condizioni di invocabilità, notoriamente diverse da quelle delle regole (che prevedono diritti direttamente tutelabili davanti al giudice) (5).

Più in dettaglio, il caso che ha condotto alla pronuncia *ex art. 267 TfUe* ha preso le mosse da un rinvio pregiudiziale della *Cour de Cassation* relativo all'interpretazione dell'articolo L. 1111-3 del codice del lavoro francese. La disposizione nazionale controversa – che esclude la computabilità, ai fini dell'insorgenza del diritto di costituire rappresentanze sindacali nei luoghi di lavoro, di una serie di figure lavorative impiegate con contratti di lavoro non standard (6) – ha dato luogo alla contrapposizione, nella controversia *a quo*, tra un datore di lavoro, l'*Association de médiation sociale* (in seguito, Ams) e diverse articolazioni centrali e periferiche della *Confédération générale du travail* (in seguito, Cgt) in ordine alla configurabilità del diritto di istituire una rappresentanza sin-

(4) Conclusioni, *Association de médiation sociale*, par. 3.

(5) Sulle differenze ontologiche – e di «funzionamento» – tra principi e regole si vd. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992.

(6) Si tratta, in particolare, di: apprendisti, titolari di un contratto di inserimento professionale, titolari di un contratto di accompagnamento al lavoro o di un contratto di qualificazione professionale; figure professionali riconducibili, da questo punto di vista, nel novero dei cd. lavoratori «trasparenti», ossia di lavoratori che possono essere inclusi nell'organico aziendale senza effetti di rilievo sul raggiungimento delle soglie richieste per l'applicazione di normative lavoristiche. Nel dibattito italiano la questione dei lavoratori trasparenti è stata spesso affrontata con riguardo al computo delle soglie di applicazione dell'art. 18 Stat. lav.

dacale all'interno dell'Ams (7). A seguito di una serie di tappe processuali intermedie di diritto interno – tra le quali vale la pena di annoverare la disapplicazione della disposizione controversa da parte del Tribunale di Marsiglia, a causa della ritenuta contrarietà con il diritto dell'Ue –, la questione è pervenuta innanzi alla *Cour de Cassation*, la quale ha deciso di sottoporre alla Corte di Giustizia il seguente interrogativo, ossia «se l'articolo 27 della Carta, da solo o in combinato disposto con le norme della Direttiva n. 2002/14, debba essere interpretato nel senso che esso – ove una norma nazionale di trasposizione di detta direttiva [...] sia incompatibile con il diritto dell'Unione» – possa essere «invocato in una controversia tra privati al fine di disapplicare tale norma nazionale» (8). Il *rebus* interpretativo sottoposto alla Corte attiene dunque alla necessità di stabilire se «un diritto sancito dalla Carta e concretizzato dal diritto derivato costituisca un legittimo criterio di valutazione» di una normativa nazionale in una controversia tra privati (9).

Al quesito formulato dalla Suprema Corte francese, hanno fatto seguito due risposte divergenti – non solo negli approdi, ma anche nei percorsi argomentativi seguiti per pervenirvi – da parte della Corte e dell'Avvocato Generale Cruz Villalón. Si tratta di circuiti interpretativi differenti – come, per la verità, avviene non di rado nella prassi giudiziaria della Corte di Giustizia Ue (10) – anche sotto il profilo delle tec-

(7) Nella fase nazionale della controversia – a seguito della designazione, da parte dell'*Union départementale Cgt* del dipartimento Bouches-du-Rhône, del sig. Laboubi quale rappresentante della sezione sindacale creata in seno all'Ams –, l'Ams si era rivolta al *Tribunal d'instance* di Marsiglia con una domanda di annullamento della designazione del delegato sindacale. L'Ams riteneva, infatti, di ritrovarsi, in forza dei criteri di computo del personale stabiliti dall'art. L. 1111-3 del *code du travail*, al di sotto della soglia minima di lavoratori occupati idonea a far scattare l'obbligo di adottare misure per la rappresentanza nei luoghi di lavoro. In particolare – ai fini del raggiungimento della soglia di undici lavoratori nell'unità produttiva, richiesta dalla normativa nazionale –, occorrerebbe, secondo l'Ams, escludere dal calcolo dei suoi effettivi i lavoratori titolari di contratti di lavoro atipici, ai sensi dell'articolo L. 1111-3 del *code du travail*.

(8) Corte Giust., *Ams*, par. 23.

(9) Conclusioni, *Ams*, par. 26.

(10) È infatti spesso possibile rilevare il ruolo di «pionieri della nuova frontiera dell'integrazione sociale» svolto dagli Avvocati Generali nella prassi giudiziaria della Corte di Giustizia Ue [B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piove)*, in *W.P. Csille «Massimo D'Antona»*.INT, 2010, n. 81, p. 17]; in argomento, cfr. N. Burrows, R. Greaves, *The Advocate General and EC law*, Oxford University Press, Oxford, 2007. Per una proposta di revisione delle

niche argomentative e redazionali; e infatti: se, da un lato, è possibile rinvenire un'articolata risposta dell'Avvocato Generale sulle potenzialità applicative della Carta dei diritti fondamentali nei rapporti interpretati e sulla distinzione tra diritti e principi nell'ambito del *Bill of rights* europeo, dall'altro, alle impegnative domande di metodo (oltre che di merito) formulate dalla *Cour de Cassation*, la Corte di Giustizia Ue ha fornito una risposta secca e piuttosto elusiva (specie se raffrontata con il peso specifico delle questioni emergenti dal caso di specie) (11).

Data la caratura «costituzionale» dei temi oggetto di analisi nel caso *Ams*, nelle pagine che seguono, l'indagine si soffermerà su entrambi i percorsi motivazionali (12); segnalandosi, fin da ora, la difformità sostanziale degli esiti suggeriti alle autorità nazionali, nella misura in cui in un caso – nelle Conclusioni – si ammette e, nell'altro – nella pronuncia della Corte di Giustizia Ue – si esclude la possibilità di pervenire alla disapplicazione di una normativa nazionale in contrasto con il combinato disposto «art. 27 della Carta-Direttiva n. 2002/14» (13).

2. — *La Direttiva n. 2002/14 tra coinvolgimento soft dei lavoratori e limitazione hard della discrezionalità statale* — Come si è anticipato *supra*, la disposizione nazionale controversa sulla costituzione di rappresentanze sindacali nei luoghi di lavoro rientra nell'ambito delle misure di attuazione della normativa comunitaria in tema di informazione e consultazione; i diritti di rappresentanza in questione, infatti, operando come

funzioni degli Avvocati Generali, preordinata a valorizzare il ruolo delle Conclusioni nelle decisioni finali della Corte, si vd. L. Clement-Wilz, *The Advocate General: A Key Actor of the Court of Justice of the European Union*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2012, p. 587.

(11) Per una disamina delle tecniche argomentative utilizzate dalla Corte di Giustizia nella costruzione dei propri percorsi motivazionali, si vd. G. Itzcovich, *The Constitutional Reasoning in the European Court of Justice*, in *Conreason Project Working Paper*, 2013. Per un'ampia analisi dell'influenza della Carta nel *legal reasoning* della Corte si rinvia a G. De Burca, *After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, n. 2, pp. 168 ss. Sulla strumentazione retorico-linguistica utilizzata nei pronunciamenti della Corte, si vd. M. Paso, *The Court of Justice of the European Union as a Rhetorical Actor*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2012, n. 1, p. 19.

(12) Vd. *infra*, par. 3, 3.1. e 3.2. (nel corso dei par. 3 e 3.1., ci si soffermerà sulle Conclusioni dell'Avv. Gen. Cruz Villalón; le motivazioni della pronuncia della Corte di Giustizia saranno oggetto di approfondimento nel par. 3.2).

(13) Ciò sebbene in entrambi i casi si ammetta pianamente il contrasto della normativa nazionale con il diritto dell'Unione.

«canale di trasmissione del diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione», costituiscono un fondamentale nesso strumentale in funzione dell'applicazione pratica dell'articolo 27 della Carta (14).

In particolare, il parametro di legittimità della normativa nazionale, evocato in combinato disposto dalla *Cour de Cassation* con l'art. 27 della Carta, è rappresentato dall'art. 3 («Campo di applicazione») della Direttiva n. 2002/14 (15). Inserita nel contesto di una direttiva di seconda generazione (16) in tema di coinvolgimento dei lavoratori nella vita dell'impresa (17), la disposizione in questione delimita i margini di discrezionalità statale nella trasposizione, per ciò che attiene, in particolare, alla determinazione del suo ambito di applicazione. Sebbene sia la forma di «inclusione» dei lavoratori nella vita dell'impresa sia i suoi contenuti prescrittivi siano piuttosto tenui (18), la Direttiva n. 2002/14 ha

(14) Conclusioni, *Ams*, par. 72. Su questo profilo delle Conclusioni, si vd. A. Alaimo, *Rappresentanze aziendali, diritti di coinvolgimento e negoziazione collettiva nelle imprese «globali»*, in *q. Riv.*, 2014, n. 1, I, p. 62.

(15) Direttiva n. 2002/14/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 marzo 2002, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori. Ai sensi dell'art. 3, gli Stati membri possono scegliere, in sede di attuazione, di imporre gli obblighi derivanti dalla direttiva: «a) alle imprese che impiegano in uno Stato membro almeno 50 addetti» o «b) agli stabilimenti che impiegano in uno Stato membro almeno 20 addetti».

(16) La direttiva in discorso rappresenta una forma di attuazione *soft* dei diritti/obblighi di coinvolgimento dei lavoratori nella vita dell'impresa, introduttiva di prescrizioni di armonizzazioni minime, come tali migliorabili *in melius* dai singoli Stati membri, e si iscrive nel contesto delle nuove forme di armonizzazione. Sulle nuove tecniche di regolazione, invalse in uso nel diritto sociale europeo, si vd. F. Bano, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione: il soft law*, in *Law. dir.*, 2003, p. 67; J. Kenner, *EC Labour Law: the Softly Approach*, in *International journal of comparative labour law and industrial relations*, 1995, n. 4, p. 307.

(17) L'espressione «coinvolgimento dei lavoratori», entrata a far parte del lessico comunitario a partire dalla Direttiva n. 2001/86/Ce, comprende, come si è notato, le diverse forme di «inclusione» dei lavoratori, dalle forme deboli della informazione e consultazione fino alla partecipazione vera e propria [A. Alaimo, *Il coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa: informazione, consultazione e partecipazione*, in *Trattato di Diritto privato dell'Unione europea*, diretto da G. Ajani, G.A. Benacchio, vol. V, *Il lavoro subordinato*, S. Sciarra, B. Caruso (a cura di), Giappichelli, Torino, 2009, pp. 642 ss.]. Di recente, in argomento, si vd. M. Corti, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, Vita e pensiero, Milano, 2012; M. Biasi, *Il nodo della partecipazione dei lavoratori in Italia. Evoluzioni e prospettive nel confronto con il modello tedesco ed europeo*, Egea, Milano, 2013.

(18) Come ha rilevato C. Zoli, *I diritti di informazione e di cd. consultazione: il d.lgs. 6 febbraio 2007*, n. 25, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, n. 2, I, pp. 162 ss.

rappresentato un'importante tappa nel percorso di generalizzazione delle procedure di coinvolgimento dei lavoratori, nella misura in cui, con essa, il legislatore sovranazionale, per la prima volta, ha riconosciuto i diritti di informazione e consultazione – al di là del mero riferimento alle imprese transnazionali operato dalle direttive precedenti – anche alle imprese operanti all'interno dei singoli Stati membri (19) e dunque in una prospettiva endostatuale. In questa materia, occorre, per inciso, ricordare che il diritto di informazione e consultazione, nel lavoro privato, s'illumina anche di una luce riflessa, in ragione del rilievo che il tema generale della trasparenza – riferito in particolare alle amministrazioni pubbliche – ha ormai assunto nel dibattito europeo e nazionale, come presupposto procedurale indeclinabile di funzionamento di meccanismi di partecipazione democratica dei cittadini-lavoratori. In questa prospettiva, dunque, il diritto di informazione del lavoratore (e del sindacato) nei confronti dell'impresa può essere declinato come una sorta di *pendant* «privatistico» del diritto alla trasparenza, e quindi a una buona amministrazione, del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione (20).

A ogni modo, se la normativa sovranazionale in tema di informazione dei lavoratori viene per lo più evocata con riferimento al coinvolgimento dei lavoratori nell'ambito di cruciali – e specifiche – vicende afferenti alla vita delle imprese (si pensi alle disposizioni in tema di informazione e consultazione nelle vicende di mutamento della titolarità e/o di cessazione delle attività di impresa), non sono mancati pronunciamenti in via pregiudiziale della Corte di Giustizia Ue sulla corretta attuazione della Direttiva n. 2002/14 da parte degli Stati membri. In particolare, il diretto precedente della pronuncia in commento ha preso le mosse da un altro rinvio pregiudiziale a opera dell'autorità giudiziaria francese, con riguardo allo stesso profilo giuridico controverso nel caso di specie: ossia i criteri di computo dei lavoratori-soglia ai fini dell'applicazione della direttiva. È evidente, infatti, che la disposizione in commento riguardi un punto focale della disciplina in tema di informazione e consultazione, su-

(19) La nettezza del mutamento di prospettiva della normativa in tema di informazione e consultazione è sottolineata da I. Schömann, *A hard climb towards company democracy in Europe. Implementation of the EU framework Directive 2002/14/EC on information and consultation at national level*, in *Transfer - European review of labour and research*, 2006, p. 103.

(20) Sul tema, si vd. S. Cassese, *Il diritto alla buona amministrazione*, in *European review of public law*, 2009, n. 3, p. 1037; di recente, con riferimento ai provvedimenti anticorruzione, F. Merloni, *Il regime delle inconfiribilità e incompatibilità nella prospettiva dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, n. 8-9, p. 806.

scettibile di introdurre notevoli distorsioni applicative nell'attuazione degli obblighi di coinvolgimento dei lavoratori – a seconda dei parametri adottati dagli Stati membri in ordine alla computabilità delle unità di personale – e con il rischio di ingiustificate restrizioni dell'obbligo imposto dal legislatore comunitario, nelle ipotesi di datori di lavoro che impieghino prevalentemente lavoratori assunti con contratti non standard.

Sul punto, la pronuncia della Corte nel caso *Cgt* (21) si era conclusa con alcune importanti affermazioni – riprese dai giudici nel caso in commento – sui limiti alla discrezionalità statale nel perseguimento dei fini prescritti dalla direttiva. E infatti, secondo la Corte di Giustizia Ue, «la discrezionalità di cui godono gli Stati membri in materia di politica sociale non può risolversi nello svuotare di ogni sostanza l'attuazione di un principio fondamentale del diritto comunitario» (22). Come nel caso *Cgt* (23), dunque, anche nel caso in commento, l'esclusione dal calcolo di alcune categorie di lavoratori è stata valutata in termini di una reinterpretazione unilaterale, e pertanto illegittima, della nozione di lavoratore predisposta dalla direttiva (24). Sul punto, dunque, la Corte ha affermato che una normativa nazionale che, nell'escludere dal calcolo degli effettivi dell'impresa una determinata categoria di lavoratori, si risolve in una sottrazione di alcuni datori di lavoro agli obblighi previsti dalla Direttiva n. 2002/14 «è idonea a svuotare tali diritti della loro sostanza, togliendo così alla direttiva il suo effetto utile» (25).

(21) Corte Giust. 18 gennaio 2007, C-385/05, *Confédération générale du travail (Cgt) e a. c. Premier ministre, Ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement*.

(22) Corte Giust., *Cgt*, par. 29.

(23) Nel quale peraltro la disposizione nazionale controversa si limitava a disporre una esclusione temporanea di alcune tipologie lavorative dal computo dei lavoratori-soglia ai fini dell'imposizione degli obblighi di informazione e consultazione.

(24) Come ha precisato l'Avv. Gen. Mengozzi [nelle Conclusioni presentate il 12 settembre 2006, in C-385/05, *Confédération générale du travail (Cgt) e a. c. Premier ministre, Ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement*], dalla stessa lettura congiunta di due disposizioni della Direttiva (art. 3, «Campo di applicazione», e art. 2, «Nozione di lavoratore») deriva l'impossibilità di una determinazione, da parte degli Stati membri, di criteri di computo dei lavoratori-soglia idonei a incidere sulla nozione di lavoratore protetto in forza della Direttiva (par. 37).

(25) Corte Giust., *Ams*, par. 26. Dunque, nemmeno il consueto «ampio margine di discrezionalità» riconosciuto agli Stati membri nel perseguimento di obiettivi legittimi di politica sociale – ai quali è riconducibile la finalità di incentivare l'occupazione evocata dal Governo francese – può «risolversi nello svuotare di ogni sostanza l'attuazione di un principio fondamentale del diritto dell'Unione o di una norma di tale diritto» (Corte Giust., *Ams*, par. 27).

3. — *Il diritto-principio all'informazione e consultazione nelle argomentazioni dell'Avv. Gen. Cruz Villalón: la talpa che scava... e con intelligenza giuridica* — Secondo alcuni Autori, nelle conclusioni dell'Avv. Gen. Cruz Villalón si alternerebbero luci e ombre. Questa lettura non è condivisibile. I critici si sono soffermati a puntare i «riflettori» sui punti oscuri del percorso argomentativo seguito dall'Avvocato Generale; tali punti oscuri riguarderebbero, principalmente, le affermazioni sulla presunzione di riconducibilità dell'intero Titolo IV della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue – «Solidarietà» – nel novero dei poco giustiziabili principi, anziché in quello dei diritti. Sul punto, a seguito di una ricostruzione delle coordinate identitarie dell'art. 27 della Carta, quest'ultimo viene ricondotto al *genus* dei principi *ex art.* 51 (26), sulla base di una serie di indici presuntivi di carattere logico-sistematico, che inducono l'Avv. Gen. ad affermare che non solo il diritto all'informazione e consultazione, ma molti dei diritti inclusi nel Titolo «Solidarietà», proprio in quanto «costituito per la maggior parte da diritti considerati sociali riguardo alla loro sostanza e per il cui contenuto vengono preferite formulazioni come quelle dell'articolo 27 della Carta» (ossia affette da una certa genericità e da un rinvio all'attuazione da parte del legislatore) sarebbero appartenenti alla categoria dei principi (27).

Questa affermazione dell'Avvocato Generale non può essere contestata, per varie ragioni; alcune di carattere di stretto diritto positivo: i dati normativi della Carta e in particolare il Titolo IV presuppongono di frequente (nella maggior parte dei casi) «l'esercizio del potere di mandato del legislatore»; ciò, in alcuni casi, è *self-evident* [basti pensare agli artt. 35 («Protezione della salute»), 36 («Accesso ai servizi d'interesse economico generale»); 37 («Tutela dell'ambiente»)]. Da questo punto di vista, la puntuale analisi strutturale che fa l'Avv. Gen. Villalón dell'art. 27 non fa una grinza (28).

(26) Ai sensi dell'art. 51, «le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati».

(27) Conclusioni, *Ams*, par. 55.

(28) Sul punto, si legge nelle Conclusioni: «Ritengo che gli argomenti che inducono ad ascrivere il contenuto dell'articolo 27 della Carta alla categoria dei "principi" prevalgano su quelli che condurrebbero alla soluzione opposta. Anzitutto, una ragione di ordine strutturale conferma che si tratta di un mandato ai pubblici

L'intensa linea argomentativa pare difficilmente confutabile anche in punto di teoria costituzionale in generale, e con riguardo alla teoria dei diritti sociali in particolare: chi ha un minimo di frequentazione del dibattito storico costituzionale italiano sa bene che sin dal suo *incipit* gli sforzi della dottrina costituzionale e della stessa Corte si sono concentrati sulla distinzione (con riguardo ai diritti fondamentali) tra norme costituzionali programmatiche e precettive (29). A questo dibattito non

poteri [...]. Infatti, al di là della proclamazione stessa del diritto, e del conseguente obbligo di tutelarlo, la portata del diritto direttamente assicurato dalla disposizione è notevolmente circoscritta “nei casi e alle condizioni previsti dal diritto dell’Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali”. Questo conferma che la disposizione rinuncia a definire una situazione giuridica soggettiva, lasciando al legislatore dell’Unione e a quello nazionale il compito di concretizzare il contenuto e gli scopi enunciati dal “principio”. È vero che vengono “garantite” “l’informazione e la consultazione” a una categoria di titolari, quella dei lavoratori. Tuttavia, non vengono specificati il tipo di informazione e le modalità della consultazione, né si precisa a quali livelli o attraverso quali rappresentanti esse debbano avere luogo. Il contenuto è così indeterminato da poter essere inteso solo come un mandato politico affinché i pubblici poteri prendano in considerazione le misure necessarie per garantire un diritto. Così, la disposizione non definisce una situazione giuridica soggettiva, bensì impone ai pubblici poteri di determinare un contenuto oggettivo (l’informazione e la consultazione dei lavoratori) e taluni obiettivi (l’effettività dell’informazione, la rappresentatività in funzione dei livelli, la sufficiente tempestività). Vi è anche un argomento sistematico. Il gruppo dei diritti inclusi nel Titolo “Solidarietà” è costituito per la maggior parte da diritti considerati *sociali* riguardo alla loro sostanza e per il cui contenuto vengono preferite formulazioni come quelle dell’articolo 27 della Carta. In altre parole, sussisterebbe una forte presunzione che i diritti fondamentali enunciati in detto Titolo appartengano alla categoria dei “principi”. È vero che tale collocazione nella sistematica della Carta non può dar luogo se non a una presunzione; tuttavia, nel caso dell’articolo 27, si tratta di una caratteristica che si aggiunge a quelle già indicate precedentemente. Quanto fin qui esposto è sufficiente a legittimare la mia proposta, come conclusione intermedia, secondo cui il diritto dei lavoratori all’informazione e alla consultazione nell’ambito dell’impresa, quale garantito dall’articolo 27 della Carta, deve essere inteso come un “principio” ai sensi degli articoli 51, paragrafo 1, e 52, paragrafo 5, della medesima» (Conclusioni, *Ams*, parr. 53 ss.).

(29) La distinzione, elaborata dalla Corte di Cassazione nella vigenza della VII disp. trans., tra norme programmatiche e precettive appartiene ormai alla storia del diritto costituzionale, dopo che la Corte costituzionale italiana, nella sua prima sentenza, stabilì l’irrelevanza della distinzione, «nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare [...] anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche» (Corte cost., sentenza n. 1/1956). Su tali vicende, si vd. il classico lavoro di V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, pp. 51 ss.; più recen-

sono rimasti di certo estranei la dottrina giuslavorista e lo stesso diritto giurisprudenziale vivente: basti pensare alle alterne vicende interpretative degli artt. 4 (diritto al lavoro) e 36 (diritto alla retribuzione sufficiente) della Costituzione. La stessa teorica dei diritti sociali si muove lungo il crinale insidioso e a volte opaco tra diritti sociali condizionati e incondizionati (30), ove la condizionalità rinvia proprio a quel mandato al legislatore di cui parla convincentemente l'Avvocato Cruz Villalón (31), che altro non fa che mettere in chiaro, a partire da una disposizione particolare, l'art. 27 della Carta, come funziona quella norma in termini di effettività, nel sistema dell'Ue, fissando quindi un paletto di certezza giuridica, puntellato da argomenti di sofisticata razionalità giuridica.

Né, d'altra parte, nelle Conclusioni dell'Avv. Gen. si fa alcun riferimento ai diritti di azione e negoziazione collettiva di cui all'art. 28 della Carta: norma che sollecita sempre le sensibilità giuslavoristiche più acute (32). Con riguardo a tale disposizione, è peraltro noto che la giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia, pur nell'ambito delle ampiamente disputate pronunce del cd. *Laval quartet*, aveva tributato all'art. 28 della Carta la natura di «diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario» (33). Che non ci sia motivo di sospettare del pensiero dell'Avv. Gen. Cruz Villalón su questo punto è lui stesso a chiarirlo, in un fondamentale passaggio delle Conclusioni rese nel caso *Santos Palbota* (34), ove chiarisce, in ma-

temente S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, pp. 40 ss.

(30) Per tutti, A. Baldassarre, voce *Diritti sociali*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XI, 1989.

(31) Sul riferimento ai principi della Carta dei diritti fondamentali come «mandato ai pubblici poteri», si vedano le affermazioni dell'Avv. Gen. Cruz Villalón riportate *supra*, nota 28.

(32) Cfr. M. Delfino, *La Corte e la Carta: un'interpretazione «utile» dei diritti e dei principi sociali fondamentali. Considerazioni a partire dal caso Association de médiation sociale*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.INT, 2014, n. 103, pp. 3 ss.

(33) Corte Giust. 11 dicembre 2007, C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union c. Viking Line Abp e OÜ Viking Line Eesti*, par. 44; e con identica formulazione Corte Giust. 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet*, par. 91. Di recente, è tornato a misurarsi con la giurisprudenza della Corte nel *Laval quartet* G. Fontana, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.INT, 2014, n. 104, p. 29.

(34) Conclusioni dell'Avvocato Generale Cruz Villalón presentate il 5 maggio 2010, in C-515/08, *Santos Palbota e altri*, par. 53.

niera inequivoca, cosa pensa del rapporto tra libertà economiche e diritti sociali collettivi: «l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona implica che, qualora le condizioni di lavoro si presentino come motivi imperativi d'interesse generale che giustificano una deroga alla libera prestazione dei servizi, esse non devono più essere interpretate restrittivamente. Nella misura in cui la protezione del lavoratore diventa un fattore meritevole di essere tutelato direttamente dai trattati, non ci troviamo più dinanzi a una mera deroga a una libertà, né, tantomeno, dinanzi a una deroga non scritta e ricavata dalla giurisprudenza. Il nuovo sistema del diritto primario, imponendo obbligatoriamente un elevato grado di protezione sociale, sta facendo sì che gli Stati membri, in nome della salvaguardia di un determinato livello di protezione sociale, possano giungere a porre limiti a una libertà, e li autorizza a ciò senza che il diritto dell'Unione consideri siffatta limitazione atto straordinario e, in quanto tale, soggetto a una valutazione restrittiva» (35).

Il percorso argomentativo dell'Avvocato Cruz Villalón nelle conclusioni del caso *Association de médiation sociale* è tanto elegante e chiaro quanto articolato, secondo il migliore e più tipico stile degli Avv. Gen. In particolare, dopo aver rubricato come «principio» il contenuto dell'art. 27 della Carta, l'Avv. Gen., con molta nettezza ed efficacia, rispetto alla Corte di Giustizia, contrasta la tesi della mancanza di efficacia orizzontale della Carta, arrivando, con un approccio tutto costruito in punto di *constitutional legal reasoning* a sostenere comunque l'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali, ancorché si presentino secondo il

(35) Con argomentazioni simili, si sofferma sul rapporto di equivalenza gerarchica tra diritti fondamentali e libertà fondamentali e sulla composizione dei conflitti in base al principio di proporzionalità anche l'Avv. Gen. Trstenjak, nelle Conclusioni presentate il 14 aprile 2010, in C-271/08 (parr. 183 ss.), *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*, nelle quali può leggersi che «l'approccio seguito nelle sentenze *Viking Line* e *Laval un Partneri* – secondo cui i diritti sociali fondamentali riconosciuti dal diritto comunitario non sono di per sé idonei a giustificare, nel rispetto del principio di proporzionalità, la restrizione di una libertà fondamentale, essendo invece sempre necessaria l'individuazione di una causa giustificativa, scritta o non scritta, inerente al diritto fondamentale di cui trattasi – si pone alquanto in opposizione con il principio dell'equivalenza gerarchica tra diritti fondamentali e libertà fondamentali. Un siffatto schema valutativo suggerisce infatti l'esistenza di un rapporto gerarchico tra libertà fondamentali e diritti fondamentali, nel quale tali diritti sono gerarchicamente subordinati alle libertà suddette e queste possono di conseguenza essere limitate solo con l'ausilio di una causa giustificativa scritta o non scritta. [...] A mio avviso, tra libertà fondamentali e diritti fondamentali non sussiste un siffatto rapporto».

wording (la struttura giuridica) di principi e non di diritti soggettivi (immediatamente azionabili davanti al giudice) (36).

3.1. — *La Carta alla prova: condizioni di giustiziabilità e operatività dei diritti-principi sociali* — Nel percorso ermeneutico sulle clausole orizzontali intrapreso nelle Conclusioni, l'Avv. Gen. si sofferma su due differenti aspetti della pregnanza giuridica dei principi *ex artt.* 51-52 della Carta, etichettati *sub specie* di a) *condizioni dei giustiziabilità/invocazione* e b) *condizioni di operatività/concretizzazione* dei principi (37).

Per ciò che attiene alle condizioni di giustiziabilità/invocazione – dopo aver ricordato che, ai sensi dell'art 52, comma 5, le disposizioni della Carta che contengono principi «possono essere attuate da atti legislativi ed esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione» –, l'Avv. Gen. si sofferma sul *punctum dolens* della disposizione in commento, enunciato ma mai compiutamente spiegato dagli estensori della Carta, secondo cui le disposizioni contenenti un principio «possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità dei detti atti». All'esito dell'approfondimento esegetico sulla norma, l'Avvocato Generale – dopo aver chiarito che la limitata giustiziabilità dei principi sarebbe da riferirsi alla loro funzione «depuratrice di norme e atti» (38) –, seguendo i canoni dell'interpretazione teleologica, si misura con il tentativo di rintracciare una nozione utile della formulazione contenuta nell'art. 52, paragrafo 5, della direttiva; escludendo che la nozione di «atti» che possono costituire oggetto dello scrutinio di compatibilità con i principi sanciti dalla Carta possa

(36) Conclusioni, *Ams*: «Anzitutto, è appena il caso di rilevare che, nella struttura della Carta, tutti i suoi contenuti devono essere ascritti alla categoria generale che le dà il titolo: quella dei “diritti fondamentali”. In altre parole, nessun elemento della Carta, nelle sue determinazioni sostanziali, deve rimanere escluso dalla categoria dei “diritti fondamentali”. [...] Spesso, infatti, sia nella stessa Carta che secondo le tradizioni costituzionali degli Stati membri, si attribuisce la qualificazione di “diritti”, o “diritti sociali”, a quei contenuti sostanziali afferenti alla materia sociale che, in quanto da essi non derivano situazioni giuridiche soggettive direttamente azionabili, operano solo attraverso la mediazione o concretizzazione da parte dei pubblici poteri. Essi costituiscono “diritti” (sociali) per la materia in cui si collocano, o per la loro identità, e “principi” in ragione della loro operatività» (parr. 44 ss.).

(37) Conclusioni, *Ams*, parr. 57 ss.

(38) Mentre sarebbe da escludere la possibilità di fondare direttamente su di essi un diritto soggettivo (Conclusioni, *Ams*, par. 68).

riferirsi esclusivamente agli «atti di attuazione normativa che provengono contenuto al principio» (39). Con riferimento alle condizioni di operatività/concretizzazione dei principi, l'Avv. Gen. enumera una serie di indizi che lo inducono a ritenere che proprio l'art. 3 della Direttiva n. 2002/14 costituisca «un buon esempio di [...] atti di concretizzazione essenziale e immediata di un “principio”», con una previsione idonea «a essere integrata nel contenuto azionabile dello stesso» (40) e a fungere, in combinato disposto con il principio oggetto di integrazione, da parametro di valutazione della validità degli altri di attuazione (41).

La costruzione teorica del peculiare modello ermeneutico costituito da principi della Carta integrati da disposizioni di concretizzazione è ulteriormente esplicitata nel prosieguo delle Conclusioni. All'esito di questo percorso interpretativo, dunque, si perviene ad affermare l'invocabilità del parametro integrato di legittimità comunitaria costituito da principi della Carta-disposizioni di concretizzazione e ad ammettere la possibilità che il modello in questione possa essere fatto «valere in una controversia fra privati, con eventuale conseguente disapplicazione della normativa nazionale» (42).

L'operazione è abilmente condotta, in termini di retorica argomentativa e impianto concettuale, con il risultato di una equilibrata crasi tra argomento costituzionale (la preminenza e l'effettività dei diritti oltre la sterilità dell'argomento dell'efficacia orizzontale) (43) e argomento te-

(39) Con un avvitamento interpretativo, giustamente definito dall'Avv. Gen. nei termini di un circolo vizioso, secondo cui «siffatti atti normativi di attuazione dovrebbero essere controllati alla luce di un principio il cui contenuto, come dichiarato all'articolo 27 della Carta, è precisamente quello ricevuto da siffatti atti normativi di attuazione. [...] È, quindi, giocoforza considerare che l'ambito degli atti la cui interpretazione e il cui controllo è concesso dalla seconda frase dell'articolo 52, paragrafo 5, è differente e più ampio rispetto a quello degli atti di concretizzazione normativa. Più precisamente, potranno essere invocati dinanzi ai giudici con gli altri atti di attuazione tutti quegli atti di attuazione che vadano al di là della concretizzazione essenziale e immediata del “principio”. In caso contrario verrebbe meno l'effetto utile sia dell'articolo 27 che della sua garanzia giurisdizionale di cui alla seconda frase dell'articolo 52, paragrafo 5, della Carta» (Conclusioni, par. 69 ss.).

(40) Conclusioni, *Ams*, par. 66.

(41) Conclusioni, *Ams*, par. 71.

(42) Conclusioni, *Ams*, par. 80.

(43) Questa operazione ermeneutica consente all'Avv. Gen. di ritenere superata – una sorta di falso problema – la questione della limitazione degli effetti orizzontali della Carta che deriverebbe, secondo parte degli interpreti, dalle sue clausole orizzontali; in tal senso, nelle Conclusioni, l'Avv. Gen. si adopera per «smonta-

leologico interno alla logica del diritto dell'Ue (e secondo il quale l'effetto utile del diritto dell'Unione giustificherebbe la disapplicazione della normativa di attuazione illegittima). Un simile approccio interpretativo fa delle Conclusioni dell'Avv. Gen. Villalón un esempio di alto livello dello stile e dell'approccio discorsivo, cognitivamente e culturalmente aperto alla grammatica dei diritti fondamentali, degli Avvocati Generali, scevro, in questo caso, da ogni retorica o enfasi costituzionale, perché costituito anche in punto di tecnica di diritto dell'Unione.

La circostanza che l'atto di concretizzazione essenziale e immediata del principio si configuri, nel caso di specie, come una direttiva è oggetto, infatti, di uno specifico approfondimento; in particolare, oggetto di indagine è l'eventualità che l'apertura al meccanismo del combinato disposto principio della Carta-Direttiva di attuazione possa confliggere con il (apparentemente intangibile) dogma dell'assenza di effetti orizzontali delle direttive (44). Consapevole della portata potenzialmente dirompente, in linea teorica e pratica, della tesi sostenuta, l'Avvocato Cruz Villalón ne propone una pragmatica sdrammatizzazione, degna di un giurista di cultura anglosassone piuttosto che di cultura costituzionale continentale (45). Ciò in ragione di due ordini di fattori: da un lato,

re» ciò che definisce «un equivoco», ossia «la tesi secondo cui la Carta conterrebbe una disposizione relativa all'efficacia, o, più esattamente, alla mancanza di efficacia, dei diritti fondamentali nei rapporti tra privati. Secondo questa tesi, tale disposizione sarebbe l'articolo 51, paragrafo 1, primo periodo, ai sensi del quale «le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni (...) dell'Unione (...), come pure agli Stati membri...» (Conclusioni, *Ams*, parr. 28 ss.).

(44) Si tratta peraltro di un dogma notevolmente – mai esplicitamente, tuttavia – soggetto a erosione, nel corso degli anni, nella prassi giudiziaria della Corte di Giustizia, con diversi strumenti interpretativi: «*by the Court of Justice's broad conception of the State; by requiring national law to be interpreted in a manner that is consistent with EU law; by requiring national law to be set aside if it has not met with procedural or technical requirements laid down in a directive; and, most recently, by allowing a directive to have horizontal direct effect where it constitutes the specific expression of a general principle of EU law such as that of non-discrimination as found in Article 21 of the Charter (the rule in Küçükdereveci)*» (così C. Murphy, *Using the EU Charter of Fundamental Rights Against Private Parties after Association De Médiation Sociale*, in corso di pubblicazione in *European Human Rights Law Review*, 2014, n. 2, pp. 170 ss.).

(45) Un ulteriore tassello della sdrammatizzazione, proposta dall'Avv. Gen., della situazione di incertezza giuridica potenzialmente derivante dall'apertura al meccanismo di applicazione orizzontale dei principi della Carta – mediata dall'integrazione di una direttiva di attuazione – è costituito da una interessante rimediatazione della dottrina *Francoovich* (per alcuni approfondimenti sul punto, si vd. anche *infra*, nota 58). Come è noto la dottrina *Francoovich* è invocabile, nei confronti

grazie a una tematizzazione particolarmente restrittiva del concetto di direttiva che «costituisce attuazione immediata e diretta di un principio» (46); dall'altro, per la compatibilità del modello suggerito con «l'evoluzione della giurisprudenza della Corte», la quale, secondo l'Avv. Gen., avrebbe in passato ammesso «un controllo oggettivo della legittimità di atti nazionali alla luce di direttive in controversie *inter privatos*» (47).

dello Stato, da parte di un privato che si ritenga danneggiato dal mancato riconoscimento, derivante da mancata trasposizione o trasposizione non corretta di una direttiva, di un diritto attribuito dal diritto comunitario (ma non immediatamente applicabile nei rapporti orizzontali). Con riferimento alla parte privata che potrebbe vedersi imporre, in forza del meccanismo delineato nelle Conclusioni, un obbligo imprevisto, l'Avvocato Generale formula una proposta di ribaltamento della tradizionale prospettiva applicativa della giurisprudenza *Francoovich*. Sulla base della premessa secondo cui, nei casi in cui la disposizione invocata in una controversia tra privati sia «costituita da un "principio" della Carta [...] è ragionevole che l'onere del risarcimento ricada su colui che ha beneficiato del comportamento illegittimo, e non sul titolare del diritto derivante dalla concretizzazione del [...] "principio"», l'Avv. Gen. prospetta la possibilità che il «privato che subisca un danno per effetto dell'assunzione imprevista di un obbligo, sopravvenuto a causa di un comportamento illegittimo di uno Stato membro, [possa] chiedere a quest'ultimo, se del caso, di risarcire i danni sofferti a motivo di tale illegittimità» (Conclusioni, *Ams*, par. 79).

(46) E, infatti, «la disposizione o le disposizioni di una direttiva che, per ipotesi, possono concretizzare in modo essenziale e immediato il contenuto di un "principio" non sono numerose, tutt'altro. A tale proposito credo che questo tipo di norme possa essere interpretato in senso fortemente restrittivo, di modo che il risultato sia perfettamente sostenibile dal regime della categoria normativa di cui esse fanno parte, ossia le direttive. In altri termini, la concretizzazione essenziale e immediata di una disposizione della Carta è una funzione che deve essere considerata puntuale e comunque "individualizzabile". In ogni caso, il numero di disposizioni di una direttiva che svolgono tale funzione è molto limitato, così che la giurisprudenza costante e consolidata in questa delicata materia dovrebbe poter essere mantenuta riguardo alla quasi totalità delle disposizioni contenute nelle direttive presenti e future» (Conclusioni, *Ams*, par. 76). In questa prospettiva, dunque, in un ragionevole lasso di tempo, con il consolidarsi della prassi giurisprudenziale sul punto, il novero delle direttive appartenenti al *genus* degli atti di concretizzazione potrebbe diventare agevolmente «individualizzabile» (e dunque sopire le preoccupazioni sull'incertezza giuridica derivante dall'operazione ermeneutica proposta dall'Avv. Gen.).

(47) La Corte di Giustizia avrebbe già condotto una simile operazione di utilizzo mediato delle direttive nelle controversie orizzontali, in diverse ipotesi, e, segnatamente, nelle sentenze «*Cia Security, Mangold*, o *Küçükdeveci*, per citare solo le più significative» (Conclusioni, *Ams*, par. 77). Secondo l'Avv. Gen., peraltro, la situazione di incertezza giuridica suscettibile di derivare dalla soluzione proposta

3.2. — *Minimalismo argomentativo e interpretativo. La Corte e la Drittwirkung dei diritti fondamentali dal caso Küçükdeveci al caso Ams* — «L'articolo 27 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, da solo o in combinato disposto con le norme della Direttiva n. 2002/14/Ce [...] deve essere interpretato nel senso che esso – ove una norma nazionale di trasposizione di detta direttiva [...] sia incompatibile con il diritto dell'Unione – non può essere invocato in una controversia tra privati al fine di disapplicare tale norma nazionale» (48).

Già nel dispositivo laconico, minimalista, riproduttivo di formule consuete e quasi stereotipate, sta tutta la differenza – prima ancora di stile e di *legal reasoning* che di contenuti – tra la sentenza della Corte di Giustizia e le approfondite analisi dell'Avvocato Generale (49). E, infatti, come si è anticipato nel precedente paragrafo, tanto il circuito interpretativo e motivazionale quanto gli esiti dell'operazione ermeneutica realizzata dai giudici del Lussemburgo divergono profondamente da quelli dell'Avvocato Generale Cruz Villalón. La questione giuridica sottoposta all'analisi della Corte e coinvolgente una intricata matassa di questioni giuridiche fondamentali, con riferimento ai margini di applicabilità del diritto primario dell'Unione (al quale la Carta appartiene), viene affrontata e risolta, in maniera piuttosto minimalista, nel breve volgere di nove paragrafi (tanti sono i capoversi della sentenza dedicati all'analisi degli effetti dell'art. 27 della Carta nelle controversie interpretate). Se un simile stile motivazionale possa ritenersi conforme con il

potrebbe considerarsi destinata, fisiologicamente, a ridursi, una volta trascorsa una «prima fase di consolidamento della Carta, come avviene in modo del tutto naturale nei primi anni di vita di una dichiarazione di diritti in un ordinamento costituzionale. Con il passare del tempo, detto contenuto si consoliderà e delimiterà la giustiziabilità dei “principi” della Carta, indicando sia ai pubblici poteri che ai cittadini quale tipo di controllo possa essere effettuato dai giudici, ed entro quali limiti. Tale risultato non può che contribuire a rafforzare la certezza del diritto nell'attuazione di uno strumento fondamentale per l'ordinamento dell'Unione quale è la Carta, e in particolare nell'attuazione dei “principi” enunciati al suo articolo 52, paragrafo 5» (Conclusioni, *Ams*, par. 78).

(48) Così recita il dispositivo della pronuncia della Corte (Corte Giust., *Ams*).

(49) Si rinvia a G. Itzcovich, *The Constitutional Reasoning in the European Court of Justice*, in *Conreasion Project Working Paper*, 2013; G. De Burca, *After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, n. 2, p. 177, la quale analizza l'origine e il permanere, malgrado alcune evoluzioni, di un «*default style of the vast majority of CJEU rulings [...] fairly formulaic and minimalists*».

ruolo di «*human rights adjudicator*» (50), spettante alla Corte a seguito delle modifiche del quadro istituzionale derivanti dal Trattato di Lisbona e dall'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali, è quantomeno revocabile in dubbio. Alla luce delle esili motivazioni del caso *Ams*, pare evidente che la Corte, soprattutto quando si trova dinnanzi a diritti sociali, abbia una sicura propensione ad azionare il «freno motore»; al contrario di quanto accade nelle ipotesi in cui siano coinvolte altre «generazioni» di diritti fondamentali, nelle quali i giudici dell'Ue si misurano anche con argomentazioni più distese e meno trattenute (51).

Sulle questioni giuridiche sottoposte alla sua interpretazione pregiudiziale, infatti, senza tentare nemmeno di sciogliere il nodo della portata della Carta dei diritti fondamentali nelle controversie orizzontali, i giudici comunitari si limitano a rilevare la non autosufficienza della disposizione invocata nel caso di specie e l'impossibilità di estrapolare, dal mero «tenore letterale» della stessa, il divieto – desumibile dall'articolo 3, paragrafo 1, della Direttiva n. 2002/14 – di escludere dal calcolo degli effettivi di un'impresa una determinata categoria di lavoratori (52).

Altro tassello della costruzione giuridica che induce la Corte a negare l'efficacia orizzontale dell'art. 27 della Carta è costituito dal confronto con la pronuncia *Kücükdeveci* (53). Sebbene le assonanze tra i due casi non vadano eccessivamente enfatizzate, è la stessa Corte che esterna il proposito di ripercorrere la sua giurisprudenza precedente, utilizzando la tecnica dell'autocitazione del precedente giurisprudenziale, di frequente rinvenibile nella prassi della Corte di Giustizia Ue (54). In questo contesto, la dottrina *Kücükdeveci* viene richiamata per dedurne la non ripetibilità nel caso di specie, a causa delle differenti caratteristiche delle disposizioni della Carta invocate nei due casi: il principio di non discriminazione in base all'età «sancito dall'articolo 21», «di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto

(50) L'evocativa espressione è utilizzata da G. De Burca, *op. ult. cit.*, p. 168.

(51) Per un'analisi delle alterne vicende interpretative della Carta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte, cfr. C. Barnard, *The Charter, the Court and the Crisis*, in *Legal Studies Research Paper Series University of Cambridge*, 2013, n. 18, la quale sottolinea la predisposizione della Corte a un utilizzo diretto e *hard* della Carta nelle controversie riguardanti alcuni diritti individuali/civili (*privacy*, non discriminazione ecc.). Sul punto, si veda comunque *infra*, par. 4.

(52) Corte Giust., *Ams*, par. 46.

(53) Corte Giust. 19 gennaio 2010, C-555/07, *Seda Küçükdeveci contro Swedex GmbH & Co. Kg.*

(54) G. Itzcovich, *op. ult. cit.*

tale» (caso *Küçükdeveci*) (55); il diritto all'informazione e consultazione ai sensi dell'art. 27 della Carta (caso *Ams*), non autosufficiente né idoneo a essere invocato ai fini della disapplicazione di una disposizione nazionale, nemmeno nelle ipotesi di una sua lettura «in combinazione con le norme della Direttiva n. 2002/14» (56). Una simile conclusione lascia desumere l'irrilevanza della Carta – e segnatamente del suo articolo 27 – nella linea di argomentazione prescelta dalla Corte di Giustizia; e, infatti, dopo aver smentito la possibilità di invocare il combinato disposto tra una disposizione «incompleta» della Carta e la normativa espressamente devoluta alla sua attuazione, i giudici hanno risolto il caso *Association de médiation sociale* come una qualsiasi controversia tra privati nella quale venga in questione l'applicabilità orizzontale di una direttiva, ossia: vagliando le possibilità di ricorrere allo strumento dell'interpretazione conforme (57) e, successivamente, riferendosi alla classica giurisprudenza *Francoovich* (58).

(55) Corte Giust., *Ams*, par. 47.

(56) Corte Giust., *Ams*, par. 49.

(57) Nel caso di specie, la Corte arriva a scartare, dal novero delle opzioni applicative a sua disposizione, il ricorso allo strumento dell'interpretazione conforme, dal momento che, come è noto, l'obbligo del giudice nazionale di interpretare il diritto interno «alla luce del testo e della finalità di tale direttiva per giungere a una soluzione conforme all'obiettivo perseguito da quest'ultima» incontra un limite invalicabile «nei principi generali del diritto e non può servire da fondamento per un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale»; pertanto, posta la chiarezza del contenuto dispositivo dell'articolo L. 1111-3 del *code du travail* (e l'inevitabilità del suo contrasto con la direttiva), lo stesso non può essere adeguato, in via interpretativa, al diritto dell'Ue (Corte Giust., *Ams*, par. 38 ss.).

(58) Sul funzionamento del «meccanismo» *Francoovich* – sviluppato dai giudici sovranazionali a partire dalla pronuncia resa in Corte Giust. 19 novembre 1991, C-6/90, *Andrea Francoovich e altri contro Repubblica italiana* – a distanza di più di un ventennio dalla sua prima formulazione, si vd. T. Lock, *Is private enforcement of EU law through State liability a myth? An assessment 20 years after Francoovich*, in *Common market law review*, 2012, n. 5, p. 1675. La giurisprudenza *Francoovich* rappresenta, come è noto, l'*ultima ratio* in termini di protezione dei diritti derivanti dall'appartenenza all'Ue, nelle ipotesi in cui, con riferimento a direttive invocate in controversie tra privati, non sia possibile fare ricorso allo strumento dell'interpretazione conforme. Ciò nel perdurante rifiuto, da parte della Corte di Giustizia, di ammettere la possibilità, nei rapporti interprivati, di una efficacia o «invocabilità di esclusione» delle direttive, talvolta prospettata dagli Avvocati Generali nelle Conclusioni come rimedio al *deficit* di effettività del diritto dell'Unione, ma sempre ignorata dalla Corte. Sul punto, cfr. P.V. Figueroa Regueiro, *Invocability of Substitution and Invocability of Exclusion: Bringing Legal Realism through the Current Development of the Case Law or «Horizontal» Direct Effect Of Directives*, in *Jean Monnet Working Paper*,

Né paiono del tutto convincenti le affermazioni formulate dalla Corte con riferimento al «precedente» *Kücükdeveci*; e ciò per due ordini di ragioni: in primo luogo, diversamente da quanto la lettura della sentenza in esame potrebbe indurre a ritenere, la regola di diritto risolutiva della controversia *Kücükdeveci* non è risieduta tanto nell'art. 21 della Carta quanto, piuttosto, nel principio generale di diritto dell'Unione di non discriminazione in base all'età, in combinato disposto con la Direttiva n. 2000/78, e del quale la direttiva costituisce una espressione concreta (59). Non pare dunque che il caso *Kücükdeveci* possa essere richiamato *tout court* quale positiva esemplificazione del dispiegamento di effetti orizzontali della Carta dei diritti dell'Ue.

In secondo luogo, poi, nemmeno la tesi dell'autosufficienza del principio di non discriminazione per età – che varrebbe, nel ragionamento dei giudici comunitari, a differenziare il caso *Kücükdeveci* da quello in commento – sembra del tutto esente da obiezioni: e, infatti, è appena il caso di rilevare che, anche nella pronuncia *Kücükdeveci*, la Direttiva n. 2000/78 – lungi dall'essere stata invocata con una mera funzione confermativo-retorica del principio di non discriminazione per età – si era inserita nel «circuito decisionale finale» (60) dei giudici comunitari per almeno due profili decisivi ai fini della risoluzione della questione di diritto sottoposta alla Corte (61).

A ogni modo, da questa attribuzione «postuma» dell'etichetta di *case study* sull'applicazione orizzontale della Carta, conferita alla pronuncia resa in *Kücükdeveci*, è possibile desumere almeno un possibile corollario positivo: la dichiarazione dell'efficacia orizzontale, senza se e senza ma, dell'art. 21 della Carta (e con essa, verosimilmente, del divieto di di-

2002, n. 7; V. Papa, *Il fattore new-comer di discriminazione e il suo contemperamento con le politiche sociali nazionali*, in *Dir. lav. merc.*, 2011, n. 1, pp. 81 ss.

(59) Si vd. il dispositivo della pronuncia *Kücükdeveci* (Corte Giust., *Kücükdeveci*).

(60) L'immagine è utilizzata da B. Caruso, M. Militello, *La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000-2008)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, n. 2, III, p. 159.

(61) In questa sede basterà ricordare che, nel caso *Kücükdeveci*, da un lato, una disposizione della Direttiva – l'art. 3 – ha consentito la riconducibilità della disposizione controversa nel raggio d'azione del diritto comunitario e, dall'altro, è stato proprio all'esito dell'esame condotto sui parametri delineati dall'art. 6.1. che è stata affermata la «ingiustificabilità» della disposizione tedesca (e dunque il suo contrasto con il principio generale di non discriminazione per età). Sulla complessa operazione ermeneutica realizzata dalla Corte cfr. V. Sciarabba, *Dopo Mangold la Corte di Giustizia torna sul rapporto tra principi generali, direttive e norme interne*, in *Diritto pubblico e comparato europeo*, 2010, 2, p. 376.

scriminazione per tutti i fattori di rischio in esso enumerati) (62). È vero che, visti i trascorsi comunitari del diritto antidiscriminatorio, in generale, e del principio generale di non discriminazione per età, in particolare, non è forse un'affermazione rivoluzionaria – ciò dal momento che la non discriminazione è un vero e proprio principio *mainstreaming* del diritto dell'Ue, fin quasi dai suoi albori –, ma si tratta comunque di un importante punto di arrivo, nella «faticosa marcia» (63) verso la *Drittwirkung* della Carta dei diritti fondamentali (64).

4. — *La Carta, la Corte, i diritti sociali e il futuro...* — La pronuncia in commento potrebbe costituire un'ulteriore ghiotta occasione, per chi, dopo il *Laval quartet*, predilige, come approccio alla giurisprudenza della Corte in materia di diritti sociali, la pratica del «tiro al piccione» (65). E occorre riconoscere che la Corte di Giustizia non perde neanche questa occasione per assumere le sembianze dello sfortunato uccello, anzi sembra, quasi masochisticamente, godere di questo ruolo. Vi entra, infatti, nei panni neppure con spirito sacrificale.

Come si è visto nelle pagine che precedono, la sentenza *Ams* palesa quasi un atteggiamento di noncuranza della Corte rispetto agli effetti che produce (la rilevata stringatezza e povertà della motivazione) in chiave di delegittimazione del contenuto della Carta; noncuranza che finisce per apparire, ai suoi interlocutori, una ingiustificata e poco ragionata ostinazione (pertanto irritante) nel negare un qualche effetto utile al combinato disposto della direttiva e dell'art. 27, e quindi per dare rilievo giuridico ai diritti collettivi di nuovo conio (i diritti di informazione e consultazione) inseriti nella Carta dei diritti fondamentali. Tale sentenza conferma che la Corte si muove a vista, caso per caso, in assenza di una propria strategia costituzionale ad ampio spettro, che possa

(62) Ai sensi dell'art. 21 della Carta, «è vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza a una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale».

(63) L'espressione è mutuata da B. Veneziani, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *q. Riv.*, 2000, n. 4, I, p. 779.

(64) Cfr. V. Piccone, *Una importante sentenza della Corte di Giustizia Ue in materia di diretta applicabilità delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/>.

(65) Nello stesso senso, sostanzialmente, M. Weiss, *The potential of the Treaty has to be used to its full extent*, in *European Labour Law Journal*, 2013, n. 1, p. 25.

fungere da bussola per casi diversi. È questo forse il limite maggiore del suo profilo, ancora incerto, di alta Corte costituzionale europea.

Ciò, soprattutto, a fronte di conclusioni come quelle dell'Avvocato Cruz Villalón, che costituivano, sotto il profilo dell'argomentazione costituzionale, ma anche di stretta tecnica ermeneutica, più di un piatto d'argento offerto alla Corte, per iniziare ad affermare l'efficacia orizzontale e l'effettività giudiziale dei diritti sociali di natura collettiva; con la possibilità di compiere un decisivo passo in avanti, dunque, rispetto alle acquisizioni già prodotte con riguardo al principio di uguaglianza e non discriminazione (66). Nel caso *Ams*, peraltro, non c'era neppure la necessità di rinfocolare le polemiche sul bilanciamento con le libertà economiche fondamentali, non rilevando, nella fattispecie, un tale problema. Quel che lascia particolarmente perplessi, come ha rilevato un'acuta dottrina francese (67), è il fatto che la Corte non ha avuto neppure bisogno di affermare la natura di diritto fondamentale dell'art. 27 – come era avvenuto, un po' ipocritamente, con riferimento all'art. 28 della Carta, nelle pronunce *Laval* e *Viking* –, per operarne, comunque, una riduzione in termini di effettività e azionabilità; nel caso *Ams*, invece, la Corte si è limitata con scarna, rituale e formulistica decisione, a negare l'efficacia orizzontale della disposizione (letta come principio e non come implicante diritti soggettivi) in ragione dell'errata attuazione della direttiva veicolo.

L'Avvocato Cruz Villalón era stato, invece, oltremodo chiaro nella sua «mediazione» ermeneutica, anche in punto di lettura dell'art. 52, comma 5: le disposizioni di principio della Carta, se comunque veicolate da direttive chiare e incondizionate, vanno direttamente al cuore

(66) Per uno studio sulla dottrina *Mangold* e *Kükükdeveci* della Corte e sull'irrelevanza rispetto a queste decisioni delle opinioni degli Avvocati Generali si rinvia a T. Capeta, *Bringing Clarity to CJEU Decisions? A Case-Study of Mangold and Kükükdeveci*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2012, p. 563.

(67) Come afferma P. Rodiere (*L'information et la consultation des travailleurs dans la Charte des droits fondamentaux: un droit, un principe, rien? Sur l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 15 janvier 2014, Association de médiation sociale*, in *Semaine Sociale Lamy*, 2014, n. 1618, disponibile su <http://www.wk-rh.fr>), «De l'arrêt *Ams*, on peut dire qu'il participe d'un mouvement fort, dans la jurisprudence de la Cour de justice notamment, qui valorise la non-discrimination, mais est loin d'en faire autant s'agissant de la protection des droits collectifs. Du présent arrêt, on ajoutera qu'il montre une forme d'honnêteté qui n'est pas toujours présente dans la jurisprudence de la Cour, aussi prompte à consacrer la valeur fondamentale de droits collectifs qu'à en juguler les effets, que ce soit pour le droit d'action collective (arrêts *Viking* [...]) ou pour le droit de négociation collective, affirmé (arrêt *Commission c. Allemagne* du 15 juil. 2010, aff. C-271/08) et rogné (arrêts *Rüffert*, 3 avr. 2008, aff. C-346/08, et *Laval*, préc.).»

del problema dell'effettività. L'incrocio tra fonte primaria e fonte secondaria, secondo l'Avv. Gen., costituisce l'alchimia giuridica che rende i principi-diritti fondamentali regole implicanti diritti soggettivi azionabili. Il che rende futile – nel senso di riduzione di rilevanza giuridica –, a detta dell'Avv. Gen., la questione dell'efficacia orizzontale delle norme principio contenute nella Carta. Occorre, allora, prendere atto della coraggiosa impostazione ermeneutica dell'Avv. Gen. Villalón: idonea a recuperare margini di effettività per le disposizioni di principio della Carta. Si può tuttavia evidenziare che anche un'argomentazione più «convenzionale» sull'efficacia orizzontale della Carta avrebbe potuto condurre al medesimo risultato. Come ben spiega Dorota Leczykiewicz, in un saggio dedicato all'efficacia orizzontale della Carta dei diritti fondamentali, proprio una situazione come quella del caso *Ams* rientra tra le ipotesi in cui è sostenibile argomentare, con solido fondamento giuridico, l'efficacia orizzontale delle sue disposizioni e in particolare dell'art. 27 (68).

Detto questo, è allora il caso di unirsi a chi ama praticare il tiro al piccione come atteggiamento privilegiato nei confronti della giurisprudenza della Corte sui diritti sociali?

In compagnia di Manfred Weiss (69), verrebbe da dire proprio di no, per le seguenti ragioni:

a) la giurisprudenza della Corte è ambivalente: sicuramente avanzata quando si tratta di affermare certi principi generali dell'Unione (parità, non discriminazione) trasfusi ormai nella Carta, o i diritti civili più tradizionali (70), sino al punto di dichiarare illegittime al cospetto con la Carta anche disposizioni dell'Ue (71); aziona sicuramente il freno

(68) Così Leczykiewicz (D. Leczykiewicz, *Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights*, in *European Law Review*, 2013, 4, p. 484): «where there exists an EU Directive which protects the relevant right but it has not been correctly implemented by the Member State. Absence of correct implementation can consist of situations where incompatible domestic provisions are preserved, the provisions adopted to implement the Directive do not adequately achieve the Directive's objective, or national law is simply silent on the matter. Here the Charter could be used to make the right effective despite absence of correct implementation of the Directives».

(69) Cfr. M. Weiss, *op. ult. cit.*

(70) M. Safjan, *Between Mangold and Omega: Fundamental Rights versus Constitutional Identity*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2012, 3, p. 437.

(71) Così nel caso *Test-Achats* (Corte Giust. 1° marzo 2011, C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats Asbl c. Consiglio dei ministri*), nel quale, in applicazione dei divieti di discriminazione contenuti nella Carta, la Corte di Giustizia Ue ha dichiarato l'invalidità di una direttiva ritenuta in contrasto con essi (cfr. O. Bonardi, L. Calafà, *I contratti di assicurazione alla prova della parità di genere: il caso Test*

quando si trova di fronte ai diritti sociali, specie se di natura collettiva. È, dunque, un approccio ambivalente; sui diritti la Corte non si muove a senso unico, negandoli, tutt'altro: la sua giurisprudenza è molto costruita sui casi concreti – pur non seguendo una strategia e una politica costituzionale coerente e ad ampio spettro – e non si sottrae, comunque, al confronto con i diritti e le strategie di tutela. La visione ordoliberal non è più l'unico orizzonte culturale; la grammatica dei diritti è ormai un libro aperto anche per la Corte di Giustizia, anche per il numero, divenuto molto elevato, delle sentenze che citano e danno rilievo, nel proprio percorso decisionale, alla Carta dei diritti fondamentali. Eppure, la Corte di Giustizia Ue certamente non è, come qualcuno avrebbe magari sperato, soggetto trainante di una prassi giudiziaria mirata a una sistematica costituzionalizzazione dell'ordinamento europeo, fondata sui diritti fondamentali, secondo una visione costituzionalista ortodossa. Sui diritti sociali, poi, è particolarmente prudente. Tutto questo è vero e occorre prenderne atto. Ma chi si sentirebbe di negare che ambivalente, accidentato e non a senso unico è l'intero processo di integrazione politica dell'Ue e la stessa costruzione del modello sociale europeo? I processi storici, come quello storicamente epocale della costruzione dell'Europa unita, non vanno giudicati secondo lo schema luci/ombre, ma secondo lo schema, più pragmatico, dell'ineluttabile *stop and go* che la storia e la complessità dei processi impongono.

b) Questa ambivalenza della giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue, e questa eccessiva prudenza sui diritti sociali, specie di matrice collettiva, si spiegano pure con la natura di nervo scoperto, nei rapporti tra Ue, Stati membri e parti sociali, che tali diritti mantengono. È, notoriamente, la materia più esposta a gelosie degli Stati e pure quella politicamente più destabilizzante e foriera di critiche e delegittimazioni di ogni sorta: la materia tende più di ogni altra a dividere, anche ideologicamente. Il che spiega il fatto che la Corte, nella sua giurisprudenza sui diritti sociali collettivi, ricorda più il Ponzio Pilato di Michail Bulgakov piuttosto che il D'Artagnan di Alexandre Dumas. E ciò è peraltro particolarmente comprensibile in una fase storica, come l'attuale, di particolare incertezza sulle sorti politiche dell'Ue. Questo atteggiamento pilatesco della Corte è confermato anche da respingimenti al mittente, *sub specie* di Corti nazionali (con dichiarazioni di inammissibilità, in

Aebats alla Corte di Giustizia Ue, in *Studium iuris*, 2012, n. 7-8, p. 831). Si veda anche la pronuncia resa dalla Corte in *Volker e Schecke* (Corte Giust. 9 novembre 2010, C-92/09 e C-93/09, *Volker una Markus Schecke GbR e Hartmu Eifert c. Land Hessen*).

quanto non materia di diritto Ue) (72), delle questioni pregiudiziali che hanno riguardato i provvedimenti di austerità fiscale degli Stati, con ricadute sui diritti sociali, a seguito dei trattati considerati internazionali (Tsgc - Fiscal Compact; Efsm; Efsf; Esm) (73). Si tratta evidentemente di un *loophole*, pragmaticamente comprensibile.

Più i casi sollevati toccano il *core* dei diritti sociali, e diventano «politicamente scottanti», più la Corte prudenzialmente si ritrae. Ma questo non potrà durare a lungo perché la talpa, vuoi *sub specie* di alcune dispo-

(72) La Corte di Giustizia Ue si è espressa nel senso dell'inammissibilità, in ragione della non afferenza al diritto dell'Ue, della questione sollevata dal rinvio pregiudiziale del Tribunale di Porto – e relativa alla richiesta di valutare la compatibilità delle riduzioni salariali per i dipendenti pubblici, indotte dai requisiti di condizionalità degli aiuti finanziari concessi alla Repubblica Portoghese, con l'art. 31 della Carta dei diritti dell'Ue – con la pronuncia Corte Giust. 3 marzo 2013, C-128/12, *Sindicato dos Bancários do Norte e altri contro Bpn - Banco Português de Negócios Sa*. Con argomentazioni simili, la Corte si è rifiutata di vagliare la compatibilità con il diritto dell'Ue di alcuni provvedimenti di riduzione salariale, disposti dal legislatore rumeno quali componenti del «pacchetto» di misure di condizionalità richieste in occasione della concessione di aiuti finanziari alla Romania [cfr. Corte Giust. 14 dicembre 2011, C-434/11, *Corpul Național al Polițiștilor c. Ministerul Administrației și Internelor (Mai) e alții*]. In argomento, si vd. C. Barnard, *The Charter, the Court - and the Crisis*, in *Legal Studies Research Paper Series University of Cambridge*, 2013, n. 18, e ivi più specifici riferimenti; A. Lo Faro, *Viaggio al termine della crisi*, in R. Romei, L. Corazza (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, il Mulino, Bologna, 2014. Nel caso portoghese, nelle more della decisione, da parte della Corte di Giustizia, sulla compatibilità con la Carta dei diritti fondamentali dei provvedimenti di austerità incidenti sui lavoratori pubblici, la Corte costituzionale del Portogallo si è espressa, in due occasioni (con le pronunce n. 353/2012 e n. 187/2013), nel senso della parziale incostituzionalità delle misure controverse. In argomento, si vd. A. Monteiro Fernandes, *L'austerità e l'«uguaglianza proporzionale»*. Una sentenza della Corte costituzionale portoghese, in *Law. dir.*, 2013, n. 3, p. 339.

(73) Così, ad esempio, nel caso *Pringle* (Corte Giust. 27 novembre 2012, C-370/12, *Thomas Pringle contro Government of Ireland, Ireland e The Attorney General*). Sui limiti delle tecniche argomentative della Corte, con particolare riferimento al caso *Pringle*, si vd. G. Beck, *The Legal Reasoning of the Court of Justice and the Euro Crisis - The Flexibility of the Court's Cumulative Approach and the Pringle Case*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, n. 4, p. 635. In argomento, cfr. G. Bronzini, *La Carta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, relazione presentata nel corso del convegno su «L'Europa e i diritti: che cosa ha fatto l'Unione europea e che cosa resta da fare. Le sfide della presidenza italiana», tenutosi a Roma il 31 gennaio 2014, presso la Fondazione Basso. Nel dibattito costituzionalistico sulle ricadute costituzionali delle misure europee si rinvia, per tutti, al recente fascicolo monografico della rivista *Quaderni costituzionali* (*Quad. cost.*, 2014, n. 1, con interventi di G. Della Cananea, T.F. Giupponi, A. Morrone e G. Petruzzella).

sizioni dello stesso Trattato di Lisbona (la clausola orizzontale dell'art. 9 TfUe) (74), vuoi *sub specie* di coraggiosa e razionale «controgiurisprudenza» sociale degli Avv. Gen., è destinata a scavare e in profondità, ma con pazienza e senza forzature. Occorre avere pazienza, pertanto, anche quando la Corte è, persino, disposta – come nel caso che si commenta – a sacrificare il suo profilo di alta Corte costituzionale dell'Ue e a subire la concorrenza al rialzo, che, in questo ruolo e in questa materia, incomincia a esercitare la Cedu, come ben argomenta Gráinne De Burca (75).

c) C'è un'altra ragione che spiega la prudenza della Corte, magari eccessiva, come nel caso *Ams*: è una prudenza che deve tenere in conto chi vuole osservare col dovuto distacco scientifico l'evoluzione della sua complessiva giurisprudenza, e non con lo spirito del «tiratore al piccione». La Corte si è assunta da sempre il ruolo di «custode dei trattati», nel bene e nel male: quando ha affermato la primazia del diritto dell'Unione, ma anche quando ha quasi ossessivamente affermato il valore in sé delle libertà economiche (anch'esse fondamentali) e la loro funzionalità all'integrazione dell'Ue, non solo economica ma anche prospetticamente politica; l'evoluzione sociale dei trattati (comprensivi ora della Carta dei diritti fondamentali) è storia relativamente recente; arriva ben dopo il radicamento, nel diritto delle istituzioni europee, della cultura e della pratica giurisprudenziale economicistica e funzionalistica.

Di questo l'osservatore razionale deve prendere atto. Le libertà economiche fanno parte della Costituzione materiale e formale dell'Unione, e sono originarie, costituiscono il suo nucleo originario fondativo

(74) Ai sensi dell'articolo 9 TfUe, «nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana». Sulle potenzialità della clausola orizzontale introdotta dall'art. 9 TfUe, si vd. M. Ferrara, *L'integrazione europea attraverso il «social test»: la clausola sociale orizzontale e le sue possibili applicazioni*, in *q. Riv.*, 2013, n. 2, I, p. 295; F. Lecomte, *Embedding Employment Rights in Europe*, in *Columbia Journal of European Law*, 2011, n. 1, p. 1; M. Weiss, *The potential of The Treaty has to be used to its full extent*, in *European Labour Law Journal*, 2013, n. 1, p. 27; B. Veneziani, *Lisbon Treaty and Labour Law: New Developments but Old Traditions*, in *Bulletin of Comparative Labour Relations*, 2011, p. 165.

(75) G. De Burca, *After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, n. 2.

(76): i diritti sociali collettivi arrivano dopo, molto tempo dopo; il bilanciamento tra le une (le libertà economiche) e gli altri (i diritti sociali) e i relativi corollari e strumenti (il principio di proporzionalità, di ragionevolezza, di necessità, di adeguatezza ecc.) non sono il cavallo di Troia per minare dall'interno la forza sociale delle Costituzioni nazionali. Anzi, vien da dire, sull'onda di una certa giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di concorrenza, che i valori positivi del mercato (efficienza, merito, responsabilità) possono produrre effetti positivi sulle stesse istituzioni sociali perché le rendono più aperte, innovative ed efficaci nel raggiungimento dei loro scopi.

Al di là di questo, le libertà economiche fondamentali costituiscono – e occorre che la cultura riformista ne prenda atto non come male da accettare, ma come valore aggiunto dell'ordinamento sovranazionale – il modo di essere di un modello che si fonda sull'economia sociale di mercato, che è in costruzione, e i cui esiti vanno accompagnati, non negati in ragione della riscoperta del patriottismo sociale costituzionale.

d) Infine, sia consentita una notazione più da storico che da giurista, sollecitata dalla sentenza *AMS*: se la vicenda europea e la sua integrazione politico-sociale è vista con l'occhio lento dello storico non ci si può che «stupire» (nel senso etimologico di provare «meraviglia») del ritmo e della intensità che ha assunto un processo di tale portata negli ultimi 25 anni. Se si guardano gli stessi fatti con l'impazienza politica e giuridica di chi ha sempre sognato, insieme ai grandi padri fondatori, gli Stati uniti d'Europa, magari a immagine e somiglianza della Costituzione italiana, la sensazione che suscita la vicenda può rasentare il pessimismo e il disfattismo antieuropeo, anche da parte di chi si crede portatore in buona fede del più puro credo europeista. In tal caso, risulta sicuramente preferibile l'atteggiamento pacato e ragionevolmente distaccato dello storico.

(76) Sottolinea la «profonda alterità del quadro istituzionale europeo» – idonea a spiegare, in parte, l'approccio della Corte di Giustizia al bilanciamento tra libertà economiche e diritti fondamentali collettivi – rispetto a quello costituzionale interno G. Fontana, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.INT, 2014, n. 104, pp. 47 ss.

CORTE DI GIUSTIZIA UE, 15 gennaio 2014, causa C-176/12, Grande Sezione – Avv. Gen. P. Cruz Villalón – Association de médiation sociale contro Union locale des syndicats Cgt e altri.

Unione europea – Direttiva n. 2002/14/Ce – Diritti di informazione e consultazione dei lavoratori – Criteri di calcolo delle soglie di personale ai fini della creazione di organismi di rappresentanza nei luoghi di lavoro.

Unione europea – Diritti di informazione e consultazione dei lavoratori – Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea – Articolo 27.

L’articolo 3, paragrafo 1, della Direttiva n. 2002/14/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce un quadro generale relativo all’informazione e alla consultazione dei lavoratori, osta a una norma nazionale che esclude alcune categorie di lavoratori dal calcolo delle soglie legali di istituzione degli organismi di rappresentanza del personale. (1)

L’articolo 27 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, da solo o in combinato disposto con le norme della Direttiva n. 2002/14/Ce, deve essere interpretato nel senso che esso non può essere invocato in una controversia tra privati al fine di disapplicare una norma nazionale incompatibile con il diritto dell’Unione. (2)

OSSERVATORIO

LA CORTE COSTITUZIONALE LE DECISIONI NEL TRIMESTRE GENNAIO-MARZO 2014

RAPPORTO DI LAVORO (a cura di Massimo Pallini)

SOMMARIO: 1. Illegittimità dell'art. 8, comma 2, della legge della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia 13 dicembre 2012, n. 25, riguardante il compenso onnicomprensivo in caso di cessazione anticipata dei direttori generali. — 2. Illegittimità della legge della Regione Abruzzo 28 dicembre 2012, n. 71, nella parte in cui prevede che il personale dirigente presente nei ruoli delle aziende per il diritto allo studio universitario è considerato in esubero e transita direttamente nei ruoli regionali, e nella parte in cui stabilisce l'assunzione temporanea delle relative funzioni, in caso di assenza o impedimento del dirigente, da parte del funzionario di grado più elevato con i requisiti per l'accesso alla qualifica dirigenziale, con attribuzione a quest'ultimo del trattamento economico spettante al dirigente. — 3. Illegittimità della legge della Provincia autonoma di Bolzano 17 gennaio 2011, n. 1, nella parte in cui prevede che per il personale che svolge le funzioni dirigenziali a titolo di reggenza la misura prevista per la trasformazione dell'indennità di funzione in assegno personale pensionabile è raddoppiata con decorrenza dall'assunzione delle funzioni dirigenziali in atto. — 4. Illegittimità della legge della Regione Molise 17 gennaio 2013, n. 4, nella parte in cui prevede l'assunzione di personale in violazione del principio di coordinamento con la finanza pubblica e nella parte in cui prevede che al termine della legislatura regionale decadano tutte le figure nominate a vario titolo, ragione o causa dal presidente della Giunta, dalla Giunta regionale e dal Consiglio regionale. — 5. Infondata la questione di legittimità dell'art. 7, comma 6, del decreto legislativo 30 ottobre 1992, n. 449, riguardante le sanzioni disciplinari per il personale di Polizia penitenziaria.

1. — *Illegittimità dell'art. 8, comma 2, della legge della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia 13 dicembre 2012, n. 25, riguardante il compenso onnicomprensivo in caso di cessazione anticipata dei direttori generali* — Il Presidente del Consiglio dei ministri ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8, comma 2, della legge della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia 13 dicembre 2012, n. 25 (Riordino istituzionale e organizzativo del Servizio sanitario regionale), in riferimento agli artt. 81, 97 e 117, comma 3, Cost., in relazione all'art. 17 della legge 31 dicembre 2009, n. 196 (Legge di contabilità e finanza pubblica), e all'art. 1, com-

ma 6, del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 19 luglio 1995, n. 502 (Regolamento recante norme sul contratto del direttore generale, del direttore amministrativo e del direttore sanitario delle unità sanitarie locali e delle aziende ospedaliere). Il ricorrente assumeva che l'articolo citato, nella parte in cui stabiliva che ai direttori generali che decadono dall'incarico venga corrisposto il compenso onnicomprensivo dovuto in caso di cessazione anticipata dello stesso, si porrebbe in contrasto con l'art. 1, comma 6, del d.P.c.m. n. 502 del 1995, secondo il quale «Nulla è dovuto, a titolo di indennità di recesso, al direttore generale nei casi di cessazione dell'incarico per decadenza, mancata conferma, revoca o risoluzione del contratto nonché per dimissioni». In più, il Presidente del Consiglio rilevava che la norma regionale censurata, introducendo un trattamento economico di favore nei confronti della predetta figura di direttore generale, in netto contrasto con quanto dispone la disciplina dettata dal legislatore statale, comporterebbe inevitabilmente una maggiore spesa priva di copertura finanziaria, con conseguente violazione dell'art. 81 Cost. A tale proposito il ricorrente osservava che l'assoluta mancanza di ogni indicazione, che consenta di individuare le modalità di copertura degli oneri connessi alla citata disposizione regionale, riferiti a una spesa collegata all'attribuzione di un vero e proprio diritto soggettivo in capo ai direttori generali delle Aziende sanitarie locali (Asl) decaduti dall'incarico, non terrebbe conto dei principi della vigente normativa contabile, e in particolare di quelli indicati all'art. 17 della legge 31 dicembre 2009, n. 196 (Legge di contabilità e finanza pubblica), che, in attuazione dell'art. 81, comma 4, Cost., prevede che ogni legge che comporti nuovi o maggiori oneri debba indicare espressamente le relative fonti di copertura. La stessa norma regionale, quindi, si porrebbe in evidente contrasto con le vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa, nonché con i principi fondamentali in materia di coordinamento della finanza pubblica, in violazione rispettivamente degli artt. 81 e 117, comma 3, Cost. La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 2, della legge della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia 13 dicembre 2012, n. 25 (1), in riferimento all'art. 81, comma 4,

(1) Corte cost., sentenza 15 gennaio-23 gennaio 2014, n. 4 – Pres. Silvestri, Est. Carosi:

«dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 2, della legge della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia 13 dicembre 2012, n. 25 (Riordino istituzionale e organizzativo del servizio sanitario regionale)».

Cost., affermando e ribadendo che il principio della previa copertura della spesa in sede legislativa è inderogabile e che la forza espansiva dell'art. 81, comma 4, Cost., presidio degli equilibri di finanza pubblica, si sostanzia in una vera e propria clausola generale in grado di invalidare tutti gli enunciati normativi che non sono coerenti con i principi della sana gestione finanziaria e contabile (come già chiarito con la sentenza n. 192 del 2012). Corollario di tale regola è che l'esistenza di oneri nascenti dal contenuto della legge determina la necessità dell'indicazione dei mezzi finanziari per farvi fronte. Verrebbe altrimenti «dissatteso un obbligo costituzionale di indicazione al quale il legislatore, anche regionale (*ex plurimis*, sentenza n. 68 del 2011), non può sottrarsi, ogni qual volta esso preveda attività che non possano realizzarsi se non per mezzo di una spesa» (sentenza n. 51 del 2013). Al contrario, nella legge regionale n. 25 del 2012 non si rinviene alcuna disposizione che preveda la copertura della spesa derivante dall'art. 8, comma 2. Già in precedenza, con riguardo all'incremento e all'integrazione del trattamento economico dei direttori generali, dei direttori sanitari e dei direttori amministrativi degli enti e istituti sanitari, è stato affermato che la mancata indicazione della copertura finanziaria comporta la violazione dell'art. 81 Cost. (sentenza n. 68 del 2011).

2. — *Illegittimità della legge della Regione Abruzzo 28 dicembre 2012, n. 71, nella parte in cui prevede che il personale dirigente presente nei ruoli delle aziende per il diritto allo studio universitario è considerato in esubero e transita direttamente nei ruoli regionali, e nella parte in cui stabilisce l'assunzione temporanea delle relative funzioni, in caso di assenza o impedimento del dirigente, da parte del funzionario di grado più elevato con i requisiti per l'accesso alla qualifica dirigenziale, con attribuzione a quest'ultimo del trattamento economico spettante al dirigente* — Con ricorso notificato, il Presidente del Consiglio dei ministri, ha promosso questioni di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 117, commi 2, lettera l, e 3, della Costituzione, degli artt. 1, comma 1, e 2, commi 5, 6 e 7, della legge della Regione Abruzzo 28 dicembre 2012, n. 71 (Misure per il contenimento dei costi della selezione del personale nella Regione Abruzzo, modifica alla legge regionale n. 91/94 e disposizioni per il funzionamento della struttura del Servizio di cooperazione territoriale – Ipa). In particolare secondo la presidenza del consiglio la disposizione di cui al comma 5 sarebbe incostituzionale perché stabilisce che, in caso di mancato rinnovo o mancato conferimento dell'incarico, il personale dirigente presente nei ruoli delle aziende per il diritto allo studio universitario è considerato in esubero e transita direttamente

nei ruoli regionali. Tale previsione sarebbe difforme dalle procedure previste per le eccedenze di personale dall'art. 33 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. Ne risulterebbe la lesione dell'art. 117, comma 2, lettera l, Cost., che riserva l'«ordinamento civile», e quindi i rapporti di diritto privato regolabili dal codice civile e dai contratti collettivi, alla competenza esclusiva dello Stato. Invece, i commi 6 e 7 dell'art. 2 della legge regionale in oggetto prevedono che, in caso di assenza o impedimento del dirigente, le funzioni di quest'ultimo siano svolte, per tutto il tempo dell'assenza o impedimento, dal funzionario con il grado più elevato che abbia i requisiti per l'accesso alla qualifica dirigenziale, con riconoscimento al sostituto, per il periodo di svolgimento delle predette funzioni, del trattamento economico spettante al dirigente. In tal modo, però, la normativa vigente in materia di pubblico impiego e, pertanto, il già richiamato art. 117, comma 2, lettera l, Cost., sarebbero violati, in quanto l'attribuzione delle funzioni dirigenziali come disciplinata dalla normativa regionale censurata non sarebbe riconducibile né alla «reggenza», in base alla quale il «reggente» non dovrebbe avere diritto ad alcun incremento retributivo, né all'adibizione a mansioni superiori, nella specie, in tesi, preclusa dal passaggio dal livello del comparto a quello della dirigenza. La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, commi 5, 6 e 7, della legge della Regione Abruzzo 28 dicembre 2012, n. 71, in riferimento all'art. 117, comma 3, della Costituzione (2). La norma regionale impugnata considera in esubero i dirigenti delle aziende per il diritto allo studio universitario, presenti nei ruoli di tali enti, ai quali l'incarico non sia stato rinnovato o conferito; di conseguenza, essa regola, con una propria disciplina, il passaggio diretto di personale dall'anzidetta azienda regionale alla Regione. Realizza, cioè, una fattispecie che sarebbe, invece, da ascrivere alle eccedenze di personale delle pubbliche amministrazioni e alla mobilità collettiva regolate dal d.lgs. n. 165 del 2001, in particolare, dall'art. 33 e dal successivo art. 34-bis. Ad avviso della Consulta, una tale ipotesi di trasfe-

(2) Corte cost., sentenza 28 gennaio-31 gennaio 2014, n. 17 – Pres. Silvestri, Est. Mazzella:

«1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, commi 5, 6 e 7, della legge della Regione Abruzzo 28 dicembre 2012, n. 71 (*Misure per il contenimento dei costi della selezione del personale nella Regione Abruzzo, modifica alla legge regionale n. 91/94 e disposizioni per il funzionamento della struttura del Servizio di cooperazione territoriale – Ipa*);

2) dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge reg. Abruzzo n. 71 del 2012, promossa, in riferimento all'art. 117, comma 3, della Costituzione, dal Presidente del Consiglio dei ministri con il ricorso indicato in epigrafe».

rimento unilaterale del personale dirigente di ruolo dall'azienda regionale all'amministrazione regionale s'inquadra perfettamente nella dinamica del rapporto di lavoro e del relativo regime ed è, quindi, riconducibile in modo piano alla materia dell'«ordinamento civile». Il predetto passaggio, infatti, opera nell'ambito di una vicenda lavorativa unitaria che ininterrottamente continua alle dipendenze della Regione: alla modificazione soggettiva del rapporto di lavoro, oltre tutto coattiva, non si accompagna la costituzione di un nuovo rapporto di lavoro. La norma regionale impugnata, in altre parole, incide su un istituto, quale è la mobilità, che certamente afferisce alla disciplina del rapporto di lavoro pubblico (privatizzato). Essa invade, quindi, una sfera di competenza legislativa che l'art. 117, comma 2, lettera l, Cost. riserva esclusivamente allo Stato. Come già ribadito dalla Corte (sentenze n. 68 del 2011 e n. 324 del 2010), le diverse forme e procedure di mobilità nel lavoro pubblico sono state più volte ricondotte alla materia dell'«ordinamento civile». Oltre tutto, la disciplina dettata dalla disposizione regionale censurata non è neppure coerente con il regime normativo di fonte statale e negoziale. Difatti, la mobilità d'ufficio cosiddetta obbligatoria – regolata dagli artt. 33 e seguenti del d.lgs. n. 165 del 2001, nonché dalle previsioni della pertinente contrattazione collettiva (per quanto qui rileva, dell'area della dirigenza regionale e, segnatamente, dall'art. 16 del contratto collettivo nazionale di lavoro sottoscritto il 22 febbraio 2006) – mira al riassorbimento delle eccedenze attraverso una procedura così articolata. In primo luogo, si verifica la possibilità di riutilizzare il personale in situazione di eccedenza o di sovrannumero presso l'ente pubblico di appartenenza o altro. In un secondo tempo – una volta appurato che il personale in esubero non possa essere impiegato diversamente nell'ambito della medesima o di altre amministrazioni –, si provvede al collocamento di esso in disponibilità per la durata massima di ventiquattro mesi, decorsi i quali il rapporto di lavoro si intende definitivamente risolto. In altri termini, l'art. 33 del d.lgs. n. 165 del 2001 consente che, prima di essere collocati in disponibilità, come pure durante il relativo periodo di sospensione del rapporto di lavoro, i lavoratori dichiarati in eccedenza o in sovrannumero («in relazione alle esigenze funzionali o alla situazione finanziaria, anche in sede di ricognizione annuale») siano ricollocati presso la propria amministrazione (mediante mobilità «interna») o altre amministrazioni (mediante mobilità collettiva), sempre che, ovviamente, sussista una posizione lavorativa dagli stessi alternativamente occupabile. L'inosservanza della disciplina di legge statale e di derivazione contrattuale collettiva

in tema di esuberi e mobilità collettiva rende, dunque, ancora più evidente la violazione dell'art. 117, comma 2, lettera l, Cost. denunciata in capo alla disposizione in oggetto. Per questi motivi, la Corte ha stabilito che dev'essere dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 5, della legge reg. n. 71 del 2012. Per ragioni analoghe è, altresì, fondata la questione di legittimità dei commi 6 e 7 dell'art. 2 della legge reg. n. 71 del 2012, che dispongono l'assunzione temporanea delle relative funzioni, in caso di assenza o impedimento del dirigente, da parte del funzionario di grado più elevato con i requisiti per l'accesso alla qualifica dirigenziale, con attribuzione a quest'ultimo del trattamento economico spettante al dirigente. La normativa in oggetto regola una specifica ipotesi di assegnazione di personale ad altre mansioni (nella specie di rango dirigenziale), che tipicamente attiene allo svolgimento del rapporto di lavoro. Ne concreta, cioè, una modificazione temporanea con riguardo al contenuto della prestazione lavorativa. Trattandosi di un mutamento provvisorio di mansioni, la relativa disciplina rientra, dunque, nella materia del rapporto di lavoro e, per esso, dell'ordinamento civile. Con la conseguenza che già per questa sola ragione sussiste la lesione denunciata dal Presidente del Consiglio dei ministri (in tal senso, sentenze n. 213 del 2013 e n. 215 del 2012). Neppure in questo caso la normativa regionale si conforma a quella statale, quale risulta dalle disposizioni dell'art. 52 del d.lgs. n. 165 del 2001 e dalle corrispondenti previsioni della contrattazione collettiva di riferimento, che consentono l'assegnazione di mansioni superiori solamente in due ipotesi: 1) vacanza di posti in organico e per soli sei mesi, massimo dodici, ove siano state avviate le procedure di copertura dei medesimi posti; 2) sostituzione di altro dipendente con diritto alla conservazione del posto (escluse le ferie) per la durata dell'assenza. In tutti gli altri casi, la destinazione a mansioni superiori è nulla e comporta responsabilità dirigenziale. Tuttavia, in applicazione del principio della retribuzione proporzionata (alla quantità e qualità del lavoro prestato) di cui all'art. 36 Cost., da sempre ritenuto applicabile anche al pubblico impiego, il lavoratore illegittimamente preposto a mansioni superiori ha pur sempre diritto alla differenza di trattamento con la qualifica più elevata, purché le relative mansioni gli siano state attribuite in modo prevalente sotto il profilo quantitativo, qualitativo e temporale. E ciò, anche se si tratti di conferimento di mansioni dirigenziali a un funzionario, che è reso certamente illegittimo, secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione, dalla diversità delle «carriere» e dalla considerazione delle specifiche caratteristiche delle posizioni organizzative di livello dirigen-

ziale e delle relative attribuzioni regolate dal contratto di incarico (in tal senso, Cass., sentenze n. 8529 del 2006, n. 10027 del 2007 e n. 16469 del 2007).

3. — *Illegittimità della legge della Provincia autonoma di Bolzano 17 gennaio 2011, n. 1, nella parte in cui prevede che per il personale che svolge le funzioni dirigenziali a titolo di reggenza la misura prevista per la trasformazione dell'indennità di funzione in assegno personale pensionabile è raddoppiata con decorrenza dall'assunzione delle funzioni dirigenziali in atto* — Il Presidente del Consiglio dei ministri dubita della legittimità costituzionale degli artt. 5, comma 9, 7, comma 1, 8, 12, commi 1 e 2, e 15, comma 1, della legge della Provincia autonoma di Bolzano 17 gennaio 2011, n. 1, in riferimento agli artt. 25, comma 2, 97, 117, comma 2, lettere l e s, e comma 3, della Costituzione nonché agli artt. 8 e 9 dello Statuto di autonomia. La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 5, comma 9, 7, comma 1, e 12 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 17 gennaio 2011, n. 1 (Modifiche di leggi provinciali in vari settori e altre disposizioni), e dichiara cessata la materia del contendere in ordine alle questioni di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 15, comma 1, dato l'intervento di altre disposizioni che hanno in seguito regolarizzato le norme (3). In primo luogo, l'art. 5, comma 9, prescrivendo che «per il personale che svolge le funzioni dirigenziali a titolo di reggenza la misura prevista per la trasformazione dell'indennità di funzione in assegno personale pensionabile [...] è raddoppiata con decorrenza dall'assunzione delle funzioni dirigenziali in atto», si porrebbe in contrasto con l'art. 9, comma 1, del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 30 luglio 2010, n. 122, il quale impone che per gli anni 2011, 2012 e 2013 il trattamento economico complessivo dei singoli dipendenti, anche di qualifica dirigenziale, del pubblico impiego, compreso il trattamento accessorio, non possa superare il trattamento ordinariamente spettante per l'anno 2010. La disposizione impugnata si pone in evi-

(3) Corte cost., sentenza 10 febbraio-11 febbraio 2014, n. 19 – Pres. Silvestri, Est. Tesauro:

«1) dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 5, comma 9, 7, comma 1, e 12 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 17 gennaio 2011, n. 1 (Modifiche di leggi provinciali in vari settori e altre disposizioni);

2) dichiara cessata la materia del contendere in ordine alle questioni di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 15, comma 1, della legge della Provincia autonoma di Bolzano n. 1 del 2011».

dente contrasto con l'art. 9, comma 1, del d.l. n. 78 del 2010 – norma ricondotta dalla giurisprudenza della Corte nell'ambito del coordinamento della finanza pubblica –, in quanto riguarda il trattamento economico di tutti i dipendenti delle Regioni e degli enti regionali, con l'effetto finale di fissare, per gli anni del triennio 2011-2013, l'entità complessiva degli esborsi a carico delle Regioni a titolo di trattamento economico del personale in misura non superiore al trattamento economico ordinario, per l'anno 2010, così da imporre un limite generale a una rilevante voce del bilancio regionale (sentenze n. 217 e n. 215 del 2012). Quanto al già citato art. 7, comma 1, la previsione che, per gli enti pubblici, la denuncia alla Corte dei conti relativa a ipotesi di responsabilità amministrative del personale pubblico non vada effettuata, sino al raggiungimento della soglia valoriale prescritta in tale legge, introdurrebbe un'ipotesi di esenzione di responsabilità amministrativa per effetto della mancata denuncia. Tale precetto violerebbe, pertanto, gli artt. 97 e 117, comma 2, lettera l, Cost., in quanto inciderebbe sul regime giuridico della responsabilità amministrativa, interferendo direttamente sia con le competenze statali in materia di «ordinamento civile» che di «giustizia amministrativa», ledendone, in violazione dei principi di ragionevolezza, buon andamento e imparzialità, la necessaria uniformità su tutto il territorio nazionale. Infine, l'art. 12 della legge provinciale prevede, al comma 1, che nell'esercizio delle funzioni connesse con le iscrizioni tavolari il conservatore dei libri fondiari sia responsabile nei limiti in cui risponde il giudice tavolare e, al comma 2, che, anche nel caso di accertata colpa lieve e di compensazione delle spese per i procedimenti dinanzi alla Corte dei conti, le spese legali sostenute per la difesa in giudizio siano rimborsate dagli enti pubblici provinciali, nel caso di coinvolgimento del personale stesso nella fase istruttoria dei suddetti procedimenti, ove ritenuto congruo dall'Avvocatura provinciale. La Corte dichiara illegittimi entrambi i commi, poiché la prima disposizione contemplerebbe una forma di limitazione patrimoniale della responsabilità del conservatore dei libri fondiari, in violazione dell'art. 117, comma 2, lettera l, Cost., perché si porrebbe in contrasto con il sistema della responsabilità amministrativa, la cui disciplina deve essere ricondotta alla materia della «giustizia amministrativa», di competenza esclusiva dello Stato, e la seconda disposizione violerebbe il medesimo parametro costituzionale, confliggendo con l'ordinamento della giurisdizione contabile nella parte in cui autorizza, in caso di accertata colpa lieve, la disapplicazione di un'eventuale statuizione di compensazione delle spese processuali.

4. — *Illegittimità della legge della Regione Molise 17 gennaio 2013, n. 4, nella parte in cui prevede l'assunzione di personale in violazione del principio di coordinamento con la finanza pubblica e nella parte in cui prevede che al termine della legislatura regionale decadano tutte le figure nominate a vario titolo, ragione o causa dal presidente della Giunta, dalla Giunta regionale e dal Consiglio regionale* — Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso questioni di legittimità costituzionale degli artt. 12, comma 1, e 34, comma 1, della legge della Regione Molise 17 gennaio 2013, n. 4 (Legge finanziaria regionale 2013), in riferimento agli artt. 97 e 117, comma 2, lettera l, e comma 3, Cost. La Corte ha dichiarato illegittimi gli articoli della legge regionale (4). L'art. 12, comma 1, della legge reg. n. 4 del 2013 – nella parte in cui prevede che «gli Enti inseriti nella sezione II della Tabella A1, allegata alla medesima legge regionale n. 2/2012, sono transitoriamente autorizzati a procedere alla copertura della dotazione organica e del relativo fabbisogno triennale di personale con le modalità indicate dalle leggi istitutive» – contrasta con l'art. 117, comma 3, Cost. perché, prevedendo la possibilità di nuove assunzioni, viola il principio fondamentale in materia di «coordinamento della finanza pubblica». L'art. 12, comma 1, della legge reg. n. 4 del 2013, infatti, consente agli enti di cui alla sezione II della Tabella A1 allegata alla legge della Regione Molise 26 gennaio 2012, n. 2 (Legge finanziaria regionale 2012), di procedere a nuove assunzioni senza alcun riferimento ai limiti di spesa per esse previsti, contenuti nella normativa nazionale in materia di personale delle pubbliche amministrazioni. In particolare, la Corte ribadisce quanto affermato con la sentenza n. 108 del 2011: «Tali norme statali, ispirate alla finalità del contenimento della spesa pubblica, costituiscono principi fondamentali nella materia del coordinamento della finanza pubblica, in quanto pongono obiettivi di riequilibrio, senza, peraltro, prevedere strumenti e modalità per il perseguimento dei medesimi. Invero, come ha chiarito questa Corte, «... la spesa per il personale, per la sua importanza strategica ai fini dell'attuazione del patto di stabilità interna (data la sua rilevante entità), costituisce non già una minuta voce di

(4) Corte cost., sentenza 24 febbraio-25 febbraio 2014, n. 27 – Pres. Silvestri, Est. Napolitano:

«1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 12, comma 1, della legge della Regione Molise 17 gennaio 2013, n. 4 (Legge finanziaria regionale 2013);

2) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 1, della legge della Regione Molise n. 4 del 2013 nella parte in cui non esclude gli incarichi di funzione dirigenziale di cui all'art. 3-bis del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 (Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'articolo 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421)».

dettaglio, ma un importante aggregato della spesa di parte corrente, con la conseguenza che le disposizioni relative al suo contenimento assurgono a principio fondamentale della legislazione statale” (sentenza n. 69 del 2011, che richiama la sentenza n. 169 del 2007)». La seconda questione ha a oggetto l’art. 34 della legge reg. n. 4 del 2013. La norma impugnata, nella parte in cui prevede, al comma 1, che «al termine della legislatura decadono tutte le figure nominate a vario titolo, ragione o causa dal presidente della Giunta, dalla Giunta regionale e dal Consiglio regionale», applicandosi anche alle nomine dei direttori generali delle aziende e degli enti del Servizio sanitario regionale, viola il principio di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione di cui all’art. 97 Cost. Inoltre, risulterebbe violato anche l’art. 117, comma 3, Cost. perché la norma si pone in contrasto con la normativa statale in materia di incarichi dei direttori generali e in particolare con il principio fondamentale in materia di «tutela della salute» stabilito dall’art. 3-*bis*, comma 8, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 (Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell’articolo 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421), secondo cui «Il rapporto di lavoro del direttore generale, del direttore amministrativo e del direttore sanitario è esclusivo ed è regolato da contratto di diritto privato, di durata non inferiore a tre e non superiore a cinque anni, rinnovabile, stipulato in osservanza delle norme del Titolo III del Libro V del codice civile...». Infine, il Presidente del Consiglio lamenta la violazione dell’art. 117, comma 2, lettera l, Cost. perché l’art. 34, comma 1, impugnato inciderebbe su rapporti contrattuali vigenti, determinandone la decadenza, con invasione della competenza legislativa esclusiva dello Stato nella materia «ordinamento civile». Il legislatore regionale individua un’ipotesi di decadenza di tutte le figure nominate a vario titolo, ragione o causa dal presidente della Giunta, dalla Giunta regionale e dal Consiglio regionale. In questa definizione estremamente ampia e generica rientrano certamente anche le nomine dei direttori generali delle aziende sanitarie. La Corte più volte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di norme regionali che prevedevano la decadenza automatica dei direttori generali delle aziende sanitarie locali (sentenze n. 152 del 2013; n. 228 del 2011; n. 304, n. 224 e n. 34 del 2010; n. 104 del 2007). In particolare, da ultimo, si è ribadito che i direttori generali delle Asl costituiscono «una figura tecnico-professionale che ha il compito di perseguire, nell’adempimento di un’obbligazione di risultato (oggetto di un contratto di lavoro autonomo), gli obiettivi gestionali e operativi definiti dal piano sanitario regionale (a sua volta elaborato in armonia con il piano sa-

nitario nazionale), dagli indirizzi della Giunta, dal provvedimento di nomina e dal contratto di lavoro con l'amministrazione regionale» (sentenze n. 152 del 2013 e n. 104 del 2007). Le funzioni svolte dai direttori sono di carattere tecnico-gestionale, come confermato anche dai requisiti che la legge richiede per la loro nomina ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 502 del 1992 e delle relative norme regionali di dettaglio (sentenza n. 34 del 2010). Sotto il profilo organizzativo, tra l'organo politico e i predetti direttori generali «non vi è un rapporto istituzionale diretto e immediato», ma vi è «una molteplicità di livelli intermedi lungo la linea di collegamento che unisce l'organo politico ai direttori generali delle Asl» (sentenze n. 34 del 2010 e n. 104 del 2007). La disposizione impugnata, trovando applicazione nei confronti della tipologia di figure dirigenziali appena descritta – che esercita funzioni di carattere gestionale e non è legata all'organo politico da un rapporto diretto –, viola l'art. 97 Cost. sotto più profili. Innanzitutto, essa è in contrasto con il principio di buon andamento, perché il meccanismo di decadenza automatica incide sulla continuità dell'azione amministrativa (sentenze n. 228 del 2011, n. 304 e n. 224 del 2010). Come la Corte ha statuito nella sentenza n. 124 del 2011, infatti, «il rapporto di lavoro instaurato con l'amministrazione che attribuisce l'incarico deve essere [...] connotato da specifiche garanzie, le quali presuppongono che esso sia regolato in modo da assicurare la tendenziale continuità dell'azione amministrativa...». In secondo luogo, il carattere automatico della decadenza dall'incarico del direttore, previsto dalla disposizione impugnata, viola i principi di efficienza e di efficacia dell'azione amministrativa, perché esclude una valutazione oggettiva dell'operato del funzionario (sentenze n. 224 e n. 34 del 2010). In terzo luogo, la disposizione impugnata viola il principio di imparzialità dell'azione amministrativa, perché introduce un'ipotesi di cessazione anticipata e automatica dall'incarico del direttore generale dipendente da un atto dell'organo politico (sentenze n. 228 del 2011 e n. 224 del 2010). Infine, la disposizione impugnata viola il principio del giusto procedimento, perché non prevede «il diritto del funzionario di intervenire nel corso del procedimento che conduce alla sua rimozione e di conoscere la motivazione di tale decisione» (sentenze n. 34 del 2010 e n. 390 del 2008).

5. — *Infondata la questione di legittimità dell'art. 7, comma 6, del decreto legislativo 30 ottobre 1992, n. 449, riguardante le sanzioni disciplinari per il personale di Polizia penitenziaria* — Con ordinanza, il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 7,

comma 6, del decreto legislativo 30 ottobre 1992, n. 449 (Determinazione delle sanzioni disciplinari per il personale del corpo di Polizia penitenziaria e per la regolamentazione dei relativi procedimenti, a norma dell'art. 21, comma 1, della legge 15 dicembre 1990, n. 395), in quanto la norma – secondo la quale, «quando da un procedimento penale comunque definito emergono fatti e circostanze che rendano l'appartenente al corpo di Polizia penitenziaria passibile di sanzioni disciplinari, questi deve essere sottoposto a procedimento disciplinare entro il termine di 120 giorni dalla data di pubblicazione della sentenza, oppure entro 40 giorni dalla data di notificazione della sentenza stessa all'amministrazione», anziché dalla data in cui l'amministrazione ne ha avuto notizia – trova applicazione anche nel caso in cui, nei confronti dell'imputato, sia stata pronunciata sentenza di non doversi procedere per essere il reato estinto per intervenuta prescrizione. Il Tar è consapevole dell'esistenza di due contrapposti indirizzi giurisprudenziali: l'uno che dà della norma una interpretazione letterale e l'altro che ritiene invece di poter pervenire all'affermazione della necessità della conoscenza per il decorso del termine; e peraltro, data l'assenza di un diritto vivente, ritiene insuperabile il dato letterale e quindi necessaria una pronuncia di incostituzionalità. Ad avviso del rimettente, infatti, la sentenza di assoluzione e quella di improcedibilità dell'azione, conseguente alla estinzione del reato per prescrizione, non sarebbero assimilabili, atteso che quest'ultima può intervenire, in secondo grado, all'esito di pronuncia di condanna di primo grado, recante un compiuto accertamento della responsabilità penale del dipendente, in modo analogo alla sentenza penale di condanna. Pertanto, la norma impugnata violerebbe i principi di uguaglianza e di ragionevolezza (art. 3 Cost.), nonché quello di buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), poiché la previsione di un termine di decadenza, che inizi a decorrere senza che l'amministrazione ne sia a conoscenza, lederebbe l'interesse pubblico a sanzionare il dipendente laddove la pronuncia penale, anche se non di condanna, rechi in sé un accertamento che implichi responsabilità in ordine al fatto per cui si è proceduto. La Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità (5), perché la disposizione im-

(5) Corte cost., sentenza 12 marzo-21 marzo 2014, n. 51 – Pres. Silvestri, Est. Coraggio:

«dichiara non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 6, del decreto legislativo 30 ottobre 1992, n. 449 (Determinazione delle sanzioni disciplinari per il personale del corpo di Polizia penitenziaria e per la regolamentazione

pugnata può essere interpretata in modo da superare i prospettati dubbi di legittimità costituzionale. La Corte, in proposito, ha ricordato che a un'adeguata operazione ermeneutica non è estranea l'evoluzione dell'ordinamento giuridico. La norma, infatti, non rimane cristallizzata, ma partecipa delle complesse dinamiche che nel tempo investono le fonti del diritto a livello nazionale e sovranazionale, che l'interprete deve necessariamente prendere in esame, al fine di preservare attualità ed effettività delle tutele, in particolare sotto il profilo del corretto bilanciamento degli interessi presi in considerazione, «essendo la “vivenza” della norma una vicenda per definizione aperta, ancor più quando si tratti di adeguarne il significato a precetti costituzionali» (ordinanza n. 191 del 2013). La legge 15 dicembre 1990, n. 395 (Ordinamento del corpo di Polizia penitenziaria), ha istituito il corpo di Polizia penitenziaria, che fa parte delle forze di Polizia e il cui rapporto di impiego ha carattere pubblicistico ai sensi degli artt. 2, commi 2 e 3, e 3, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. Si tratta di un ordinamento speciale, ma ai sensi dell'art. 1, comma 4, della legge n. 395 del 1990, «Per tutto quanto non espressamente disciplinato nella presente legge, si applicano, in quanto compatibili, le norme relative agli impiegati civili dello Stato». Quanto al profilo disciplinare, in particolare, il d.lgs. n. 449 del 1992, all'art. 24, comma 5, dispone analogamente che «Per quanto non previsto dal presente decreto in materia di disciplina e di procedura, si applicano, in quanto compatibili, le corrispondenti norme contenute nel Testo Unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato», approvato con il d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 (Testo Unico degli impiegati civili dello Stato). Pur in presenza di una disciplina speciale, dunque, l'interpretazione dell'art. 7, comma 6, del d.lgs. n. 449 del 1992, va condotta alla luce dell'evoluzione normativa che ha interessato il procedimento disciplinare nel pubblico impiego. Quest'ultimo, infatti, ha costituito il punto di riferimento comune per gli statuti giuridici speciali di diverse categorie professionali non contrattualizzate, la cui disciplina è strettamente collegata (l'art. 21 della legge n. 395 del 1990 rimanda, in sostanza, al d.P.R. 25 ottobre 1981, n. 737, che reca «Sanzioni disciplinari per il personale dell'amministrazione di pubblica sicurezza e regolamentazione dei relativi procedimenti», prevedendo che il sistema disciplinare del corpo di

dei relativi procedimenti, a norma dell'art. 21, comma 1, della legge 15 dicembre 1990, n. 395), sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 97 della Costituzione, dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, con l'ordinanza in epigrafe».

Polizia penitenziaria debba ispirarsi ai principi e ai criteri previsti per gli appartenenti alla Polizia di Stato). Inoltre la Corte ricorda che il rapporto fra procedimento penale e procedimento disciplinare, come delineato nel d.lgs. n. 449 del 1992, è caratterizzato dalla cosiddetta pregiudiziale penale. Di conseguenza, nella pendenza del procedimento penale, assume peculiare rilievo l'istituto della sospensione cautelare, e al termine dello stesso sono previsti meccanismi di arresto, inizio o prosecuzione del procedimento disciplinare. In particolare, ai sensi dell'art. 6, comma 4, del d.lgs. n. 449 del 1992, il procedimento disciplinare per l'irrogazione della sanzione della destituzione, a seguito di sentenza penale di condanna, deve essere proseguito o promosso entro centottanta giorni dalla data in cui l'amministrazione ha avuto notizia della sentenza irrevocabile di condanna. Viceversa, nel caso di sentenza la quali dichiara che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso, ai sensi dell'art. 7, comma 5, del medesimo decreto legislativo, la sospensione è revocata a tutti gli effetti, e non si dà corso al procedimento disciplinare, poiché l'art. 653 del codice di procedura penale ha conferito a tale sentenza, così come per quella di condanna, efficacia di giudicato nel giudizio disciplinare. La norma impugnata, dunque, disciplina le ipotesi residuali, fra le quali rientra quella della pronuncia di non doversi procedere per estinzione del reato per prescrizione. Questa regolazione dei rapporti tra processo penale e procedimento disciplinare si spiega con la circostanza che, al momento dell'adozione del d.lgs. n. 449 del 1992, il relativo procedimento nel pubblico impiego rinveniva la propria disciplina generale nel d.P.R. n. 3 del 1957 e nell'art. 9 della legge 7 febbraio 1990, n. 19 (Modifiche in tema di circostanze, sospensione condizionale della pena e destituzione dei pubblici dipendenti), ed era appunto informato al principio della pregiudiziale penale (art. 117 del citato d.P.R.). La Corte inoltre sottolinea come il Consiglio di Stato (Sezione III, decisione n. 2942 del 2011) abbia affermato che l'art. 7, comma 6, del d.lgs. n. 449 del 1992 deve essere interpretato tenendo conto dell'esigenza che l'azione amministrativa si svolga secondo i canoni del giusto procedimento e del buon andamento, i quali suggeriscono di individuare «il *dies a quo*» del termine in questione dalla data di conoscenza della pronuncia penale. Secondo il giudice amministrativo, infatti, in caso contrario, si porrebbe alla conclusione, illogica e contraddittoria, di sottoporre l'esercizio del potere disciplinare al termine decadenziale senza che l'amministrazione abbia conoscenza degli elementi fattuali emersi in sede penale e suscettibili di legittimare il procedimento sanzionatorio. In tale situazione –

sempre secondo la decisione –, atteso che l'organo giurisdizionale non ha alcun dovere di notificare all'amministrazione di appartenenza dell'impiegato la sentenza penale definitiva che lo riguarda, l'autorità potrebbe scegliere solo tra il non procedere disciplinarmente o procedere senza elementi, in entrambi i casi con risultati incompatibili con il principio del giusto procedimento. Dunque, proprio in considerazione delle ragioni indicate dal rimettente con riferimento al caso della sentenza di improcedibilità dell'azione in forza di estinzione del reato per prescrizione, sussiste l'esigenza che il *dies a quo* per l'amministrazione decorra dalla conoscenza effettiva, così come effettive sono le garanzie procedurali di cui si avvale il dipendente. Dalla riscontrata possibilità di un'interpretazione conforme a Costituzione della disposizione denunciata, già sperimentata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, discende la non fondatezza della questione.

OSSERVATORIO «LEGGE FORNERO»

(a cura di Marco Barbieri e Azzurra de Salvia) (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Alcune applicazioni della tutela reintegratoria piena. — 3. Il licenziamento disciplinare: l'insussistenza del fatto contestato e la punibilità della condotta con una sanzione conservativa secondo il contratto collettivo o il codice disciplinare applicabile. — 4. Il recesso per giustificato motivo oggettivo e la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento. — 5. La mancata contestazione dell'addebito e la tutela applicabile.

1. — *Premessa* — Proseguendo nell'attività di osservazione degli orientamenti giurisprudenziali sui nuovi regimi rimediali, in caso di licenziamento individuale illegittimo, ai sensi dell'art. 18 Stat. lav., dopo le modifiche apportate dalla legge n. 92/2012, già promossa da questa *Rivista* (1), si intende offrire un quadro aggiornato degli orientamenti della giurisprudenza che è stato possibile reperire sulle questioni interpretative già segnalate sotto il profilo sostanziale.

Si può anticipare che le ambiguità del testo normativo continuano a riflettersi in orientamenti contrastanti della giurisprudenza di merito, pur se comincia a emergere, come risulta dalla pronuncia oggetto di segnalazione nell'ultimo paragrafo di questo osservatorio, la ragionevole tendenza a correggere per via ermeneutica almeno alcune delle più evidenti contraddizioni del testo con il sistema.

Poiché in estate dovrebbero arrivare le prime indicazioni della Corte di Cassazione, appare chiaro che sarà la Suprema Corte a risolvere i molti nodi aggrovigliatisi attorno al licenziamento illegittimo, e che il dibattito dottrinale ha più messo in luce che risolto.

2. — *Alcune applicazioni della tutela reintegratoria piena* — Come già illustrato, il legislatore della legge n. 92/2012 ha prescritto la tutela reinte-

(*) La Premessa è stata redatta da Marco Barbieri; gli altri paragrafi da Azzurra de Salvia.

(1) M. Barbieri, *La nuova disciplina sostanziale del licenziamento individuale: prime risposte giurisprudenziali*, in q. *Riv.*, 2013, II, p. 333.

gratoria piena per i soli casi di licenziamento discriminatorio, nullo, orale, irrogato per motivo illecito determinante, «indipendentemente dal motivo formalmente addotto e quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro» (2).

La condanna alla reintegrazione a prescindere dal requisito dimensionale è stata quindi disposta, tra le altre, dal Trib. Santa Maria Capua Vetere 2 settembre 2013 – giudice Pascale (3) –, nel caso di un licenziamento orale, considerato, altresì, ritorsivo perché intimato subito dopo la richiesta dei ricorrenti del pagamento di spettanze retributive dovute ma non erogate, e dal Trib. Rovereto 5 novembre 2013 – giudice Cuccaro –, sempre nel caso di un recesso orale, interruttivo di un rapporto di lavoro subordinato accertato giudizialmente.

L'applicazione del rimedio reintegratorio *ex* comma 1, anche in mancanza del presupposto dimensionale, ha consentito al Trib. Palmi 22 maggio 2013 – giudice Sapone – di ordinare al datore di lavoro il pagamento delle cinque mensilità, cioè il risarcimento del danno minimo previsto ora al comma 2 dell'art. 18 Stat. lav., nell'ipotesi di un recesso orale, a cui seguiva l'intimazione di un altro licenziamento per iscritto non tempestivamente impugnato dal dipendente. Pur in assenza del requisito numerico della norma statutaria, il giudice ha, infatti, considerato applicabile la «tutela indennitaria prevista [...] in caso di licenziamento orale e precisamente la corresponsione delle cinque mensilità della retribuzione globale di fatto, costituendo tale indennità, secondo consolidata giurisprudenza (4), una sorta di penale connessa all'intimazione di un licenziamento illegittimo».

Quanto al licenziamento nullo per violazione di norme imperative, si segnalano l'ordinanza del Trib. Roma 24 febbraio 2014 – giudice Ambrosi –, per aver affermato la nullità di un recesso irrogato in violazione dell'art. 24, d.l. n. 201/2011, convertito in legge n. 214/2011, che consente la continuazione del rapporto lavorativo sino al compimento dei 70 anni di età, pur se il lavoratore abbia raggiunto la massima an-

(2) Art. 18, comma 1, Stat. lav.

(3) In M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, aggiornamento giurisprudenziale disponibile al sito <http://ecommerce.cacuccieditore.it/>, dove sono reperibili altresì gli altri provvedimenti di seguito riportati senza alcuna altra indicazione.

(4) La giurisprudenza di legittimità richiamata sul punto è Cass. 11 novembre 2011, n. 23666, in *Mass. giust. civ.*, 2011, n. 11, p. 1601; Cass. 22 marzo 2011, n. 6499, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 1117, con nota di L. Gelmi.

zianità contributiva prevista dal proprio ordinamento di categoria (5), e quella del Trib. Vigevano 27 marzo 2013 – giudice Occhiuto –, per aver dichiarato nullo un licenziamento intimato in dispregio alla disposizione *ex art.* 54, d.lgs. n. 151/2001, poiché irrogato prima del compimento di un anno di età del bambino di una dipendente. Quest'ultima ordinanza è altresì interessante per aver fornito alcune precisazioni sull'istituto della revoca del recesso datoriale, oggi disciplinato *ex art.* 18, comma 10, Stat. lav., secondo cui «nell'ipotesi di revoca del licenziamento, purché effettuata entro il termine di 15 giorni dalla comunicazione al datore di lavoro dell'impugnazione del licenziamento medesimo, il rapporto di lavoro si intende ripristinato senza soluzione di continuità, con diritto del lavoratore alla retribuzione maturata nel periodo precedente alla revoca, e non trovano applicazione i regimi sanzionatori previsti dal presente articolo». Nel caso di specie, la revoca avveniva dopo la notificazione del ricorso e, comunque, conteneva condizioni contrattuali differenti da quelle in essere prima del licenziamento; pertanto il giudice ha ritenuto non configurabile la fattispecie di cui al comma 10 «che sembrerebbe conferire alla revoca un'efficacia immediata affermando che il rapporto si intende ripristinato senza soluzione di continuità, [e che dunque] fa riferimento alla revoca in senso stretto, non a una revoca contenente una diversa proposta contrattuale».

3. — *Il licenziamento disciplinare: l'insussistenza del fatto contestato e la punibilità della condotta con una sanzione conservativa secondo il contratto collettivo o il codice disciplinare applicabile* — Come ormai noto, in ipotesi di licenziamento disciplinare illegittimo, l'applicazione della tutela reintegratoria attenuata *ex comma* 4, anziché di quella indennitaria forte *ex comma* 5, dipende dalla presenza di uno dei seguenti presupposti: l'insussistenza del fatto contestato e la previsione di una sanzione conservativa nel contratto collettivo o codice disciplinare applicabile.

Con riferimento al primo, inserendosi in un filone giurisprudenziale già indicato nel precedente osservatorio (6), la pronuncia del Trib. Bari

(5) Così anche Trib. Torino 29 marzo 2013 – giudice Buzano –, su cui già M. Barbieri, *op. ult. cit.*, pp. 336 e 337.

(6) Trib. Bologna 15 ottobre 2012 – giudice Marchesini –; Trib. Milano 30 gennaio 2013 – giudice Gasparini –; Trib. Ancona 26 novembre 2012 – giudice Sbano –; Trib. Ravenna 18 marzo 2013 – giudice Rivero –; Trib. Milano 27 marzo 2013 – giudice Cipolla –; Trib. Milano, sentenza 17 maggio 2013 – giudice Scarzella –; Trib. Taranto 3 giugno 2013 – giudice Magazzino –; Trib. Trento 29 gennaio 2013 – giudice Flaim –; tutte in M. Barbieri, *op. ult. cit.*, pp. 338 ss.

19 novembre 2013 – giudice Vernia – ha aderito alla ricostruzione del «fatto» quale fatto giuridico, con conseguente condanna alla reintegrazione attenuata, nel caso di una condotta di appropriazione indebita provata nelle circostanze concrete, ma priva dell'elemento psicologico.

La stessa condanna è stata inflitta dal Trib. Trento 9 maggio 2013 – giudice Flaim –, sulla scorta di una duplice motivazione: da un lato, a seguito dell'istruttoria, emergevano fondati dubbi sulla responsabilità del cassiere licenziato in ordine agli ammanchi di cassa a fine giornata a lui contestati, e dunque non ricorrevano «gli estremi della giusta causa adottata per inesistenza dei fatti contestati»; da un altro lato, altre circostanze addebitate nella contestazione disciplinare (lentezza nello svolgimento delle operazioni di cassa e reazione stizzita nei confronti di una collega alla sua richiesta di aiuto) venivano ricondotte alla fattispecie della mera negligenza, punita con la sanzione della multa dalle disposizioni del Ccnl applicabile.

Quest'ultimo elemento è indicativo del secondo presupposto applicativo della reintegrazione attenuata: la riconduzione del fatto disciplinarmente rilevante in una condotta punita con una sanzione conservativa dal contratto collettivo o codice disciplinare applicabile.

Tra le applicazioni di tale previsione, si annovera l'ordinanza del Trib. Bologna 24 luglio 2013 – giudice Benassi (7) –, in cui, nell'ipotesi di comportamenti contestati a una dipendente di un'impresa di pulizia configuranti gravi negligenze, ma sfornite alla luce di alcune circostanze attenuanti della gravità addebitata, è stata comminata la reintegrazione *ex* comma 4, tenuto conto della tipizzazione del Ccnl per il personale dipendente da imprese esercenti servizi di pulizia, che prevede l'irrogazione di sanzioni conservative nei casi di svolgimento negligente delle mansioni e di danneggiamento dei beni aziendali per disattenzione o negligenza.

E, ancora, il Trib. Torino 12 giugno 2013 – giudice Mollo –, dopo aver constatato i fatti contestati, verificato la loro insussistenza o lieve entità e preso atto di una previsione contrattuale che dispone l'applicazione di sanzioni conservative nel caso in cui il lavoratore «fuori dall'azienda compia, per conto terzi, lavoro di pertinenza dell'azienda stessa», condannava la società datrice di lavoro alla reintegrazione attenuata di un suo dipendente, precedentemente licenziato per aver svolto, in via residuale e marginale, attività in concorrenza a quella del suo datore di lavoro.

(7) In *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, p. 685, con nota di A. de Salvia.

Analogamente, il Trib. Monza 19 febbraio 2014 – giudice Capelli –, dopo aver ricostruito attraverso le prove testimoniali la dinamica di un colloquio tra il dipendente licenziato e il suo superiore, derubricava l'insubordinazione grave contestata in insubordinazione lieve, quest'ultima punita con una sanzione conservativa secondo il contratto collettivo applicabile, così condannando la società datrice di lavoro alla reintegrazione *ex art. 18, comma 4, Stat. lav.*

Così anche la Corte d'Appello di Milano (Corte d'App. Milano 25 maggio 2013 – Pres. Sala, Est. Pizzi) accoglieva il reclamo di una lavoratrice licenziata per aver pronunciato frasi offensive nei confronti dei superiori, non ritenute indicative di una grave insubordinazione punibile con il recesso, ma di una mera mancanza di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto di lavoro, a cui il Ccnl applicabile ricollega una sanzione conservativa.

L'orientamento giurisprudenziale riportato pare peraltro confermare l'ipotesi interpretativa, altrove proposta (8), tesa a valorizzare la separazione tra la sfera dei fatti materiali della condotta dai suoi elementi soggettivi, emblematicamente palese proprio nella fattispecie dell'insubordinazione, contraddistinta intrinsecamente dalla predominanza dell'elemento soggettivo sulla materialità della condotta. Le diverse modalità in cui può manifestarsi una condotta d'insubordinazione rinviano anche alla questione dell'applicabilità, dopo le modifiche dell'art. 18 Stat. lav., del principio di proporzionalità al licenziamento disciplinare.

Rinviando sul punto alla giurisprudenza già commentata nel precedente osservatorio e alle relative considerazioni formulate (9), si segnala qui l'ordinanza del Trib. Milano 18 aprile 2013 – giudice Lualdi –, in cui, discostandosi apparentemente da un proprio precedente orientamento (10), è stata applicata la tutela indennitaria forte, in caso di ac-

(8) M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri, D. Dalfino, *op. ult. cit.*, p. 31.

(9) M. Barbieri, *La nuova disciplina sostanziale del licenziamento individuale: prime risposte giurisprudenziali*, in *q. Riv.*, 2013, II, pp. 341 ss.

(10) Trib. Milano 28 gennaio 2013 – giudice Lualdi –, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, p. 769, con nota di M. Borzaga; in *q. Riv.*, 2013, II, p. 685, con nota di A. de Salvia. Il caso aveva a oggetto un licenziamento disciplinare irrogato a un dipendente per aver provocato un incidente stradale in seguito a un sorpasso di veicoli in lenta movimentazione, in un tratto di strada con linea discontinua (dunque in assenza di un divieto di sorpasso). Sulla base delle circostanze oggettive e soggettive del fatto, tenuto conto altresì che il Ccnl applicabile prevedeva il divieto di licenziamento per giusta causa nel più grave caso di ritiro della patente all'autista e

certata violazione del principio *ex art. 2106 cod. civ.* Nel caso specifico, infatti, il licenziamento irrogato a fronte di una condotta materiale consistente nella fruizione di giorni di ferie oltre il monte ferie disponibile, senza una preventiva autorizzazione, ma giustificata sulla base di una diffusa prassi aziendale, è stato ritenuto non proporzionato, pur rientrando astrattamente nell'ipotesi di «un'assenza ingiustificata protrattasi per oltre 4 giorni», punibile con la sanzione espulsiva secondo la contrattazione collettiva. Tuttavia, secondo il giudice, «la diversa “componente” psicologica e/o la gravità del fatto contestato (all'esito della necessaria contestualizzazione) certamente non riqualificano la condotta in sé, e ancor meno non consentono di affermare l'insussistenza del fatto contestato; ciò che muta non è infatti il fatto in sé, ma la componente “soggettiva” della fattispecie, che certamente non altera la rilevanza fattuale della condotta», e dunque «il licenziamento deve conseguentemente ritenersi illegittimo non alla luce dell'insussistenza del fatto, ma stante la non congruità e/o non proporzionalità della sanzione irrogata, vertendosi pertanto in una delle “altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa”».

4. — *Il recesso per giustificato motivo oggettivo e la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento* — Una questione interpretativa ancora molto controversa in giurisprudenza in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo è il significato da attribuire all'espressione «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento», in presenza della quale il giudice «può» applicare la tutela reintegratoria attenuata del comma 4, invece di quella indennitaria del comma 5, applicabile invece «nelle altre ipotesi in cui [il giudice] accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo oggettivo» (11).

Innanzitutto, è stato affermato come «tale norma debba essere riletta alla luce del dettato costituzionale che pone il lavoro a fondamento della Repubblica e dell'effettiva partecipazione alla vita sociale dei cittadini, ai sensi degli artt. 1, 2, 3, 4, 35, 36, 37, 38, 39, 40 e 51 Cost. Pertanto, l'apparente discrezionalità del giudice, sottesa al predicato verbale utilizzato dalla normativa ordinaria “può”, non consente affatto al giudice di individuare un rimedio alternativo alla reintegrazione del

prescriveva espressamente il rispetto del principio di proporzionalità nell'irrogazione del recesso, il giudice disponeva la reintegrazione *ex* comma 4.

(11) Art. 18, comma 7, Stat. lav.

lavoratore nel precedente posto di lavoro, trattandosi questa, infatti, della soluzione ideale a cui tende la Carta costituzionale e a cui, conseguentemente, deve essere vincolato il giudice in mancanza di chiare e precise indicazioni di segno opposto da parte del legislatore» (Trib. Foggia 11 settembre 2013 – giudice Mancini).

A tale soluzione ermeneutica sembra, del resto, uniformarsi, sebbene soltanto implicitamente, la giurisprudenza di merito di seguito illustrata che applica il rimedio della tutela reintegratoria attenuata in tutte le ipotesi di «manifesta insussistenza del fatto» posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Quanto alle concrete fattispecie, finora riscontrate, la mancata soppressione delle funzioni precedentemente svolte dal dipendente licenziato, congiuntamente al loro conferimento ad altro lavoratore, ha portato a ritenere manifestamente insussistenti le ragioni poste a base del recesso (Trib. Rovereto 22 ottobre 2013 – giudice Cuccaro).

Nel caso di un dipendente licenziato da un'impresa di pulizia, il datore di lavoro non provvedeva a provare «in alcun modo i fatti posti a fondamento del licenziamento, per cui gli stessi [venivano] considerati come non sussistenti», con conseguente condanna alla tutela reintegratoria (Trib. Roma 13 febbraio 2014 – giudice Mimmo). In tale ordinanza, tuttavia, il giudice pare aderire alla tesi del fatto in chiave di fatto meramente materiale, in quanto ha precisato che «il fatto addotto dal datore di lavoro come giustificato motivo oggettivo è “manifestamente insussistente” qualora esso non si sia verificato nella realtà», ove, invece, «il fatto sussiste ma non assume dimensioni tali da integrare un giustificato motivo oggettivo si rientrerà nella tutela indennitaria» (12).

Si distingue poi un'ordinanza (Trib. Napoli 3 giugno 2013 – giudice Brizzi), avente a oggetto un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in cui il previo accertamento che, nella fattispecie *de quo*, il datore di lavoro avrebbe dovuto attivare la procedura di licenziamento collettivo *ex lege* n. 223/1991 ha comportato l'applicazione della tutela reintegratoria. In verità, secondo la ricostruzione giudiziale, la totale assenza della procedura di licenziamento collettivo, rendendo il licenziamento individuale *«tamquam non esset* e dunque inefficace, ai sensi del-

(12) Il caso *de quo* aveva a oggetto anche un successivo licenziamento disciplinare per giusta causa basato su un fatto rivelatosi insussistente, cioè la previa irrogazione di tre sanzioni disciplinari conservative ritenute nulle per motivi accertati in corso di causa. Anche con riferimento a tale licenziamento, pertanto, il giudice ha disposto la tutela reintegratoria.

l'art. 4, comma 12», legge n. 223/1991, avrebbe dovuto comportare la sanzione della reintegrazione piena *ex* art. 18, comma 1, ma l'applicazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato *ex* art. 112 cod. proc. civ. ha imposto al giudice di condannare alla reintegrazione attenuata *ex* comma 4.

Al contrario delle fattispecie finora riportate, è stata, invece, applicata la tutela indennitaria forte *ex* comma 5 in un caso, avente a oggetto un recesso giustificato dalla «negativa congiuntura di mercato», in cui «seppure non sia [stata] configura[ta] la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo [è apparsa] viceversa fondata l'eccezione sollevata in ordine alla mancata prova da parte del datore di lavoro di una consona applicazione dei criteri di scelta del lavoratore da licenziare» (Trib. Modena 26 giugno 2013 – giudice Vaccari) (13).

Si riscontra, poi, come nella giurisprudenza di merito sia ancora molto dubbio il rapporto tra l'obbligo di *repêchage* e il presupposto applicativo della tutela reintegratoria debole della «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento».

Ha finora trovato conferma il primo orientamento sul punto (Trib. Milano 20 novembre 2012 – giudice Casella) che ha comminato la tutela indennitaria forte in caso di violazione dell'obbligo di *repêchage*. Secondo il Trib. Roma 8 agosto 2013 – giudice Pagliarini –, infatti, tale violazione «non è propriamente il fatto posto a base del licenziamento, costituendone invece una conseguenza, nel senso che il datore di lavoro, una volta venuta meno la posizione lavorativa, è tenuto, prima di recedere dal contratto, a verificare se vi sia possibilità di ricollocazione del dipendente all'interno dell'azienda. Sicché alla violazione dell'obbligo di *repêchage* consegue unicamente l'accertamento che “non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo”» (analogamente anche Trib. Varese 4 settembre 2013 – giudice Fumagalli) (14).

Conformemente, il Trib. Genova 14 dicembre 2013 – giudice Basilio – ha condannato alla mera tutela indennitaria in caso di mancata ricollocazione in una diversa sede di lavoro del dipendente licenziato, così motivando: «se infatti nel giustificato motivo v'è un nucleo distinto attinente al fatto posto a suo fondamento, occorre identificare gli elementi che, rientrando nella prima nozione [fatto posto a base del li-

(13) In *Lav. giur.*, 2013, p. 805, con nota di M.G. Greco.

(14) Tutte e tre le citate ordinanze sono in *Mass. giur. lav.*, 2013, p. 747, con nota di A. Vallebona.

enziamento] siano però esclusi dalla seconda [giustificato motivo oggettivo]. Tra questi vi sarebbe l'impossibilità del *repêchage*. Si tratta d'un connotato introdotto dalla giurisprudenza nell'istituto normativo per rimarcare il carattere di *extrema ratio* del recesso. Ma nell'operazione di vistoso ridimensionamento delle tutele, compiuta dal legislatore con la legge n. 92/2012, quell'affermazione pare superata: il licenziamento giustificato da ragioni economiche non costituirebbe più una soluzione estrema per l'imprenditore (15). Di conseguenza l'impossibilità di ricollocare il lavoratore non potrebbe (più) dirsi elemento costitutivo della fattispecie concreta; il mancato assolvimento del relativo onere della prova ricadrebbe piuttosto nella sfera della legittimità in senso lato, riconducibile alla seconda locuzione normativa».

Diversamente, e condivisibilmente, il Trib. Reggio Calabria 3 giugno 2013 – giudice Morabito – ha ritenuto che «alla luce della migliore dottrina fino al momento espressa anche dalla novella della legge n. 92/2012, questo giudice ritiene che il *repêchage* configuri “un attributo normativo sostanziale nella definizione di giustificato motivo oggettivo”, ricostruzione che muove dalla – parimenti condivisibile – nozione di “fatto” non distinguibile dalla valutazione e connotazione giuridica del fatto stesso [e che] la soppressione del posto di lavoro, pur se sussistente, non possa configurare il gmo se a essa non si accompagni la prova della impossibilità di riutilizzare il lavoratore all'interno dell'impresa».

Sempre sulla nozione di «fatto», collegata alla sua «manifesta insussistenza», si evidenziano tre ordinanze (Trib. Roma 16 luglio 2013 – giudice Pucci –; Trib. Venezia 11 settembre 2013; Trib. Bologna 7 ottobre 2013 – giudice Marchesini), in cui i giudici hanno applicato la tutela reintegratoria attenuata, in assenza di giustificato motivo oggettivo, forse in ragione della particolarità della fattispecie. I ricorrenti, dipendenti a tempo determinato dell'Anas Spa, in virtù di un contratto di somministrazione, venivano licenziati a causa della soppressione dell'Istituto di vigilanza a cui erano stati assegnati e, altresì, del trasferimento *ex lege* al ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del solo personale con

(15) Qui l'ordinanza sembra far dipendere le soluzioni ermeneutiche da una presunta ricostruzione della volontà del legislatore, ma vd., al proposito, M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, p. 32, e gli Autori e la giurisprudenza ivi citati alla nota n. 87.

rapporto a tempo indeterminato (ai sensi dell'art. 32, comma 5, d.l. n. 98/2011, convertito in legge n. 111/2012). Ebbene, a seguito della riqualificazione dei rapporti *de quibus* in rapporti di lavoro a tempo indeterminato e una volta verificata la conseguente insussistenza della causale giustificativa del licenziamento, i giudici, rinvenendo la manifesta insussistenza del fatto (inteso quale fatto giuridico), hanno disposto la tutela reintegratoria attenuata (16).

È stato, infine, ricondotto alla fattispecie del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, «manifestamente» privo della giustificazione, il recesso esercitato per infruttuoso esperimento del periodo di prova, sulla base di un relativo patto dichiarato nullo (Trib. Roma 21 dicembre 2013 – giudice Selmi). Precisamente, l'accertamento dell'instaurazione di un precedente rapporto di lavoro a tempo indeterminato e la conseguente nullità del termine apposto a un successivo contratto di lavoro, in cui era stato anche apposto un patto di prova, hanno comportato la nullità derivata di quest'ultimo, a cui avrebbe dovuto seguire la declaratoria di nullità del licenziamento con le conseguenze di cui all'art. 18, comma 1, Stat. lav.

5. — *La mancata contestazione dell'addebito e la tutela applicabile* — In seguito alle modifiche del regime sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo, è oggi prevista la tutela indennitaria cd. dimezzata per le violazioni procedurali, ai sensi dell'art. 18, comma 6, Stat. lav. (17).

In sede di commento alla novella legislativa (18), è stato, però, evidenziato come la totale assenza di una previa contestazione dell'addebito disciplinare non possa essere assimilata a un mero vizio procedurale, configurando, invece, una vera e propria «insussistenza del fatto contestato».

Ove si ritenesse che la mancata contestazione dell'addebito e, dunque, la completa omissione del procedimento disciplinare siano san-

(16) Si sottolinea che una delle ordinanze è stata resa dallo stesso giudice bolognese che per primo interpretò il riferimento al «fatto» come «fatto giuridico» (Trib. Bologna 7 ottobre 2013 – giudice Marchesini). Anche in quest'ultimo provvedimento è stato ribadito che per fatto debba intendersi il «fatto globalmente accertato, nell'*unicum* degli elementi costitutivi del fatto, ossia la condotta, l'evento, il nesso causale, l'elemento soggettivo, l'antigiuridicità e le premesse di fatto e diritto che costituiscono presupposto del provvedimento».

(17) Nella norma sono espressamente indicate le violazioni del requisito di motivazione *ex* art. 2, comma 2, legge n. 604/1966, della procedura *ex* art. 7, legge n. 300/1970, nonché di quella *ex* art. 7, legge n. 604/1966.

(18) M. Barbieri, *op. ult. cit.*, p. 45, e gli altri Autori ivi citati alla nota n. 164.

zionate con il rimedio più tenue dell'indennità risarcitoria onnicomprensiva tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, si porrebbero, infatti, fondati dubbi di legittimità costituzionale della previsione, innanzitutto con riferimento all'art. 24 Cost. che impone di consentire al lavoratore di esercitare il suo diritto di difesa.

Secondo la soluzione ermeneutica proposta, «una interpretazione costituzionalmente orientata è relativamente facile se si accetta la prospettiva che l'insussistenza del fatto contestato cui consegue la tutela reintegratoria attenuata si riferisca al fatto contestato nella sua totalità, onde semplicemente si può affermare che un fatto non contestato, proprio in quanto tale, non sussiste come “fatto contestato”» (19).

In tal senso si è espressa anche la giurisprudenza (Trib. Milano 26 aprile 2013 – giudice Ravazzoni), interpretando la mancanza di una previa contestazione dell'addebito disciplinare quale indice di una totale assenza di rilevanza del comportamento posto a base del licenziamento disciplinare, con riconduzione della fattispecie alla categoria dell'insussistenza del fatto contestato *ex art. 18, comma 4, Stat. lav.* e conseguente applicazione del relativo regime sanzionatorio.

(19) M. Barbieri, *ibidem*.

RAPPORTO DI LAVORO E DIRITTO SINDACALE

I

CORTE DI GIUSTIZIA UE, 12 dicembre 2013, causa C-361/12, Sez. Terza – Pres. Ilešič, Est. Toader, Avv. Gen. N. Wahl – Carmela Caratù c. Poste italiane Spa.

Contratto a termine – Direttiva n. 1999/70/Ce – Clausola 4, punto 1, dell’Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato inserito in allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce del 28 giugno 1999 – Possibilità di applicazione diretta nei confronti di un ente pubblico – Sussiste – Natura di ente pubblico di Poste italiane Spa – Sussiste – Possibilità di far valere direttamente la clausola n. 4, punto 1, nei confronti di Poste italiane Spa – Sussiste.

Contratto a termine – Clausola n. 4, punto 1, dell’Accordo quadro europeo – Nozione di «condizioni di lavoro» – Indennità prevista in relazione all’illecita apposizione del termine – Rientra nella nozione di «condizioni di lavoro».

Contratto a termine – Clausola n. 4, punto 1, dell’Accordo quadro europeo – Necessità di trattare in maniera identica l’indennità corrisposta in caso di illecita apposizione del termine e quella versata in caso di illecita interruzione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato – Non sussiste.

La clausola 4, punto 1, dell’Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, inserito in allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all’Accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che può essere fatta valere direttamente nei confronti di un ente pubblico, quale Poste italiane Spa. (1)

La clausola 4, punto 1, del medesimo Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretata nel senso che la nozione di «condizioni di lavoro» include l'indennità che un datore di lavoro è tenuto a versare a un lavoratore, a causa dell'illecita apposizione di un termine al contratto di lavoro. (2)

Sebbene il menzionato Accordo quadro non osti a che gli Stati membri introducano un trattamento più favorevole rispetto a quello previsto dall'accordo stesso per i lavoratori a tempo determinato, la clausola 4, punto 1, di detto Accordo quadro deve essere interpretata nel senso che non impone di trattare in maniera identica l'indennità corrisposta in caso di illecita apposizione di un termine a un contratto di lavoro e quella versata in caso di illecita interruzione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato. (3)

II

CORTE DI GIUSTIZIA UE, 12 dicembre 2013, causa C-50/13, Sez. Ottava, ord. – Pres. Fernlund, Est. Ó Caoimh, Avv. Gen. J. Kokott – Rocco Papalia c. Comune di Aosta.

Contratto a termine – Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce – Utilizzo abusivo da parte di un datore pubblico di una successione di contratti a tempo determinato – Previsione per il lavoratore unicamente del diritto al risarcimento del danno, subordinato all'obbligo di fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego – Eccessiva difficoltà nell'adempimento dell'onere probatorio – Compatibilità della normativa nazionale con le previsioni dell'Accordo quadro europeo – Non sussiste.

L'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'Accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato, dev'essere interpretato nel senso che esso osta ai provvedimenti previsti da una normativa nazionale, quale quella oggetto del procedimento principale, la quale, nell'ipotesi di utilizzo abusivo, da parte di un datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, preveda soltanto il diritto, per il lavoratore interessato, di ottenere il risarcimento del danno che egli reputi di aver sofferto a causa di ciò, restando esclusa qualsiasi trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, quando il diritto a detto risarcimento è subordinato all'obbligo, gravante su detto lavoratore, di

fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego, se detto obbligo ha come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte del citato lavoratore, dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione. Spetta al giudice del rinvio valutare in che misura le disposizioni di diritto nazionale volte a sanzionare il ricorso abusivo, da parte della pubblica amministrazione, a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato siano conformi a questi principi. (4)

III

CASSAZIONE, 2 dicembre 2013, n. 26951, Sez. lav. – Pres. Roselli, Est. Venuti, P.M. Fresa (conf.) – Azienda sanitaria Regione Umbria UsI (*Omissis*) (avv.ti Caldara, Zingarelli) c. P.M. (avv.ti Riommi, Falla Trella).

Conf. Corte d'Appello Perugia, 26 febbraio 2009.

Contratto a termine – Assunzione a termine nel pubblico impiego privatizzato – Violazione delle disposizioni in materia di contratto di lavoro a termine – Diritto alla costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato – Non sussiste – Diritto al risarcimento del danno – Sussiste.

Contratto a termine – Lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche – Violazione delle disposizioni in materia di contratto di lavoro a termine – Riconoscimento del solo risarcimento del danno – Carattere speciale del regime sanzionatorio – Adeguatezza rispetto alle previsioni della Direttiva n. 1999/70/Ce – Sussiste.

Nell'ipotesi di assunzioni a termine nel pubblico impiego privatizzato, il d.lgs. n. 80/1998, art. 36, comma 8, applicabile ratione temporis alla fattispecie in esame, successivamente riprodotto negli stessi termini dal d.lgs. n. 165/2001, art. 36, comma 5, nel disporre che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, riconosce al lavoratore interessato il diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di norme imperative; principio correttamente applicato dal giudice di merito (che ha attribuito il risarcimento del danno nella misura di dieci mensilità di retribuzione). (5)

La disciplina di cui al d.lgs. n. 165/2001, art. 36, introduce un proprio e specifico regime sanzionatorio con un'accentuata responsabilizzazione del dirigente pubblico e il riconoscimento del diritto al risarcimento dei danni subiti dal lavoratore e, pertanto, è speciale e alternativa rispetto alla disciplina di cui al d.lgs. n. 368/2001, art. 5, ma pur sempre adeguata alla Direttiva n. 1999/70/Ce, in quanto idonea a prevenire e sanzionare l'utilizzo abusivo dei contratti a termine da parte della pubblica amministrazione. (6)

(*) Il testo delle sentenze è pubblicato in www.ediesseonline.it/riviste/rgl

(1-6) IMPIEGO PUBBLICO, VIOLAZIONE DELLE REGOLE
SUL LAVORO A TERMINE E ADEGUATEZZA DELLE SANZIONI:
SPUNTI RECENTI DALLA CORTE DI GIUSTIZIA

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. La sentenza della Corte di Giustizia nella causa *Carratù*. — 3. L'ordinanza nella causa *Papalia*: un altro passo avanti verso una maggiore effettività della tutela. — 4. Qualche osservazione conclusiva.

1. — *Introduzione* — La materia della regolamentazione del lavoro a tempo determinato nell'ambito del lavoro pubblico e, in particolare, il profilo riferibile alle conseguenze sanzionatorie riconducibili alla violazione delle regole (e all'effettività delle tutele previste) sono stati oggetto, nel dicembre 2013, di un duplice, atteso intervento della Corte di Giustizia, chiamata nuovamente ad affrontare dei casi italiani con le decisioni relative alle cause *Carratù* (C-361/12) e *Papalia* (C-50/13), mentre si attende a breve la pronuncia degli eurogiudici nelle cause *Napolitano* (C-418/13) e *Mascolo* (C-22/13), anch'esse concernenti il precariato nel pubblico impiego (nello specifico, il settore interessato è quello della scuola); per queste ultime due pregiudiziali, che sono state riunite, la discussione orale davanti alla Corte di Giustizia è prevista per la fine di marzo del 2014.

Le ultime decisioni della Corte di Lussemburgo si collocano peraltro in un contesto che ha visto, nell'estate del 2013, un'importante evoluzione nel dialogo tra le Corti superiori, salutato con favore dalla dottrina (1), che ha condotto la nostra Corte costituzionale a proporre – con ordinanza n. 207 del 18 luglio 2013 – un rinvio pregiudiziale (2) alla Corte di Lussemburgo, proprio in relazione al si-

(1) Sul punto, v. ampiamente L. Menghini, *Riprende il dialogo tra le Corti superiori: contratto a termine e leggi retroattive*, in *q. Riv.*, 2013, II, pp. 580 ss.; V. De Michele, *L'interpretazione comunitaria della Corte costituzionale sulla «nuova» disciplina del contratto a termine*, in *Law. giur.*, 2013, pp. 813 ss.; Id., *L'ordinanza «Napolitano» di rinvio pregiudiziale Ue della Corte costituzionale sui precari della scuola: la rivoluzione copernicana del dialogo diretto tra i giudici delle leggi nazionali ed europee*, in www.europeanrights.eu, 2013.

(2) Sulla Corte costituzionale come «giudice di rinvio» v. M. Cartabia, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia europea*, in N. Zanon (a cura di), *Le*

stema interno delle supplenze scolastiche (3). D'altra parte, come è ampiamente noto, con riguardo al precariato pubblico la situazione è divenuta ormai difficilmente sostenibile per l'Italia, che, per gli abusi di ripetizione del contratto a termine, è divenuta una sorta di «sorvegliato speciale» (4) a livello sovranazionale, con un contenzioso di dimensioni rilevanti, che è arrivato fino alla Corte di Strasburgo (5). E questo al netto del vero e proprio «*bailamme* normativo, la danza con il demone della paura che vede indissolubilmente legato il legislatore e le sue disorganiche urgenze» (6), che ha interessato la materia della regolamentazione del lavoro a tempo determinato negli ultimi dieci anni, la cui ultima (ma intuibilmente non definitiva) puntata è riconducibile alle misure del cd. «*Jobs Act*» appena varato dal governo Renzi, rispetto al quale i primi commentatori hanno subito sottolineato come le scelte fatte – che toccano non solo gli spazi del contratto acausale «legale», ma anche il sistema delle proroghe – facciano già intravedere sullo sfon-

Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana, Esi, Napoli, 2006, pp. 99 ss.; G. Gaja, *La Corte costituzionale di fronte al diritto comunitario*, in L. Daniele (a cura di), *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale*, Esi, Napoli, 2006, pp. 277 ss.

(3) Trattasi appunto del caso *Napolitano* (C-418/13) sopra richiamato, rispetto al quale è imminente la decisione della Corte di Giustizia. Ci sembra importante ricordare come la Commissione, depositando il 17 ottobre 2013 le proprie osservazioni in detta causa, abbia avuto modo di sottolineare di dubitare seriamente (in termini di necessità e proporzionalità) della reale rispondenza della legislazione italiana in causa (relativa, lo ricordiamo ancora una volta, al personale supplente nelle scuole) rispetto alle esigenze di flessibilità legate a imprevedibili e temporanee variazioni della popolazione scolastica, rilevando come, almeno a una prima valutazione, «il ricorso a contratti a termine successivi per la copertura di vacanze in organico che tale legislazione consente non può pertanto considerarsi giustificata da ragioni obiettive come previsto dalla clausola 5, punto 1, lett. a, dell'Accordo quadro». Per un inquadramento delle problematiche specifiche legate al precariato scolastico e un'argomentazione critica agli ultimi orientamenti in materia della Cassazione (vd. in part. Cass. 20 giugno 2012, n. 10127, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, pp. 870 ss., con nota di L. Fiorillo) si rinvia a L. Menghini, *La successione dei contratti a termine con la p.a. e le supplenze scolastiche: diritto interno e diritto europeo*, in *q. Riv.*, 2012, I, pp. 699 ss.; Id., *Lavoro flessibile e lavoro precario alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, relazione presentata alla Scuola superiore della magistratura, Scandicci, 27 maggio 2013, che può leggersi sul sito della Scuola. In argomento v. anche, ampiamente, P. Coppola, *I recenti interventi legislativi sul contratto a termine. A forte rischio la tenuta euromunitaria del sistema interno*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, 2014, n. 198, in <http://csdle.lex.unict.it/workingpapers>.

(4) Così L. Menghini, *Riprende il dialogo tra le Corti superiori: contratto a termine e leggi retroattive*, in *q. Riv.*, 2013, II, p. 590.

(5) Cfr., di recente, il caso *Angileri c. Italia*, ricorso n. 44205/2012, depositato il 12 luglio 2012 avverso la sentenza n. 392/2012 della Corte di Cassazione che aveva negato al lavoratore interessato sia la riqualificazione del rapporto in contratto a tempo indeterminato sia il risarcimento del danno; in argomento vd. V. De Michele, *La sentenza Carratù e l'ordinanza Papalia della Corte di Giustizia, la sentenza Montalto della Cedu, le ordinanze di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale e della Cassazione, ricostruiscono la tutela effettiva dei lavoratori*, in *Diritti umani in Italia*, www.duithbase.it, 31 gennaio 2014.

(6) Così P. Coppola, *I recenti interventi legislativi sul contratto a termine. A forte rischio la tenuta euromunitaria del sistema interno*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, 2014, n. 198, pp. 13-14.

do i rischi per il nostro paese di una procedura d'infrazione della Direttiva europea n. 1999/70/Ce (7), laddove si considerino i vincoli rispetto a una reiterazione illimitata posti da quest'ultima.

2. — *La sentenza della Corte di Giustizia nella causa Carratù* — Con la sentenza del 12 dicembre 2013 nel caso *Carratù* (che peraltro riteniamo debba essere letta e valutata in una sorta di «combinato disposto» con la coeva ordinanza emessa nel caso *Papalia*) la Corte di Giustizia fornisce ai giudici nazionali una serie di importanti coordinate, che alcuni – guardando alle precedenti e ben note decisioni in materia della Corte – hanno inquadrato come «un *revirement* (sentenza *Mangold*, ordinanze *Vino*, sentenza *Viscido*), una revisione-integrazione (sentenza *Scattolon*), o una integrazione-correzione (sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo*, ordinanza *Affatato*)» (8). Indubbiamente, anche senza indulgere a entusiasmi forse un po' prematuri, dalla decisione della Corte emerge un interessante (ri)assestamento di prospettiva, che chiama in causa i diritti fondamentali e apre orizzonti potenzialmente «problematici» per i datori di lavoro pubblici in relazione alla ribadita necessità di garantire l'effettività del sistema risarcitorio previsto per contrastare gli abusi (9).

Preliminarmente, per meglio comprendere la valenza della decisione della Corte, appare importante ricostruire, sia pure sinteticamente, la vicenda da cui ha preso origine la causa, che nel caso specifico coinvolgeva quale datore di lavoro Poste italiane Spa: società, come è noto, totalmente in mano pubblica. La lavoratrice interessata era stata assunta da Poste italiane con un contratto a termine per il periodo dal 4 giugno al 15 settembre del 2004; l'apposizione del termine era stata giustificata, in applicazione dell'art. 1 del d.lgs. n. 368/01, con l'esigenza di provvedere alla sostituzione di personale assente nel periodo delle ferie estive. Il contratto di lavoro, peraltro, firmato dalla lavoratrice il 4 giugno 2004, era stato alla stessa restituito con la sottoscrizione del datore solo il 15 giugno. La lavoratri-

(7) Cfr. M. Tiraboschi, M. Giovannone, *Jobs Act: come cambia il contratto a termine*, in *Guida lav.*, 2014, n. 12, pp. 14 ss.

(8) Così V. De Michele, *op. ult. cit.*

(9) Con riguardo alla giurisprudenza antecedente della Corte di Giustizia, vd., tra gli altri, L. Nannipieri, *La Corte di Giustizia e gli abusi nella reiterazione dei contratti a termine: il problema della legittimità comunitaria degli artt. 5, d.lgs. n. 368/2001, e 36, d.lgs. n. 165/2001*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, pp. 742 ss.; A.M. Perrino, *Perplexità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente*, in *Foro it.*, 2007, IV, cc. 75 ss.; L. De Angelis, *Il contratto di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 2007, IV, cc. 344 ss.; N. Zampieri, *Lo stato dell'arte sull'abuso del contratto a termine nel pubblico impiego contrattualizzato*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, pp. 955 ss.; D. Gottardi, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia sui contratti di lavoro a termine e il suo rilievo per l'ordinamento italiano*, in *q. Riv.*, 2012, I, pp. 721 ss.; M.A. La Notte Chirone, *Quale tutela per i precari del pubblico impiego? Spunti per una riflessione*, in *q. Riv.*, 2012, I, pp. 735 ss.; L. Menghini, *La successione dei contratti a termine con la p.a. e le supplenze scolastiche: diritto interno e diritto europeo*, in *q. Riv.*, 2012, I, pp. 699 ss.; V. De Michele, *Il dialogo tra Corte di Giustizia e giudice nazionale in tema di precariato pubblico*, in *q. Riv.*, 2012, I, pp. 755 ss.; A. Olivieri, *La successione di contratti a tempo determinato nella p.a.: la via spagnola e quella italiana*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2013, pp. 769 ss.

ce pertanto, alla scadenza del termine, esperita senza successo la procedura di conciliazione, aveva avviato una causa davanti al Tribunale di Napoli, contestando la legittimità del contratto a tempo determinato e chiedendo la riqualificazione dello stesso in contratto a tempo indeterminato, con conseguente reintegrazione e pagamento di tutte le retribuzioni *medio tempore* maturate. Il giudice del lavoro partenopeo, con sentenza parziale del 25 gennaio 2012, aveva ritenuto la sussistenza di un contratto a tempo indeterminato tra le parti a far tempo dal 4 giugno 2004, rilevando peraltro una contraddizione fra il regime di indennità introdotto dalla legge n. 183/2010 (da 2,5 a un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale) e gli ordinari strumenti risarcitori previsti per ogni altro settore del diritto civile; contraddizione tale da penalizzare il lavoratore a tempo determinato, in violazione tanto dei principi di effettività ed equivalenza della tutela garantita al lavoratore assunto a tempo determinato, quanto del diritto fondamentale a una tutela giurisdizionale effettiva, sancito dagli artt. 47 della Carta di Nizza e 6 della Cedu. Di conseguenza, il Tribunale di Napoli aveva deciso di sospendere il procedimento, proponendo alla Corte di Giustizia ben sette questioni pregiudiziali (10), su tre delle quali (nn. 4, 5 e 7) si è concentrata la verifica della Corte, all'esito della quale la stessa ha rilevato la carenza di necessità di pronunciarsi sulle altre.

Muovendo dall'ultima questione pregiudiziale proposta dal giudice del rinvio (11), la Corte ha dovuto valutare se la clausola 4, punto 1, dell'Accordo quadro, concernente il principio di non discriminazione dei lavoratori a tempo determinato (12), debba essere interpretata nel senso che la stessa possa essere fatta valere direttamente nei confronti di un ente pubblico, quale la società convenuta nel procedimento principale. Sotto tale profilo, la Corte non ha avuto alcun dubbio nell'attribuire a Poste italiane Spa la natura di ente pubblico ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione: richiamando la propria giurisprudenza anche recente (13), la stessa ha infatti sottolineato come nel novero degli enti ai quali si possono opporre direttamente le norme di una direttiva «compare l'ente il quale, indipendentemente dalla sua forma giuridica, sia stato incaricato, con atto della pubblica autorità, di prestare, sotto il controllo di quest'ultima, un servizio di interesse pubblico e che disponga a questo scopo di poteri più ampi di quelli risultanti dalle norme che si applicano tra privati» (vd. par. 29 della sentenza).

(10) Vd. l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Napoli del 13 giugno 2012, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, pp. 958 ss.

(11) La questione pregiudiziale n. 7 verteva sul punto se una società quale la convenuta dovesse ritenersi organismo statale ai fini della diretta applicazione verticale ascendente del diritto europeo e, in particolare, della clausola 4 dell'Accordo quadro e della Carta dei diritti fondamentali.

(12) La clausola n. 4.1 dell'Accordo quadro dispone che: «Per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive».

(13) In particolare Corte di Giustizia Ue 12 settembre 2013, *Kuso*, in causa C-614/11. Sul punto, cfr. anche Corte di Giustizia Ue 12 dicembre 2013, *Portgas*, in causa C-425/12.

I giudici sono poi passati all'esame della quarta e della quinta questione pregiudiziale.

Con la quarta questione, il giudice del rinvio aveva chiesto se la clausola 4, punto 1, dell'Accordo quadro di cui già si è detto dovesse essere interpretata nel senso che la nozione di «condizioni di lavoro» venisse a includere anche l'indennità che un datore di lavoro è tenuto a versare a un lavoratore a causa dell'apposizione illecita di un termine al contratto di lavoro. A questo quesito la Corte ha risposto positivamente, rilevando come detta indennità rientri indubbiamente in tale nozione, dal momento che è «pacífico che una siffatta indennità [sia] corrisposta a un lavoratore a causa del rapporto di lavoro che lo lega al suo datore di lavoro» (vd. par. 37 della sentenza). Si è condivisibilmente osservato che viene così evidenziato, senza possibilità di equivoci, «come la sanzione necessaria a contrastare la illegittima precarizzazione mediante contratti a termine e il principio di eguaglianza siano strettamente connessi» (14).

Il vero e proprio «fulcro» della sentenza *Carratù* è però costituita dalle argomentazioni proposte dalla Corte per risolvere la quinta questione pregiudiziale, con la quale si chiedeva se la diversità tra conseguenze ordinariamente previste nell'ordinamento interno per la illegittima interruzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato e a tempo determinato potessero ritenersi giustificabili ai sensi della clausola 4 dell'Accordo quadro. Come vedremo, proprio da questi passaggi della decisione ci sembra si possa infatti constatare come la stessa venga a inserirsi in una tendenza espansiva dell'operatività dei principi fondamentali (15), consentendone il riconoscimento (nel caso di specie il riferimento è al principio di non discriminazione di cui alla clausola 4 dell'Accordo quadro) non solo in via diretta, ma anche valorizzando il legame di detto principio con un'altra disposizione: nella fattispecie si tratta della clausola 8, punto 1, dell'Accordo quadro, concernente le disposizioni di attuazione, che dispone che «gli Stati membri e/o le parti sociali possono mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli per i lavoratori di quelle stabilite nel presente accordo».

Vale la pena di ripercorrere i passaggi argomentativi della Corte, anche alla luce della considerazione che – proprio nella misura in cui la Corte ha riconosciuto a Poste italiane Spa, la natura di «Stato» – il combinato disposto delle due clausole verrebbe a costituire una disposizione *self-executing* «con conseguente applicazione ascendente» (16): soluzione, ovviamente, che non potrebbe realizzarsi nell'ambito di una controversia tra privati, «perché il principio di uguaglianza/non discriminazione (a efficacia orizzontale) non potrebbe operare da solo, ma in uno con la clausola 8, paragrafo 1, che non ha efficacia orizzontale» (17).

(14) Così P. Coppola, *I recenti interventi legislativi sul contratto a termine. A forte rischio la tenuta eurounitaria del sistema interno*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*, IT, 2014, n. 198, p. 21.

(15) In argomento sia consentito rinviare a R. Nunin, *L'utilizzo dei principi generali nella giurisprudenza europea*, in *q. Riv.*, 2013, I, pp. 277 ss., e ivi ulteriori riferimenti.

(16) Così P. Coppola, *op. ult. cit.*, p. 29.

(17) P. Coppola, *ibidem*.

Nell'affrontare la questione, la Corte di Giustizia muove da un richiamo alla valenza della clausola 4 dell'Accordo quadro, osservando come la stessa miri a dare applicazione al principio di non discriminazione nei confronti dei lavoratori a tempo determinato, «al fine di impedire che un rapporto di impiego di tale natura venga utilizzato da un datore di lavoro per privare questi lavoratori di diritti riconosciuti ai lavoratori a tempo indeterminato» (vd. par. 41 della sentenza). Peraltro, la Corte non manca di ricordare come, già sulla base della formulazione letterale della clausola 4.1 dell'Accordo, «la parità di trattamento non si applica fra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato non comparabili» (par. 42 della sentenza): sotto questo profilo, però, si osserva come non possano ritenersi comparabili le tutele previste per i lavoratori a tempo indeterminato in caso di licenziamento illegittimo e l'indennità dovuta per l'ipotesi di violazione delle regole in materia di lavoro a tempo determinato (parr. 43 e 44 della sentenza). Viene così esclusa *de plano* l'applicazione della clausola 4.1 in una controversia quale quella oggetto del procedimento principale. Qui però ecco che abbiamo un passaggio importante: infatti, sia pure esclusa l'applicazione della clausola 4.1 dell'Accordo quadro, la Corte ritiene però di poter chiamare in gioco la clausola 8.1 dell'Accordo, ricordando come la stessa disponga che gli Stati membri e/o le parti sociali possono mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli per i lavoratori di quelle stabilite nell'accordo stesso. E dunque – precisa la Corte – «dal combinato disposto delle summenzionate clausole 4, punto 1, e 8, punto 1, risulta che queste legittimano gli Stati membri che lo desiderino a introdurre disposizioni più favorevoli ai lavoratori a tempo determinato e, pertanto, ad assimilare, in un'ipotesi come quella in discussione nel procedimento principale, le conseguenze economiche della illecita conclusione di un contratto di lavoro a tempo determinato a quelle che possono derivare dalla illecita interruzione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato» (par. 47 della sentenza).

Di conseguenza, un'equiparazione verso l'alto è sempre possibile, ed è significativo che di tale principio abbia iniziato a fare applicazione una giurisprudenza di merito immediatamente successiva alla sentenza *Carratù*. Infatti, il Tribunale di Napoli, in funzione di giudice del lavoro, con sentenza del 18 dicembre 2013, in una vertenza riguardante la nullità di un contratto di lavoro a termine, proposta da un lavoratore nei confronti di Poste italiane Spa, ha ritenuto che con il d.lgs. n. 368/01 il legislatore interno avesse scelto a suo tempo di equiparare le conseguenze patrimoniali delle due situazioni (illecita *conclusione* di un rapporto a tempo determinato e illecita *interruzione* di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato): «fino alla entrata in vigore della legge n. 183/10, che ha introdotto l'art. 32, comma 7, le due situazioni sono equiparabili, per scelta interna, e rientranti nell'ambito di applicazione della clausola 4, per cui l'assetto normativo interno, ferma restando la sua successiva modificabilità nei limiti di cui alla clausola 8, punto 3, non può essere modificato con assetto retroattivo, andando a incidere su una situazione giuridica coperta dalla tutela di cui alla clausola 4 e dunque sulla operatività della stessa» (18).

(18) Trib. Napoli 18 dicembre 2013, in *Foro it.*, 2014, I, cc. 586 ss. La sentenza è stata redatta dal medesimo estensore dell'ordinanza di rinvio che ha portato alla sentenza *Carratù*.

3. — *L'ordinanza nella causa Papalia: un altro passo avanti verso una maggiore effettività della tutela* — Se dalla sentenza *Carratù* si può evincere un ampliamento della portata precettiva dei principi fondamentali, che operano anche combinati ad altre disposizioni (in specie la clausola 8.1 dell'Accordo quadro), «ove queste determinino l'innalzamento in alto delle tutele» (19), ulteriori significative indicazioni emergono dalla coeva ordinanza sul caso *Papalia* (C-50/13), che assume una posizione (almeno apparentemente) alquanto decisa sulla questione del risarcimento del danno. Tale pronuncia della Corte, proprio alla luce del potenziale impatto in materia di effettività della tutela per la galassia del precariato pubblico, ha già suscitato peraltro reazioni diverse tra i primi commentatori, alcuni dei quali hanno espresso valutazioni entusiastiche (20), mentre altri hanno ritenuto che un tale entusiasmo sia forse prematuro, formulando l'impressione «che si debbano scrivere ancora molti capitoli della saga» (21).

La vicenda decisa dalla Corte con l'ordinanza del 2 dicembre 2013 trae origine da una controversia tra un lavoratore a termine – direttore della banda municipale – e il Comune di Aosta, vertente sul risarcimento del danno che il ricorrente lamentava a causa del ricorso del predetto ente locale alla stipula (a far tempo dal 1983 e fino al 2012) di una successione di contratti a tempo determinato. A seguito della comunicazione da parte del Comune che alla scadenza dell'ultimo contratto a termine, nel 2012, l'ente intendeva porre fine al rapporto di lavoro, il lavoratore si era rivolto al Tribunale di Aosta chiedendo, oltre all'accertamento dell'illegittimità dell'apposizione del termine al contratto di lavoro, anche la trasformazione del rapporto di lavoro in un rapporto a tempo indeterminato e, in subordine, il risarcimento del danno. Il Tribunale di Aosta non aveva ritenuto di

tà. Proprio sulla base dei principi espressi nella sentenza *Carratù*, in relazione all'ipotesi di cui al comma 7 dell'art. 32 della legge n. 183/10 potrebbe ipotizzarsi la non applicazione della predetta disposizione per violazione della clausola 4 dell'Accordo quadro, in combinato con la clausola 8.1: «Ritenere che sia possibile, in forza del comma 7 dell'art. 32, che una situazione ricadente nell'ambito del combinato disposto di cui alle clausole 4 e 8, punto 1 [...], possa essere lesa da disposizione interna con efficacia retroattiva, significa attribuire alla disposizione interna la possibilità di ledere un diritto derivante dalla clausola 4, dunque consentire alla norma interna di ledere un principio fondamentale dell'ordinamento Ue»; così P. Coppola, *op. ult. cit.*, p. 23. Deve sottolinearsi che la questione relativa all'ammissibilità di una norma con efficacia retroattiva, quale quella di cui all'art. 32, comma 7, della legge n. 183/10, era oggetto della sesta questione pregiudiziale proposta alla Corte di Giustizia nella causa *Carratù*, sulla quale peraltro la Corte non si è pronunciata, ritenendola assorbita. Segnaliamo infine che in senso contrario all'orientamento espresso dal Tribunale di Napoli si è di recente espressa Corte d'App. Cagliari-Sassari 17 gennaio 2014, inedita, a quanto consta.

(19) Così P. Coppola, *op. ult. cit.*, p. 30.

(20) Cfr. V. De Michele, *La sentenza Carratù e l'ordinanza Papalia della Corte di Giustizia, la sentenza Montalto della Cedu, le ordinanze di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale e della Cassazione, ricostruiscono la tutela effettiva dei lavoratori*, in *Diritti umani in Italia*, www.dnitbase.it, 31 gennaio 2014.

(21) Così A.M. Perrino, *La Corte di Giustizia come panacea dei precari?*, in *Foro it.*, 2014, IV, cc. 91 ss.

riconoscere il diritto alla trasformazione del rapporto in forza dell'applicazione dell'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165/01; tuttavia il giudice adito aveva deciso di sospendere il giudizio e sottoporre alla Corte di Giustizia una questione pregiudiziale, chiedendosi se le disposizioni del predetto art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165/01 potessero considerarsi tali da tutelare un lavoratore contro gli abusi derivanti da ricorso a una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato, e se queste stesse disposizioni fossero compatibili con la clausola 5 dell'Accordo quadro, dedicata alla prevenzione degli abusi.

Nell'affrontare la questione, la Corte richiama preliminarmente la propria precedente giurisprudenza (22), ribadendo che la clausola 5 dell'Accordo quadro in materia di lavoro a termine non contempla un obbligo generale degli Stati membri – a fronte di una successione di contratti a termine nel settore pubblico – di prevedere la trasformazione in un contratto a tempo indeterminato del contratto a termine, contemplando unicamente, laddove tale trasformazione non sia prevista, la necessità di «un'altra misura effettiva per evitare, ed eventualmente sanzionare, l'utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato» (23); misure che sono elencate al punto 1, lett. da *a* a *e*, della clausola 5 (ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo, durata massima totale o numero dei rinnovi), qualora il diritto nazionale non provveda già misure equivalenti. Inoltre, precisa la Corte, «quando, come nel caso di specie, il diritto dell'Unione non prevede sanzioni specifiche nel caso in cui siano stati comunque accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure che devono rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'Accordo quadro» (24).

Proprio in relazione all'effettività delle tutele previste emergono le perplessità della Corte. Rilevata, infatti, l'assoluta incertezza del criterio risarcitorio ricavabile dall'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/01 – considerato inefficace e inadeguato a sanzionare gli abusi anche nelle osservazioni depositate il 29 aprile 2013 dalla Commissione –, dal momento che lo stesso imporrebbe al lavoratore pubblico di provare che il proseguimento del lavoro in una successione di contratti a termine illegittimi l'abbia indotto a dover rinunciare a opportunità di impiego migliori, la Corte osserva come una tale prova di fatto «può rivelarsi difficilissima, se non quasi impossibile da produrre da parte del lavoratore», non potendosi di conseguenza escludere che una tale prescrizione «sia tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte di questo lavoratore, dei diritti attribuitigli dall'ordinamento dell'Unione e, segnatamente, del suo diritto al risarcimento del danno sofferto, a causa dell'utilizzo abusivo, da parte del suo ex

(22) Cfr., tra le altre, le decisioni della Corte nelle cause *Adeneler et al.* (Corte di Giustizia Ce 4 luglio 2006, C-212/04), *Marrasu e Sardino* (Corte di Giustizia Ce 7 settembre 2006, C-53/04), *Vassallo* (Corte di Giustizia Ce 7 settembre 2006, C-180/04), *Angelidaki et al.* (Corte di Giustizia Ce 23 aprile 2009, C-378-379-380/07), *Affatato* (Corte di Giustizia Ue 1° ottobre 2012, C-3/10, ord.).

(23) Par. 17 dell'ordinanza *Papalia*.

(24) Par. 20 dell'ordinanza.

datore di lavoro pubblico di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato» (25). Ovviamente al giudice nazionale sono rimesse le verifiche del caso, ma il passo avanti compiuto dalla Corte rispetto alla propria precedente giurisprudenza emerge nella parte finale dell'ordinanza, laddove la questione viene risolta nel senso che l'Accordo quadro *osta* a una normativa nazionale, quale quella considerata (art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/01), che, nell'ipotesi di utilizzo abusivo da parte di un datore di lavoro pubblico di una successione di contratti a termine, «preveda soltanto il diritto, per il lavoratore interessato, di ottenere il risarcimento del danno [...] restando esclusa qualsiasi trasformazione del rapporto [...], quando il diritto a detto risarcimento è subordinato all'obbligo, gravante su detto lavoratore, di fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego, se detto obbligo ha come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte del citato lavoratore, dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione» (26).

Indubbiamente le perplessità della Corte sembrano concentrarsi sul regime probatorio del risarcimento del danno (27), e in particolare sull'assenza di qualsiasi «agevolazione presuntiva» per il lavoratore pubblico, chiamato a dimostrare in concreto non solo l'*esistenza*, ma anche la *consistenza* dei pregiudizi subiti in ragione della violazione delle regole in tema di lavoro a termine, con conseguente rischio di violazione del principio di effettività della tutela antiabusi. Proprio per questa ragione, se appare sostanzialmente condivisibile l'osservazione di chi ha rilevato come la decisione della Corte nel caso *Papalia* solo con un'evidente forzatura potrebbe considerarsi quale «panacea dei precari» (28), il rinnovato accento posto sul principio di effettività/dissuasività della sanzione per i comportamenti di abuso, nei termini di cui all'ordinanza, sembra aprire ben più di uno spiraglio verso un'auspicabile maggiore tutela dei precari pubblici, offrendo alla giurisprudenza nazionale (a partire da quella di merito) una «sponda» non indifferente per muovere in tale direzione nella determinazione della sanzione «adeguata».

4. — *Qualche osservazione conclusiva* — Non vi è dubbio che la persistente lacuna, ascrivibile alla mancanza di criteri di quantificazione del risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro a termine nel settore pubblico in violazione delle norme imperative, ha contribuito in modo rilevante (e ancora rischia di contribuire nel futuro, quantomeno prossimo) alla crescita esponenziale della giurisprudenza, anche comunitaria, in materia. Il sistema continua a lasciare ancora spazio a molte incertezze, anche se qualche nuovo elemento utile per una migliore definizione delle tutele è stato indubbiamente portato dalle due decisioni del giudice eurounitario sopra commentate, che andranno concretamente monitorate nella loro «ricaduta» interna, nell'auspicio che le imminenti ulteriori decisioni «cita-

(25) Par. 32 dell'ordinanza.

(26) Par. 34 dell'ordinanza.

(27) In questo senso, v. anche A.M. Perrino, *op. ult. cit.*, p. 94.

(28) Così, in senso critico, A.M. Perrino, *op. ult. cit.*

liane» sul lavoro a termine nel settore pubblico, a partire dal caso *Napolitano*, contribuiscano a chiarire ulteriormente il quadro.

Dunque, in un contesto nel quale permangono ancora profili rilevanti di incertezza, non stupisce più di tanto che la Suprema Corte, nella recente sentenza del 2 dicembre 2013, n. 26951 (pure sopra richiamata in epigrafe e di poco precedente alle pronunzie della Corte di Giustizia sopra commentate), confermando una sentenza di merito che aveva riconosciuto a un lavoratore a termine dipendente da un'Azienda sanitaria, a fronte di un'illegittima successione di contratti a termine, il pagamento a titolo di risarcimento di una somma pari a dieci mensilità della retribuzione, abbia cercato di rimarcare – una volta ribadita l'esclusione della possibilità di conversione del contratto – la tesi che l'art. 36 del d.lgs. n. 165/01 vada valorizzato quale norma diretta a introdurre un proprio e specifico regime sanzionatorio, «con un'accentuata responsabilizzazione del dirigente pubblico e il riconoscimento del diritto al risarcimento dei danni subiti dal lavoratore»; regime che la Suprema Corte – in ossequio alla propria precedente sentenza del 13 gennaio 2012, n. 392, peraltro assai poco convincente (29) – non manca di qualificare come disposizione «speciale e alternativa rispetto alla disciplina di cui al d.lgs. n. 368 del 2001 [...] ma pur sempre adeguata alla Direttiva n. 1999/70/Ce, in quanto idonea a prevenire e sanzionare l'utilizzo abusivo dei contratti a termine da parte della pubblica amministrazione».

Potremmo chiederci, alla luce di tale decisione, se la previsione di una responsabilità dirigenziale (ed erariale) possa essere inquadrata come una valida misura ostativa avverso l'illegittimo utilizzo del lavoro a termine nel settore pubblico; la Corte di Giustizia nell'ordinanza *Papalia* sembrerebbe non condividere un tale assunto, come peraltro già in dottrina alcuni hanno rilevato: «la Corte [...] nel riportare, nel corpo dell'ordinanza, la normativa interna ostativa (il comma 5 dell'art. 36) non ha riprodotto l'inciso relativo alla responsabilità dirigenziale, così mostrando di non ritenere che detta previsione costituisca misura ostativa» (30). Né in altre decisioni in materia consta che un tale elemento sia stato preso in considerazione in tali termini dalla Corte.

Al di là della pretesa responsabilizzazione della dirigenza, si torna dunque alla centralità dell'effettività del risarcimento da riconoscere al lavoratore, a maggior

(29) V., *supra*, nota n. 5, e a tale proposito cfr. anche i rilievi di D. Gottardi, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia sui contratti di lavoro a termine e il suo rilievo per l'ordinamento italiano*, in *q. Riv.*, 2012, I, p. 733, che critica le apodittiche conclusioni della Suprema Corte circa la capacità delle disposizioni di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 165/01 di apprestare «una normativa articolata capace – prima di ricorrere alla sanzione risarcitoria – di operare in via preventiva con una più accentuata responsabilizzazione dei pubblici dipendenti» (così Cass. n. 392/2012). Condivisibilmente, l'Autore osserva (*in*) che «la disciplina di fonte europea detta regole anche sul versante preventivo, ma ciò non toglie che la disciplina nazionale deve essere “con le carte in regola” anche sul versante sanzionatorio, e la verifica, per la Corte di Giustizia Ue, va effettuata caso per caso, sulla base delle condizioni limitative della discrezionalità nazionale».

(30) Così P. Coppola, *I recenti interventi legislativi sul contratto a termine. A forte rischio la tenuta eurounitaria del sistema interno*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*, IT, 2014, n. 198, pp. 53-54.

ragione dopo le ultime indicazioni degli eurogiudici; di conseguenza, del tutto condivisibili e ancora attuali appaiono le notazioni di chi, qualche tempo addietro, si domandava su queste pagine se, in assenza «da parte della maggioranza dei giudici italiani di una lettura comunitariamente orientata che faccia conseguire un ristoro forfettizzato sufficiente a compensare la mancata assunzione stabile e a indurre a rispettare la regola sostanziale europea», l'ordinamento italiano potesse dirsi realmente «idoneo a conseguire gli obiettivi perseguiti da quello eurounitario tramite la clausola 5 dell'Accordo quadro» (31).

Rispetto a tale domanda, ci sembra che da una lettura attenta dell'ordinanza *Papalia* emerga ora qualche utile e inequivoca risposta, oltre alla riaffermazione di una chiara delega al giudice nazionale quale indispensabile garante dell'effettività delle tutele imposte dal livello eurounitario, sia pure in un confronto/dialogo che, in questa materia, in attesa delle nuove (e imminenti) pronunzie della Corte, non può che apparire, di fatto, ancora in via di assestamento.

Roberta Nunin

Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Trieste

(31) Così L. Menghini, *Riprende il dialogo tra le Corti superiori: contratto a termine e leggi retroattive*, in *q. Riv.*, 2013, II, p. 593.

CASSAZIONE, 11 febbraio 2014, n. 3027, Sez. lav. – Pres. Roselli, Est. Balestrieri, P.M. Matera (conf.) – Poste italiane Spa (avv. Pessi) c. V.G. (avv.ti Colucci, Monaldi).

Conf. Corte d'Appello Ancona, 2 marzo 2012.

Contratto a termine – Illegittima apposizione del termine – Nullità – Sussiste – Indennità ex art. 32, legge n. 183/2010 – Natura risarcitoria – Interessi legali e rivalutazione monetaria – Decorrenza.

Le somme spettanti a titolo di risarcimento danni per violazione dei molteplici obblighi facenti carico al datore di lavoro hanno natura retributiva solo quando derivino da un inadempimento, il quale, pur non riguardando direttamente l'obbligazione retributiva, tuttavia incida immediatamente su di essa in quanto determini la mancata corresponsione di compensi dovuti al dipendente. Viceversa, le attribuzioni patrimoniali che il lavoratore riceve, come nel caso di cui all'art. 32, comma 5, della legge n. 183 del 2010, a titolo di risarcimento del danno per violazione degli altri obblighi del datore, sebbene siano anch'esse dipendenti dal rapporto di lavoro non hanno natura retributiva. Ne deriva che sull'indennità ex art. 32 della citata legge n. 183 non spettano né la rivalutazione monetaria, né gli interessi legali, se non dal momento della pronuncia giudiziaria dichiarativa dell'illegittimità della clausola appositiva del termine al contratto di lavoro subordinato. (1)

(*) Il testo della sentenza è pubblicato in www.ediesseonline.it/riviste/rgl.

(1) NOTE IN TEMA DI DECORRENZA DEGLI INTERESSI LEGALI
E DELLA RIVALUTAZIONE MONETARIA SULL'INDENNITÀ
EX ART. 32, COMMA 5, LEGGE N. 183/2010

La sentenza in esame affronta il problema della decorrenza degli accessori di legge sull'indennità ex art. 32 del Collegato lavoro.

Nel caso *de quo*, la Cassazione è stata adita dalla società datrice di lavoro, soccombente nei due gradi di giudizio, nei quali era stata dichiarata la nullità della clausola appositiva del termine nel contratto di lavoro, con conseguente riconoscimento dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato tra la società e il lavoratore nonché risarcimento, ex art. 32 legge n. 183/2010, pari a 8 mensilità, «con interessi e rivalutazione legale».

Come noto, nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, l'art. 32, comma 5, legge n. 183/2010 prevede che il giudice condanni il datore di lavoro al risarcimento in favore del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità del-

l'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo dei criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604 [Sul nuovo regime sanzionatorio, cfr.: F. Buffa, *Problematiche interpretative dell'art. 32, commi 5-7, della legge n. 183/2010 alla luce della giurisprudenza comunitaria*, Suprema Corte di Cassazione, Ufficio del massimario e del ruolo, relazione tematica, 8 gennaio 2011, pp. 30 ss.; R. Cosio, *La violazione della normativa sul contratto a termine: le nuove sanzioni previste nel Collegato lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, pp. 427 ss.; F.M. Putaturo Donati, *Conversione del contratto a termine e forfezzazione del risarcimento*, in *Mass. giur. lav.*, 2011, p. 24; A. Vallebona, *L'indennità per il termine illegittimo*, in M. Miscione, D. Garofalo (a cura di), *Il Collegato lavoro 2010*, 2011, Milano, pp. 415 ss.; L. Zappalà, *La tutela risarcitoria nei casi di conversione del contratto di lavoro a tempo determinato al vaglio della Consulta*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 789].

La giurisprudenza (Cass. 31 gennaio 2012, n. 1411, in *Foro it.*, 2012, I, c. 730; Cass. 29 febbraio 2012, n. 3056, in *Dir. prat. lav.*, 2013, p. 1320; Cass. 2 aprile 2012, n. 5239, in *Lav. giur.*, 2012, p. 615), alla luce dell'interpretazione adeguatrice offerta dalla Corte costituzionale (Sentenza 11 novembre 2011, n. 303, in *Arg. dir. lav.*, 2012, II, p. 637), ha qualificato detta indennità come una sorta di penale «*ex lege*» a carico del datore di lavoro che ha apposto il termine nullo.

Successivamente, l'art. 1, comma 13, della legge 28 giugno 2012, n. 92, ha stabilito che «la disposizione di cui al comma 5 dell'articolo 32 della legge 4 novembre 2010, n. 183, si interpreta nel senso che l'indennità ivi prevista ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso fra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro» (P. Tosi, *Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona» IT*, n. 154/2012; V. Speziale, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona» IT*, n. 153/2012; G. Ianniruberto, *Il contratto a termine dopo la legge 28 giugno 2012, n. 92*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, I, p. 1166).

L'indennità viene, così, erogata a prescindere dall'intervenuta costituzione in mora del datore di lavoro e dalla prova di un danno effettivamente subito dal lavoratore, trattandosi di indennità «forfezzata» e «onnicomprendiva» per i danni causati dalla nullità del termine nel periodo cd. «intermedio» che va dalla scadenza del termine alla sentenza di conversione (Così C. Pisani, *Significato e legittimità costituzionale della disposizione sull'indennità per il lavoro a termine*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, pp. 325 ss.; L. Menghini, *I commi 5-7 dell'art. 32 della legge n. 183 del 2010: problemi interpretativi e di legittimità costituzionale*, *ivi*, pp. 336 ss.).

In merito alle conseguenze patrimoniali la giurisprudenza ha, poi, escluso che potessero essere oggetto di risarcimento, ulteriore rispetto all'indennità, gli scatti di anzianità o il danno per mancata assegnazione di azioni, eventualmente spettanti in forza di contrattazione aziendale (Cass. 7 settembre 2012, n. 14996, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, p. 642).

Un ulteriore problema che si è posto a seguito della nuova normativa riguarda la decorrenza di interessi legali e rivalutazione monetaria da calcolarsi sull'indennità.

E infatti, se pure la natura onnicomprensiva dell'indennità poteva far ritenere che questa coprisse qualsiasi danno e, quindi, anche quello da svalutazione monetaria, la giurisprudenza maggioritaria è ormai concorde nel ritenere applicabile alla fattispecie l'art. 429, comma 3, cod. proc. civ., restando controverso il *dies a quo* dal quale far decorrere gli accessori di legge.

Un primo orientamento giurisprudenziale ritiene che gli accessori legali decorrano dalla data di cessazione del rapporto a termine sul presupposto che l'indennità ristora un danno che «si produce nel momento in cui il lavoratore cessa di lavorare» (Così Trib. Roma 16 giugno 2011; Corte d'App. Roma 2 febbraio 2012; Corte d'App. Perugia 3 maggio 2011; Trib. Trento 20 settembre 2012; Cass. 22 dicembre 2008, n. 29936).

Un secondo fa, invece, decorrere le maggiorazioni a titolo di interessi e rivalutazione monetaria dalla sentenza che dichiara illegittima l'apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato e converte il rapporto.

E infatti, l'indennità in esame va ricompresa fra i crediti di lavoro *ex art. 429*, comma 3, cod. proc. civ. giacché tale ampia eccezione si riferisce a tutti i crediti connessi al rapporto di lavoro e non soltanto a quelli aventi natura strettamente retributiva (Cfr., ad esempio, per i crediti liquidati *ex art. 18*, legge n. 300 del 1970: Cass. 23 gennaio 2003, n. 1000, in *Law. giur.*, 2003, p. 577; Cass. 6 settembre 2006, n. 19159; Cass. 21 agosto 2009, n. 18608; per l'indennità *ex art. 8* della legge n. 604 del 1966: Cass. 21 febbraio 1985, n. 1579; per le somme liquidate a titolo di risarcimento del danno *ex art. 2087* cod. civ., Cass. 8 aprile 2002, n. 5024, in *Arch. civ.*, 2003, p. 207; Cass. 6 luglio 1990, n. 7101, in *Not. giur. lav.*, 1990, p. 653; per i crediti di natura risarcitoria derivanti dalla violazione dell'obbligo di assunzione: Cass. 26 agosto 2003, n. 12516, in *Mass. giur. lav.*, 2003, p. 943; per il risarcimento in caso di illegittima sospensione del rapporto: Cass. 4 maggio 2009, n. 10236; per il risarcimento del danno causato dall'illegittima risoluzione anticipata del rapporto di lavoro: Cass. 21 aprile 1993, n. 4672, in *Nuova giur. civ.*, 1994, p. 233; per i danni cagionati al lavoratore dalla mancata stipula di una polizza assicurativa: Cass. 17 giugno 2004, n. 11354, in *Mass. giur. lav.*, 2004, p. 721; per il risarcimento del danno derivato dalla violazione delle norme di correttezza e buona fede nella procedura concorsuale: Cass. 3 luglio 1986, n. 4386).

Come è noto, ai sensi dell'art. 429, comma 3, cod. proc. civ. gli accessori di legge sono dovuti dal giorno della maturazione del diritto; si tratta, dunque, di stabilire se la sentenza che dichiara la nullità del termine, converte il rapporto e condanna il datore al risarcimento del danno, abbia efficacia *ex tunc* oppure *ex nunc*.

Dottrina e giurisprudenza appaiono sul punto divise.

Un primo orientamento sostiene che la sentenza che converte il rapporto a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato non ha natura di sentenza costitutiva, poiché il rapporto a tempo indeterminato non decorre dalla sentenza, ma, per effetto della conversione, dall'inizio del rapporto a termine.

Si tratterebbe, dunque, di sentenza dichiarativa, come d'altronde tutte le pronunce di nullità del diritto civile, che accerta la natura del rapporto con effetto *ex tunc* a seguito della dichiarazione di nullità del termine (In tal senso Corte d'App.

Roma 2 febbraio 2012, cit.; Corte d'App. Roma 14 febbraio 2012, in *Lav. giur.*, 2012, p. 699; Corte d'App. Torino 20 dicembre 2011, *ivi*, p. 701; Trib. Trento 20 settembre 2012; Trib. Napoli 16 novembre 2011. In dottrina, cfr. L. Di Paola, *La Corte costituzionale, il contratto a tempo determinato e la singolare specialità del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 269; F.M. Giorgi, *I giudici di merito si discostano dalla Corte costituzionale sull'indennità ex art. 32 del Collegato lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, p. 706; C. De Marchis, *Osservazioni critiche alle prime decisioni sulla legge 4 novembre 2010, n. 183*, in *q. Riv.*, 2011, II, pp. 3 ss.).

Per il secondo, invece, l'art. 32, comma 5, legge n. 183/2010 ha introdotto una disciplina speciale, rispetto a quella precedente di diritto comune, in forza della quale la nullità ha effetti *ex nunc*, e cioè dalla sentenza che dichiara l'illegittimità del termine apposto al contratto di lavoro [Corte d'App. Lecce 22 maggio 2012; A. Vallebona, *L'indennità per il termine illegittimo*, in M. Miscione, D. Garofalo (a cura di), *Il Collegato lavoro 2010*, 2011, Milano, p. 415; C. Pisani, *Significato e legittimità costituzionale della disposizione sull'indennità per il lavoro a termine*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2011, p. 327].

A comporre le discordanti interpretazioni sono intervenute, dapprima, la Corte costituzionale e, successivamente, la norma di interpretazione autentica (L'art. 1, comma 13, legge n. 92/2012) che hanno chiarito come l'indennità prevista dalla legge n. 183/2010 copra il periodo dalla scadenza del termine alla sentenza che dichiara la nullità del rapporto a tempo determinato, dalla quale il datore di lavoro è tenuto a riammettere in servizio il lavoratore e a corrispondergli le retribuzioni, anche in caso di mancata riammissione effettiva.

Alla luce di ciò la sentenza in epigrafe ha aderito al secondo indirizzo interpretativo, facendo decorrere interessi e rivalutazione monetaria dalla sentenza.

In particolare, motiva la Corte nella sentenza in esame, non avendo la sentenza impugnata specificato il *dies a quo* della decorrenza degli accessori di legge – limitandosi a condannare la società datrice di lavoro al pagamento «di una indennità onnicomprensiva, determinata nella misura di otto mensilità dell'ultima retribuzione mensile di fatto, con rivalutazione e interessi legali» – in sostanza ha inteso far decorrere tali accessori proprio dalla data della pronuncia (Nello stesso senso: Cass. 6 marzo 2014, n. 5287; Trib. Milano 20 ottobre 2011; Trib. Roma 15 febbraio 2011).

Ciò detto, il principio di diritto enunciato dalla Cassazione appare condivisibile anche alla luce dell'innovato quadro normativo; pur tuttavia esso ripropone il problema delle conseguenze, negative per il lavoratore, determinate dalla durata del processo.

E invero, poiché, come visto, nel caso di contratto a termine la conversione del rapporto e la riammissione in servizio del lavoratore hanno effetti *ex nunc*, la durata del processo ha notevoli conseguenze sulla determinazione del danno giacché l'entità di quest'ultimo è direttamente proporzionale alla durata del processo, «nel senso che quanto più tempo il lavoratore dovrà attendere per ottenere una sentenza favorevole, tanto maggiore sarà il danno che andrà a subire» (Così Trib. Trani 20 dicembre 2010, in *Foro it.*, 2011, I, cc. 1744 ss.).

Sul punto, la Corte costituzionale ha però rigettato le eccezioni di incostituzionalità per violazione degli artt. 4, 24 e 111 Cost., escludendo la rilevanza di «in-

convenienti solo eventuali e di mero fatto, che non dipendono da una sperequazione voluta dalla legge, ma da situazioni occasionali e talora patologiche (come l'eccessiva durata dei processi in alcuni uffici giudiziari).

Inoltre, in merito alle «presunte disparità di trattamento ricollegabili al momento del riconoscimento in giudizio del diritto del lavoratore illegittimamente assunto a termine», la Corte costituzionale ha rilevato non solo che «il processo è neutro rispetto alla tutela offerta», ma anche che «l'ordinamento predispone particolari rimedi, come quello cautelare, intesi a evitare che il protrarsi del giudizio vada a scapito delle ragioni del lavoratore (Corte cost. 23 aprile 1998, n. 144, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1127), nonché gli specifici meccanismi riparatori contro la durata irragionevole delle controversie di cui alla legge 24 marzo 2001, n. 89» (In senso critico, cfr.: L. Di Paola, *op. ult. cit.*).

Pur essendo discutibile la ragionevolezza dell'adozione di un sistema speciale che porta a negare al lavoratore illegittimamente assunto a termine quanto l'ordinamento riconosce a tutti gli altri soggetti contrattuali nel caso di inadempimento delle rispettive controparti, ossia il diritto a una tutela risarcitoria integrale, si deve comunque riconoscere la discrezionalità del legislatore nella scelta dei tempi e dei modi di attuazione della garanzia del diritto del lavoro (Corte cost. 11 novembre 2011, n. 303, cit.; Corte cost. 13 ottobre 2000, n. 419, in *Foro it.*, 2001, I, c. 1087), posto che «la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale» purché sia garantita l'adeguatezza del risarcimento.

Non tener conto della durata ordinaria di un processo – che nei Tribunali più virtuosi difficilmente è inferiore a un anno e mezzo in primo grado – riversa la soluzione del problema sull'organo giudicante, che dovrà, quindi, applicare la norma (Comma 5, art. 32, cit.) cercando di bilanciare i contrapposti interessi (*id est*, la delimitazione del limite massimo del risarcimento e il riconoscimento del reale ed effettivo ristoro per il danno subito) e apprestare la tutela adeguata al caso concreto; adeguatezza magari non piena né immodificabile, ma almeno sufficiente a garantire l'equilibrio tra le due parti del processo (Nello stesso senso L. Menghini, *L'indennità ex art. 32 della legge n. 183 del 2000: una possibile lettura parzialmente corretta*, in *q. Riv.*, 2012, II, p. 32).

A tal fine, onde evitare che lo scorrere del tempo danneggi il lavoratore che ha ragione – problema che sarà più evidente nel caso di pronuncia favorevole in grado di appello, di cassazione, di rinvio –, va segnalato il prudente atteggiamento della giurisprudenza, che in alcuni, seppur rari, casi ha emanato la sentenza di primo grado entro l'anno (Trib. Trani 14 febbraio 2011) e in altri ha pronunciato sentenza parziale sulla conversione, assicurando così al lavoratore le retribuzioni, e proseguendo il processo ai fini della quantificazione dell'indennità.

Barbara Caponetti

Assegnista di ricerca presso il dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma «Tor Vergata»

CASSAZIONE, 16 gennaio 2014, n. 798, Sez. lav. – Pres. Vidiri, Est. Bandini, P.M. Ceroni (conf.) – De Luca Group Italy Spa (avv.ti Cardillo, Guglielmucci) c. B.W.C.F. (avv. Barbetti).

Conf. Corte d'Appello Napoli, 16 luglio 2012.

Gruppo d'impresa – Imputazione del rapporto al gruppo – Licenziamento per giustificato motivo oggettivo – Prova del *repechage* nell'intero gruppo.

È illegittimo il licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo allorché venga comminato da una società facente parte di un gruppo del quale risulti la natura di unico centro di imputazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti, se la società stessa non prova l'impossibilità di adibire il lavoratore presso altra società del gruppo. (1)

(*) Il testo della sentenza è pubblicato in www.ediesseonline.it/riviste/rgl

(1) LICENZIAMENTO INTIMATO DA UN'IMPRESA DEL GRUPPO
E REINTEGRA FORTE

SOMMARIO: 1. Il caso materiale. — 2. Codatorialità e gruppo di imprese. Cenni. — 3. Elementi obiettivi rilevatori del collegamento economico-funzionale. — 4. Alcune questioni poste dalla sentenza in commento: la frode alla legge. L'elemento psicologico. — 5. Gruppo di imprese. Licenziamento nullo e tutela reintegratoria forte.

1. — *Il caso materiale* — La sentenza in commento si occupa di un caso di licenziamento adottato per giustificato motivo oggettivo e annullato dalla Corte di merito giacché, ritenuta provata la sussistenza di un gruppo d'impresa avente la natura di unico centro di imputazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti, non risultava dimostrata l'impossibilità di adibire il lavoratore presso altra società del gruppo.

La Corte di Cassazione ha confermato la pronuncia di merito che aveva rilevato, nella specie, la sussistenza di un collegamento economico-funzionale fra le società del gruppo, dimostrata dalla presenza, nella specie, di circostanze rivelatrici della comunanza di utilizzo della prestazione del dipendente cosicché la prova del *repechage* doveva intendersi estesa a tutte le società del gruppo.

2. — *Codatorialità e gruppo di imprese. Cenni* — Il termine codatorialità (1) definisce l'ipotesi per la quale, superando la tradizionale configurazione binaria del rap-

(1) In generale si vedano i saggi pubblicati in q. *Riv.*, 2013, n. 1, I: V. Speciale, *Gruppi di imprese e codatorialità: introduzione a un dibattito*, pp. 3 ss.; O. Mazzotta, *Gruppi di imprese, codato-*

porto di lavoro (2), di fronte all'unico lavoratore non vi sia un solo datore di lavoro bensì una pluralità di titolari *ex parte datoris* (3).

Le implicazioni sono evidenti per il tema del licenziamento di cui si occupa la sentenza in commento, giacché, sia sotto il profilo della verifica delle ragioni poste a base del recesso (4), che per il computo dell'elemento dimensionale ma anche sotto il profilo del *repechage*, si dovrà tenere conto della complessiva realtà fattuale costituita dalla globalità delle società considerate.

In sostanza, ammettendo la contitolarità del rapporto di lavoro, ove essa si verifichi, ogni aspetto relativo al licenziamento dovrà essere verificato tenendo conto della reale organizzazione d'impresa riferibile al titolare del rapporto di lavoro che, nell'ipotesi esaminata, è costituito da una pluralità di soggetti (5).

Il fenomeno ha interessato, inizialmente, solo ipotesi di fraudolente frammentazioni dell'impresa volte a eludere le tutele poste a protezione del dipendente (6), sicché la giurisprudenza ha iniziato a sanzionare la finalità fraudolenta con cui un gruppo di società era stato costituito per eludere le tutele poste a presidio dei diritti delle maestranze. In sostanza, in presenza di una organizzazione produttiva artificiosamente frazionata allo scopo di eludere dette tutele il gruppo emergeva come strumento di comportamenti illeciti (7).

L'originaria impostazione giurisprudenziale, fondata sulla necessità di prova dell'elemento soggettivo circa l'intento fraudolento, veniva superata attraverso la

rialità e subordinazione, pp. 19 ss.; O. Razzolini, *Impresa di gruppo, interesse di gruppo e codatorialità nell'era della flexicurity*, pp. 29 ss.; V. Pinto, *Profili critici della teoria della codatorialità nei rapporti di lavoro*, pp. 55 ss.; A. Perulli, *Gruppi di imprese, reti di imprese e codatorialità: una prospettiva comparata*, pp. 83 ss.; M.G. Greco, *La ricerca del datore di lavoro nell'impresa di gruppo: la codatorialità al vaglio della giurisprudenza*, pp. 117 ss.; nonché E. Raimondi, *Gruppi imprenditoriali e codatorialità*, in *q. Riv.*, 2012, II, p. 294; V. Speciale, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2010, pp. 1 ss.

(2) Cfr. E. Raimondi, *op. ult. cit.*, p. 295, secondo cui vi è un pregiudizio nell'impossibilità di imputare il rapporto di lavoro a più di un soggetto.

(3) Si veda, sul punto, F. Galgano, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Giuffrè, Milano, p. 30, secondo cui «una medesima impresa [può] essere [...] esercitata da una pluralità di imprenditori, ciascuno dei quali opera in una separata funzione imprenditoriale»; E. Raimondi, *op. ult. cit.*

(4) E. Raimondi, *op. ult. cit.*, p. 306.

(5) Naturalmente, oltre al licenziamento, tema esaminato dalla sentenza in commento, diverse sono le conseguenze sul rapporto di lavoro nel caso in cui si individui una codatorialità, ad esempio in tema di garanzie della retribuzione, di disciplina collettiva applicabile al rapporto ecc.

(6) Sebbene originariamente la giurisprudenza, sostenendo una tesi formalistica, ritenesse la irrilevanza giuridica dell'impresa di gruppo e non riconoscesse l'unicità del centro di imputazione giuridica: cfr. Cass. 29 aprile 1974, n. 1220, in *Dir. lav.*, 1974, II, p. 317; Cass. 2 febbraio 1988, n. 957, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1898, con nota di G. Meliadò, *Le inquietudini della giurisprudenza sulla prestazione di lavoro nelle società collegate*; Cass. 28 gennaio 1981, n. 650, in *Foro it.*, 1981, I, c. 1994.

(7) Cass. 18 aprile 1986, n. 2756, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1847; Cass. 27 febbraio 1995, n. 2261; Cass. 1° aprile 1999, n. 3136; Cass. 10 novembre 1999, n. 12492; Cass. 14 novembre 2005, n. 22927.

valorizzazione di elementi oggettivi rivelatori dell'unitarietà della gestione dell'attività imprenditoriale (8).

L'osservazione della patologia del gruppo di imprese ha mostrato i suoi limiti allorché si sono affacciati sulla scena gruppi integrati che, in presenza di un'evoluzione dei rapporti economici su scala globale, genuinamente operano scelte di frammentazione al fine di meglio allocare costi e benefici dell'attività d'impresa.

Ci si limita a ricordare, in questa sede, come la dottrina abbia valorizzato, anche in questo caso, il dato della effettività dell'utilizzo della prestazione di lavoro (9) giungendo ad approdi che legano la codatorialità a un'ipotesi di subordinazione coerente con l'art. 2094 cod. civ. affermando, in sostanza, che tale disposizione «parla di collaborazione nell'impresa» e «consente di collegare il contratto di lavoro non a un "soggetto", ma a una realtà produttiva "oggettiva" suddivisa tra più imprenditori» (10).

Peraltro la giurisprudenza di legittimità, con un'importante sentenza del 2003 (11), aveva ammesso la tesi della codatorialità affermando che, «in presenza di determinate circostanze, è giuridicamente possibile concepire una impresa unitaria [...] il che, tra l'altro, non comporta sempre la necessità di superare lo schermo della persona giuridica, né di negare la pluralità di quei soggetti, ben potendo esistere un rapporto di lavoro che vede nella posizione del lavoratore un'unica persona e nella posizione di datore di lavoro più persone rendendo così solidale l'obbligazione del datore di lavoro» (12); e anche la Corte di Giustizia, intervenendo in un caso avente a oggetto un trasferimento d'azienda, aveva affermato che «se, in seno a un gruppo di società, coesistono due datori di lavoro, uno avente rapporti contrattuali con i lavoratori di detto gruppo e l'altro avente rapporti non contrattuali con essi, può essere considerato un "cedente" ai sensi della Direttiva n. 2001/23 anche il datore di lavoro responsabile dell'attività economica dell'entità trasferita che, a tale titolo, stabilisce rapporti di lavoro con i lavoratori di tale entità, e ciò malgrado l'assenza di rapporti contrattuali con i lavoratori in parola» (13).

(8) Cass. 22 febbraio 1995, n. 2008, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1995, p. 988; Cass. 1° aprile 1999, n. 3136; Cass. 24 marzo 2003, n. 4274; Cass. 15 maggio 2006, n. 11107; cfr., Trib. Genova 19 aprile 2001, in *q. Riv.*, 2002, II, p. 294, con nota di T. Santulli, che fornisce un'accurata ricostruzione della giurisprudenza in tema.

(9) O. Mazzotta, *Gruppi di imprese, codatorialità e subordinazione*, in *q. Riv.*, 2013, I, p. 27.

(10) V. Speciale, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2010, p. 29, secondo cui per tale via si giunge a sostenere una configurazione del rapporto di lavoro *ex parte datoris* secondo una formula della prestazione alternativa o cumulativa; *contra*, V. Pinto, *Profili critici della teoria della codatorialità nei rapporti di lavoro*, secondo cui l'ordinamento giuridico positivo impedisce una valutazione «accorpata» ai fini della subordinazione, e un simile risultato interpretativo sarebbe in contrasto con i dati normativi disponibili.

(11) Cass. 23 marzo 2003, n. 4274.

(12) Cfr. anche Cass. 3 aprile 1990, n. 2831; Cass. 9 novembre 1992, n. 10053; Cass. 27 febbraio 1995, n. 2261.

(13) Corte di Giustizia 21 ottobre 2010, causa C-242/09, *Albron Catering BV*, punto 31. *Ma contra*, Corte di Giustizia 10 settembre 2009, causa C-44/08, *Akavan Erityisalojen Keskeusliitto*

Di recente la giurisprudenza di legittimità ha valutato decisiva l'ingerenza della *holding* sui rapporti di lavoro instaurati con una società del gruppo, per attribuire a questa la qualità di datore di lavoro richiamando testualmente la già citata sentenza del 2003 con riferimento alla solidarietà dell'obbligazione del datore di lavoro (14).

Per tale via si giunge, quindi, a una configurazione del rapporto in cui, allorché l'effettivo utilizzo del lavoratore sia riferibile a un gruppo anche «genuino», questi avrà come creditore della prestazione lavorativa più soggetti i quali, di conseguenza, saranno condebitori in solido della controprestazione, ai sensi dell'art. 1292 cod. civ. (15).

3. — *Elementi obiettivi rilevatori del collegamento economico-funzionale* — La sentenza in commento ribadisce un consolidato approdo che individua, in modo invariato e costante, i criteri oggettivi cui riferirsi per determinare la sussistenza, in concreto, di un unico centro di imputazione giuridica.

In particolare, la Cassazione ha confermato che nel caso concreto erano stati accertati gli elementi di giudizio dimostrativi della concreta sussistenza del collegamento esistente fra le società del gruppo e della prestazione da parte del dipendente di un'attività lavorativa svolta indifferenziatamente e contemporaneamente per tutte le società del gruppo, cosicché poteva rilevarsi una integrazione funzionale ed economica e l'esistenza di un comune coordinamento fra le stese.

Gli elementi valorizzati nella sentenza sono stati: la costante partecipazione del dipendente alla vita societaria di ciascuna delle aziende che facevano parte del gruppo: il fatto che tutte le società avevano medesima sede amministrativa e legale e utilizzavano strutture comuni; l'aver in comune gli organi direttivi e che, in particolare, i vertici dei poteri decisionali erano identificabili nella stessa persona fisica. Infine, era stata accertata una utilizzazione del dipendente in modo praticamente indifferenziato da parte delle diverse società del gruppo.

In tal modo la sentenza conferma la rappresentazione obiettiva che costantemente è stata individuata dalla Suprema Corte per indicare la sussistenza di un unico centro di imputazione giuridica mediante elementi rilevatori quali: unicità della struttura organizzativa e produttiva; integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo e il correlativo interesse comune; coordinamento tecnico e amministrativo-finanziario; utilizzazione promiscua della prestazione lavorativa svolta in modo indifferenziato e contemporaneamente in favore di più persone (16).

Tali circostanze, quindi, costituiscono il contenuto concreto dell'allegazione in fatto che il dipendente deve fornire in giudizio per vedersi riconoscere una richiesta di accertamento dell'effettivo titolare del rapporto di lavoro costituito dal gruppo di imprese che abbiano effettivamente utilizzato la sua prestazione.

Aek ry e altri, punto 58; si veda su queste pronunce M.G. Greco, *La ricerca del datore di lavoro nell'impresa di gruppo: la codatorialità al vaglio della giurisprudenza*, in *q. Riv.*, 2013, I, p. 131.

(14) Cass. 29 novembre 2011, n. 25270, in *q. Riv.*, 2012, II, p. 294, con nota di E. Raimondi, *Gruppi imprenditoriali e codatorialità*, in *q. Riv.*, 2012, II, p. 294.

(15) Così, E. Raimondi, *ivi*, p. 305.

(16) M.G. Greco, *op. ult. cit.*, p. 121.

In tal modo la titolarità del rapporto andrà riconosciuta secondo criteri di effettività (17) con la conseguenza che, in applicazione dell'art. 2094 cod. civ., se il dipendente presta attività – di fatto – non per una sola società ma per l'impresa costituita da più soggetti vi saranno una pluralità di datori di lavoro sotto il profilo giuridico e organizzativo (18).

4. — *Alcune questioni poste dalla sentenza in commento: la frode alla legge. L'elemento psicologico* — La società ricorrente ha posto alla Suprema Corte la questione della violazione degli artt. 1344 e 1414 cod. civ. ritenendo che occorresse l'accertamento, nella specie, del fine fraudolento della frammentazione dell'azienda.

La Cassazione ha ritenuto che tale vizio non sussisteva in quanto ricorrerebbe, nella specie, una situazione «elusiva» degli obblighi incombenti sul datore di lavoro con particolare riferimento all'obbligo di dimostrare la impossibilità di reimpiego del lavoratore licenziato.

La risposta della Suprema Corte, sebbene non particolareggiata, consente di ritenere confermato l'orientamento di legittimità che ritiene irrilevante la prova dell'intento fraudolento nella determinazione dello pseudogruppo societario (19).

Com'è noto, la frammentazione fraudolenta (art. 1344 cod. civ.) finalizzata alla elusione delle disposizioni di protezione del dipendente si fonda su una causa illecita (art. 1343 cod. civ.) in ragione della sua idoneità a realizzare un risultato vietato da una norma imperativa. Tale contrasto si realizza mediante una violazione indiretta della norma, ossia senza contrastare il suo tenore letterale, ma rispettandolo solo apparentemente, mediante un comportamento che, in realtà, è volto a travisarne le finalità e a eluderne l'applicazione, utilizzando uno strumento legale contro la sua destinazione.

La dottrina ha evidenziato come il contrasto con la norma imperativa possa essere adottato anche con una combinazione di atti giuridici (20), ravvisando proprio nella fattispecie complessa, in tal modo realizzata, il connotato caratterizzante la figura, che, dunque, potrebbe essere accertata quando, ferma restando la liceità del singolo atto in sé e per sé considerato, sia il complesso dell'operazione ad apparire idoneo a eludere l'applicazione della norma imperativa.

In tal caso il licenziamento adottato dall'imprenditore nel tentativo di sottrarsi all'obbligo di *repechage* per mezzo del frazionamento fraudolento dell'impresa si appaleserebbe nullo giacché frutto di una frode alla legge (nella specie: l'art. 3 della legge n. 604 del 1966).

Nella pronuncia in commento, a parere di chi scrive, correttamente la Cassazione ha ritenuto che vi fossero sufficienti allegazioni di elementi obiettivi idonei a dimostrare la situazione fraudolenta denunciata in quanto, nel caso di frode alla

(17) O. Mazzotta, *Gruppi di imprese, codatorialità e subordinazione*, in q. Riv., 2013, I, p. 27.

(18) Così V. Speciale, *Gruppi di imprese e codatorialità: introduzione a un dibattito*, in q. Riv., 2013, I, p. 11.

(19) Superando l'iniziale approdo sopra riportato (cfr. note 7 e 8).

(20) V. Roppo, *Il contratto*, in G. Iudica (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 410; C.M. Bianca, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, II ed., Giuffrè, Milano, 2000, p. 625.

legge, non è richiesta la prova dell'elemento elusivo ovvero dell'elemento psicologico.

Infatti, l'intento elusivo risulta giuridicamente irrilevante poiché non costituisce un elemento della fattispecie. L'indagine giudiziaria è stata quindi correttamente condotta in merito alla sola dimensione oggettiva giacché, come autorevolmente affermato in dottrina, «nessuna intenzione, per quanto prava, maliziosa, fraudolenta, potrà provocare qualche reazione del diritto, se questo non sia stato obiettivamente violato. Poiché frodare non è volersi sottrarre alla legge, ma sottrarsi a essa» (21).

5. — *Gruppo di imprese. Licenziamento nullo e tutela reintegratoria forte* — Un'ulteriore implicazione delle considerazioni formulate da ultimo riguarda un aspetto che la sentenza in commento non poteva esaminare, trattandosi di recesso anteriore alla modifica dell'art. 18, legge n. 300 del 1970, a opera dell'art. 1, comma 42, della legge n. 98 del 2012.

È noto che il datore di lavoro che intimi oggi un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, che risulti illegittimo per violazione dell'art. 3 della legge n. 604 del 1966, incontrerebbe la sanzione della reintegrazione attenuata o quella della tutela indennitaria forte.

Nella fattispecie esaminata, allorché risulti che la motivazione delle ragioni poste a base del recesso (22) sia stata limitata alla situazione della sola società titolare del rapporto di lavoro e non estesa alla contesto dell'intero gruppo societario oppure, per il profilo del *repechage*, il datore di lavoro non abbia dimostrato la impossibilità di reimpiego nella globalità delle società considerate, il licenziamento non risulta soltanto illegittimo (23), bensì nullo ai sensi del comma 1 dell'art. 18, cit., in quanto rientrante nelle «altre ipotesi di nullità» ivi indicate (24).

Infatti, con la frammentazione dell'effettivo titolare del rapporto di lavoro si configura una condotta idonea a realizzare un risultato vietato dalla norma imperativa contenuta nell'art. 3 della legge n. 604 del 1966 mediante una violazione indiretta della disposizione in tema di giustificazione del recesso e, in più, della necessità di dimostrazione dell'impossibile reimpiego del lavoratore.

La conseguenza è l'applicazione della tutela reintegratoria forte il cui contenuto

(21) A. Cessari, *La struttura della «fraus legi»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, p. 1071; Pezzano, *La Suprema Corte – Cass. 14 novembre 2006, n. 24274* – ha fornito, in tema, un sicuro indirizzo affermando che, per aversi frode alla legge, occorre: a) che la norma imperativa abbia natura non formale ma materiale, nel senso che sia da essa enucleabile un precetto, non esplicitato, che vieti di raggiungere risultati sostanzialmente equivalenti a quelli espressamente vietati; b) che vi sia identità di risultato fra contratto espressamente vietato e contratto mezzo di elusione; c) che l'elusione sia svelata da indici sintomatici.

(22) E. Raimondi, *Gruppi imprenditoriali e codatorialità*, in *q. Riv.*, 2012, II, p. 306.

(23) Con le conseguenze di cui al comma 7 dell'art. 18, cit.

(24) Su cui, se si vuole, si può vedere F. Aiello, *Il licenziamento nullo (per discriminazione, per motivo illecito, per ragioni tipiche o per «altre ipotesi di nullità») e il licenziamento orale*, in F.M. Giorgi (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro. Aspetti sostanziali e processuali*, Jovene, Napoli, 2013, pp. 160 ss.

è disciplinato nel comma 1 del novellato art. 18, cit., in modo addirittura migliore rispetto al passato in quanto nel regime precedente all'ipotesi di nullità del licenziamento si applicava la regola civilistica della rimozione dell'atto nullo (*tamquam non esset*) con ripristino del rapporto quiescente ma non cessato giacché, essendo l'atto risolutivo improduttivo di effetti, il rapporto doveva ritenersi giuridicamente pendente e il datore di lavoro inadempiente doveva essere condannato a riammettere il dipendente in servizio e a pagargli tutti i danni derivanti dall'inadempimento, in ragione del mancato guadagno (25). Nella situazione normativa attuale si avrà l'applicazione della sanzione prevista dal comma 1 dell'art. 18, cit., ovvero la reintegrazione senza l'alternativa indennitaria, il risarcimento del danno integrale, salvo il solo *aliunde perceptum* (e non *aliunde percipiendum*), con la previsione della misura minima fissata in cinque mensilità nonché il versamento dei contributi previdenziali e assistenziali.

Filippo Aiello
Avvocato in Roma

(25) Cass. 15 settembre 2004, n. 18537, *Lav. giur.*, 2005, 3, p. 237; in tema di licenziamento a causa di matrimonio la disposizione di cui all'art. 35, comma 6, d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198 (oggi da ritenersi abrogata), riproponeva esplicitamente il medesimo schema: «Con il provvedimento che dichiara la nullità dei licenziamenti di cui ai commi 1, 2, 3 e 4 è disposta la corresponsione, a favore della lavoratrice allontanata dal lavoro, della retribuzione globale di fatto sino al giorno della riammissione in servizio». Cfr. E. Pasqualetto, *I licenziamenti nulli secondo la legge n. 92/2012*, in *Lav. giur.*, 2012, 10, p. 893.

CASSAZIONE, 5 dicembre 2013, n. 27277, Sez. lav. – Pres. Vidiri, Est. Napolitano, P.M. Servello (diff.) – B.R. + altri (avv.ti Mottalini, Sinibaldi, Medina) c. Saipem Spa (avv. Morrico) e Ghizzoni Spa. Conf. Corte d'Appello Milano, 6 novembre 2009.

Trasferimento di azienda – Art. 2112 cod. civ. – Ramo autonomo – Contratto in frode alla legge – Insussistente – Estremi.

Il ricorso alla cessione del ramo di azienda successivo a vari tentativi di aprire procedure di mobilità, anche comportanti periodi di Cigs, rappresenta una soluzione alternativa, consentita dalla legge n. 223 del 1991, per far fronte alla crisi e non configura la fattispecie di contratto in frode alla legge. (1)

(*) Il testo della sentenza è pubblicato in www.ediesseonline.it/riviste/rgl.

(1) LA CESSIONE DI RAMO D'AZIENDA CON LAVORATORI IN CIGS
NON COSTITUISCE FRODE ALLA LEGGE

La sentenza della Corte di Cassazione in commento si è occupata di un processo di esternalizzazione attuato tra aziende operanti nel settore delle costruzioni e dell'energia. La particolarità del ramo d'azienda oggetto della cessione riguarda soprattutto il fatto che i lavoratori appartenenti al ramo ceduto erano stati precedentemente sottoposti a diverse procedure di mobilità tra cui periodi di cassa integrazione guadagni straordinaria.

Pertanto, i lavoratori ricorrevano al giudice di merito di Milano con una domanda diretta a ottenere l'accertamento dell'insussistenza del trasferimento del ramo di azienda.

La Corte d'Appello di Milano, innanzitutto, rilevava che il ramo d'azienda trasferito doveva ritenersi effettivo risultando, sia dall'esistenza dello specifico ramo, comprovato dalla valutazione tecnica degli atti, sia dalla preesistenza di detto ramo alla cessione, come dimostrato dall'Accordo per la mobilità del 20 aprile 1999.

Soprattutto, il giudice di merito escludeva che i vari precedenti tentativi di aprire procedure di mobilità, che avevano comunque comportato periodi di cassa integrazione guadagni straordinaria, potessero rappresentare sequenza di fatti «atti ad avvalorare la prospettazione della cessione del ramo di azienda in frode alla legge, potendo piuttosto il ricorso successivo alla cessione del ramo di azienda previo richiamo dei lavoratori già collocati in mobilità rappresentare una soluzione alternativa consentita dalla legge n. 223 del 1991 per far fronte alla crisi».

La Corte di Cassazione, confermando *in toto* quanto affermato dalla Corte d'Appello di Milano, ha rigettato il ricorso dei lavoratori, ribadendo e richiamando

esplicitamente il principio di diritto affermato in una pronuncia precedente, precisamente la sentenza 8 giugno 2009, n. 13171.

In un primo momento, la Corte ha premesso che in materia di trasferimento di parte di azienda, sia la normativa comunitaria con le Direttive Ce n. 98/50 e n. 2001/23, sia la legislazione nazionale, con l'art. 2112, comma 5, cod. civ. (sostituito dal d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, art. 32), perseguono il «fine di evitare che il trasferimento si trasformi in semplice strumento di sostituzione del datore di lavoro, in una pluralità di rapporti individuali, con altro sul quale i lavoratori possano riporre minore affidamento sia sul piano della solvibilità sia dell'attitudine a proseguire con continuità l'attività produttiva».

Ma successivamente afferma anche che la Direttiva n. 98/50 richiede che il ramo d'azienda trasferito costituisca un'entità economica con propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati per un'attività economica, essenziale o accessoria, e, in modo analogo, l'art. 2112 cod. civ., comma 5, si riferisce alla parte d'azienda «intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata». Deve, quindi, trattarsi di un'entità economica organizzata in modo stabile e non destinata all'esecuzione di una sola opera (Cfr. Corte di Giustizia Ce, sentenza 24 gennaio 2002, C-51/00), ovvero di un'organizzazione quale legame funzionale che renda le attività dei lavoratori interagenti e capaci di tradursi in beni o servizi determinati, là dove, infine, il motivo del trasferimento ben può consistere nell'intento di superare uno stato di difficoltà economica.

Inoltre, la Corte di Cassazione ritiene infondata la censura dei ricorrenti sulla motivazione della sentenza impugnata nella parte in cui non viene ravvisato un intento elusivo, rilevando quanto l'argomentazione dalla Corte territoriale risulti, invece, articolata e coerente.

Infatti, la Suprema Corte, riprendendo la motivazione della Corte territoriale, ha rilevato che «i vari precedenti tentativi di aprire procedure di mobilità, che avevano comunque comportato periodi di cassa integrazione guadagni straordinaria, non potevano rappresentare sequenza di fatti atti ad avvalorare la spettazione della cessione del ramo di azienda in frode alla legge, potendo, piuttosto, il ricorso successivo alla cessione del ramo di azienda, previo richiamo dei lavoratori già collocati in mobilità, rappresentare una soluzione alternativa, consentita dalla legge n. 223 del 1991, per far fronte alla crisi».

La Corte di Cassazione concludeva ulteriormente che la mera circostanza che la motivazione non sembra rispondere alle aspettative dei lavoratori non poteva di per sé, a fronte di un logico *iter* motivazionale, comportare l'annullamento della sentenza impugnata.

In più la Corte sottolineava come non era da ritenersi rilevante la sentenza Cass. 8 giugno 2009, n. 13180, poiché in quel caso la domanda del lavoratore era stata accolta per via della non inerenza della posizione lavorativa del dipendente alla parte di azienda ceduta.

La pronuncia esplicitamente citata dalla Corte (Cass. 8 giugno 2009, n. 13171) ha, peraltro, riguardato la medesima cessione di ramo d'azienda oggetto della sentenza ora in commento. Anche in quel caso dei lavoratori lamentavano l'inten-

zione dell'azienda di eludere le garanzie assicurate dalla legge per la riduzione del personale e pertanto chiedevano la reintegrazione presso l'azienda cedente, ma la Corte ha ritenuto legittimo che il motivo di trasferimento possa consistere nell'intento di superare uno stato di difficoltà economica.

Un precedente illustre sull'argomento è rappresentato dalla decisione del 3 maggio 2006, n. 10108, con cui la Corte ha deciso la fattispecie trattata in primo grado dal Tribunale di Nocera Inferiore, affermando che «È diritto costituzionalmente garantito (art. 41 Cost.) quello dell'imprenditore di dimettere o trasferire l'azienda [...]. Dal sistema di garanzie apprestate dalla legge n. 223/1991 non è possibile enucleare un precetto che vieti, ove siano in atto situazioni che possano portare a un licenziamento collettivo, di cedere l'azienda ovvero di cederla solo a condizione che non sussistano elementi tali da rendere inevitabile il licenziamento; né un divieto del genere è desumibile dalle altre disposizioni che regolano la cessione di azienda. Conseguentemente non è in frode alla legge, né concluso per un motivo illecito, il contratto di cessione dell'azienda a un soggetto che, per le sue caratteristiche imprenditoriali e in base a circostanze del caso concreto, renda probabile la cessazione dell'attività produttiva e dei rapporti di lavoro».

Secondo il citato orientamento, pertanto, il diritto dell'imprenditore di cedere l'azienda o parte di essa non contrasta con altri diritti costituzionali, atteso che è diritto costituzionalmente garantito del lavoratore quello di non subire un licenziamento arbitrario ma non anche quello di mantenere un determinato posto di lavoro (Cfr. Corte cost. n. 390/1999 e n. 56/2006). Inoltre, non si può ricondurre la fattispecie in esame all'ipotesi di nullità per illiceità del motivo, poiché ai sensi degli artt. 1343, 1344 e 1345 del cod. civ. il motivo è illecito e pertanto il contratto è nullo quando persegue una finalità vietata dall'ordinamento o quando è diretto a eludere una norma imperativa.

Nell'ipotesi appena citata, la Corte ha affermato che, anche ammesso che con la stipula del contratto di cessione di ramo d'azienda le parti abbiano voluto creare un pregiudizio ai lavoratori, la fattispecie esulerebbe comunque dalle ipotesi di illiceità del contratto, «non rinvenendosi nell'ordinamento una norma che sancisca – come per il contratto in frode alla legge – l'invalidità del contratto in frode ai terzi ai quali l'ordinamento appresta, invece, in determinate ipotesi, altri rimedi, anche risarcitori, a tutela dei loro diritti».

Questa pronuncia della Corte aveva già disatteso l'allora orientamento della giurisprudenza di merito, che aveva dato estesa applicazione all'art. 1344 cod. civ. in tema di trasferimento di azienda in ipotesi simili (Cfr. Trib. Nocera Inferiore 29 maggio 2001; Corte d'App. Salerno 24 aprile 2002; Corte d'App. Napoli 23 marzo 2000; Trib. Treviso 4 novembre 2003) (E. Gragnoli, *Trasferimento di azienda licenziamenti collettivi e frode alla legge*, in q. *Riv.*, 2006, II, p. 670).

Infatti, la non confermata decisione di primo grado (Trib. Nocera Inferiore, 29 maggio 2001) aveva dichiarato nullo il contratto di cessione *ex art.* 1344 cod. civ., basandosi anche sui comportamenti, precedenti e successivi all'esternalizzazione, delle due aziende, dato che la parte cedente aveva disatteso un precedente accordo sindacale sulla ricollocazione del personale, violando così gli obblighi di cor-

rettezza e buona fede contenuti negli artt. 1175 e 1375 cod. civ. (A. Trimboli, *Brevi note in tema di trasferimento di ramo d'azienda e negozio in frode alla legge*, in *q. Riv.*, 2002, II, p. 575).

Successivamente, in un caso attinente alla fattispecie di affitto di ramo d'azienda, la Corte di Cassazione ha invece stabilito che il contratto stipulato tra le due aziende rientrava nelle ipotesi di contratto in frode alla legge, poiché diretto soltanto a privare i lavoratori della tutela del licenziamento prevista dall'art. 18, legge n. 300/1970, e pertanto lo dichiarava nullo (Cass. 7 febbraio 2008, n. 2874). Di fatti, nel caso concreto, risultava evidente il meccanismo della frode alla legge consistente proprio nell'utilizzare un negozio di per sé lecito per realizzare mediamente un fine vietato da una norma imperativa.

Tale pronuncia si differenzia sostanzialmente dalla Cass. n. 10108/2006 appena citata, che stabiliva che l'ordinamento non condiziona la validità della cessione di azienda alla «prognosi favorevole alla continuazione dell'attività produttiva» e neppure «all'onere del cedente di verificare le capacità e potenzialità imprenditoriali del cessionario». Tale principio non interferisce in alcun modo, secondo la pronuncia n. 2874/2008, con la configurabilità di una frode alla legge per la elusione della norma imperativa di cui all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (ipotesi che, del resto, non incide sul diritto dell'imprenditore garantito dall'art. 41 Cost.).

Da ricordare, inoltre, le pronunce del Tribunale di Milano del 29 febbraio 2008 e del Tribunale di Roma del 3 marzo 2008, che avevano entrambe sancito l'illegittimità dei rispettivi trasferimenti di ramo d'azienda oggetto delle controversie, affermando il principio che il ramo d'azienda è configurabile in ipotesi concretamente diverse, sul presupposto imprescindibile dell'esistenza di un trasferimento di un'entità economica oggettiva che mantenga con il trasferimento la sua identità economica. Stabilendo quindi che è legittima la cessione di un'articolazione funzionalmente autonoma di un'entità organizzata e preesistente alla vicenda traslativa, identificabile e idonea a funzionare autonomamente e che mantenga con il trasferimento la propria identità.

In particolare la sentenza del Tribunale di Roma rilevava che l'azienda cedente aveva accorpato un numero di beni materiali, di contratti e di lavoratori provenienti da diverse unità produttive; di conseguenza il ramo ceduto risultava privo di autonomia organizzativa e funzionale e inidoneo a operare sul mercato. Pertanto, il giudice di merito di Roma dichiarava nulla la cessione del ramo d'azienda poiché in questo caso l'operazione rappresentava un negozio in frode alla legge (*ex art. 1344 cod. civ.*) volto a eludere la disciplina sui licenziamenti collettivi.

Dunque, la recente decisione della Corte sembrerebbe aderire all'orientamento principale e alle normative comunitarie e nazionali, garantendo alle imprese la possibilità di cedere parte dell'azienda senza verificare la disponibilità effettiva del cessionario, e facendo rientrare l'ipotesi di una cessione nella tutela garantita dall'art. 41 della Costituzione come libertà di iniziativa economica (Cass. 3 maggio 2006, n. 10108).

Le uniche condizioni poste dalla sentenza sono che il ramo ceduto configuri da sempre un'entità economica distinta e autonoma rispetto al resto dell'azienda,

come nel caso di specie, e che la cessione possa essere volta a conservare i posti di lavoro, anziché procedere con un licenziamento collettivo. Inoltre la motivazione della cessione può derivare da una situazione di crisi economica.

Senza alcun dubbio, però, la cessione di una parte dell'azienda implica importanti vantaggi per l'impresa cedente, dato che il passaggio dei lavoratori avviene senza il consenso degli stessi e l'azienda può così diminuire l'organico senza dover sottostare alla disciplina limitativa dei licenziamenti collettivi (V. Speciale, *Opinioni sul trasferimento d'azienda*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 712). Nonostante ciò nella fattispecie in esame non viene rinvenuto alcun intento elusivo o frode alla legge, pur essendo il ramo costituito da lavoratori sottoposti più volte a procedure di mobilità.

In particolare, la sentenza non sembra voler analizzare il collegamento tra il contratto di cessione di parte di azienda con i successivi recessi, tanto che l'esternalizzazione viene giustificata e considerata come un'alternativa lecita consentita dalla legge n. 223/1991, nonostante ciò vada a discapito dei lavoratori che in questo modo non possono godere delle garanzie fornite dalla legge.

La problematica riguardante la possibile applicazione dell'art. 1344 cod. civ. al trasferimento d'azienda viene affrontata frettolosamente sia dal giudice di merito che dalla Corte di Cassazione, e pertanto liquidata con una motivazione alquanto scarna. La Corte, richiamando la Direttiva n. 98/50 e l'art. 2112, ha puntualizzato come la parte d'azienda oggetto di esternalizzazione sia indubbiamente un'entità economica con propria identità e un'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata; requisiti che quindi sembrerebbero escludere un tentativo di elusione di norma imperativa.

Il carattere dell'autonomia del ramo d'azienda è perciò molto rilevante e la Cassazione ha più volte ribadito come serva a determinare l'effettività dell'articolazione dell'impresa (Cfr. Cass. 23 ottobre 2002, n. 14961; Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105; Cass. 19 giugno-4 dicembre 2002, n. 1707).

Per certi versi questo criterio dell'autonomia funzionale richiama in via interpretativa il requisito della preesistenza, contenuto in precedenza nel comma 5 dell'art. 2112 cod. civ. e in seguito modificato dall'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003. Di fatti, anche la giurisprudenza recente si è espressa in modo affermativo al riguardo, stabilendo che deve intendersi ramo autonomo d'azienda ogni entità economica organizzata che in occasione del trasferimento conservi la propria identità, presupponendo quindi una «preesistente entità produttiva funzionalmente autonoma» (Cass., 4 dicembre 2012, n. 21711, con nota di F. Aiello, *Autonomia e preesistenza del ramo d'azienda ceduto: al datore di lavoro una mera facoltà ricognitiva*, in q. *Riv.*, 2013, II, pp. 642 ss.).

Anche le sentenze di merito dei Tribunali di Milano e Roma del 2008 si sono pronunciate in modo affermativo sul requisito della preesistenza, posizionandosi in sintonia con la legislazione e la giurisprudenza comunitaria e in contrasto con l'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003, stabilendo di conseguenza che non è possibile ricondurre nell'ambito di applicazione dell'art. 2112 cod. civ. una esternalizzazione che sia in realtà una forma incontrollata di espulsione di frazioni non coordinate

tra loro di articolazioni non autonome (Trib. Milano 29 febbraio 2008; Trib. Roma 3 marzo 2008, con nota di A. Raffi, *La preesistenza è requisito necessario del ramo d'azienda per legittimare il trasferimento*, in *q. Riv.*, 2008, II, pp. 673 ss.).

Tuttavia, l'autonomia funzionale del ramo d'azienda non può bastare per valutare la possibile frode alla legge, dato che nella maggioranza delle ipotesi sussiste quasi sempre. Il rilievo maggiore deve essere posto sull'utilizzo della cessione volto ad aggirare le disposizioni sul licenziamento (A. Perulli, *Il trasferimento di ramo d'azienda tra controllo di fattispecie e frode alla legge*, in *q. Riv.*, 2004, II, p. 797). Perciò, il criterio dell'autonomia non risulta sempre sufficiente a garantire la legittimità delle esternalizzazioni, come nel caso della Cass. 7 febbraio 2008, n. 2874, là dove è stato desunto il fine esplicito di violare una norma imperativa da altri elementi.

In conclusione, rimane difficile, dunque, riuscire a individuare quali siano i casi concreti in cui un trasferimento d'azienda possa essere considerato come un contratto in frode alla legge, poiché le pronunce della Corte di Cassazione si muovono su un confine labile che presenta molte varianti.

Gli unici parametri individuati dalla Corte per distinguere e accertare le ipotesi di esternalizzazioni legittime da quelle fraudolente sono: la sussistenza e l'autonomia funzionale (richiamando quindi la preesistenza) del ramo d'azienda e la possibilità concreta che con la cessione si possa eludere una norma imperativa.

Pertanto, non rileva che la motivazione del trasferimento d'azienda sia una difficoltà economica, che anzi è ritenuta più che legittima, soprattutto se l'esternalizzazione risulta essere un'alternativa al licenziamento collettivo.

Bruno Catania
Praticante avvocato

CASSAZIONE, 21 novembre 2013, n. 26143, Sez. lav. – Pres. Miani Canavari, Est. Berrino, P.M. Servello (conf.) – K.S. (avv.ti Palumbo, Abate) c. Azienda ospedaliera Ordine mauriziano di Torino (avv.ti Vesci, Pacchiana Parravicini).

Conf. Corte d'Appello Torino, 18 ottobre 2010.

Licenziamento individuale – *Mobbing* e licenziamento per mancata prova – Diritto alla riservatezza e diritto di difesa – Contemperamento degli opposti interessi e adozione del cd. «criterio della gerarchia mobile».

Il venir meno del rapporto fiduciario tra prestatore e datore di lavoro per la violazione del diritto alla riservatezza dei colleghi, nonché la mancanza di collaborazione creatasi all'interno dell'équipe medica di cui il lavoratore fa parte, sono motivazioni sufficienti a giustificare il licenziamento individuale. (1)

(*) Il testo della sentenza è pubblicato in www.ediesseonline.it/riviste/rgl

(1) LA REGISTRAZIONE OCCULTA DELLE CONVERSAZIONI DEI COLLEGHI COSTITUISCE GIUSTA CAUSA DI LICENZIAMENTO

1. — Nella sentenza in commento il lavoratore, non essendo riuscito a raggiungere la prova sul *mobbing* subito, è stato licenziato in tronco per aver registrato le conversazioni dei colleghi a insaputa degli stessi. Secondo la Suprema Corte, la sua condotta avrebbe generato «un clima di mancanza di fiducia indispensabile per il miglior livello di assistenza e, quindi, funzionale alla qualità del servizio, il tutto con grave e irreparabile compromissione anche del rapporto fiduciario» con l'azienda. Ciò, avrebbe integrato una giusta causa di licenziamento.

Al riguardo, appaiono doverose le seguenti considerazioni.

Nel nostro ordinamento esistono, come ben noto, disposizioni definite «clausole generali», le quali, in ragione del loro contenuto generico, necessitano di una specificazione derivante dall'interpretazione e dall'applicazione delle stesse. Finalità di tale meccanismo è la creazione del cd. «diritto vivente» consistente nell'adeguamento della norma al mutare della società. Tra le clausole appena ricordate rientrano sicuramente gli articoli 2104, 2105 e 2119 cod. civ.

Con specifico riferimento al licenziamento per lesione del rapporto fiduciario, la Corte di Cassazione ha già illustrato (Vd. Cass. 2 marzo 2011, n. 5095, in *Foro it.*, 2003, I, 1845) che la giusta causa di licenziamento, quale fatto «che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto», è una nozione che la legge – allo scopo di un adeguamento delle norme alla realtà da disciplinare, articolata e mutevole nel tempo – configura con una disposizione di limitato contenuto,

delineante un modulo generico che richiede di essere specificato in sede interpretativa. In questa prospettiva si è, pertanto, precisato che, per valutare se la compromissione del vincolo fiduciario costituisca o meno giusta causa di licenziamento, occorre differenziare «l'intensità della fiducia richiesta» a seconda della natura e della qualità del singolo rapporto, della posizione delle parti, dell'oggetto delle mansioni e del grado di affidamento che queste richiedono (Vd. *La giurisprudenza in materia di Diritto del lavoro e previdenziale segnalata dalla relazione del primo presidente della Cassazione*, rif. Cass. 8 agosto 2011, n. 17092, in *www.legge-e-giustizia.it*).

La Suprema Corte, infine, ha recentemente precisato che «l'elencazione delle condotte legittimanti l'irrogazione della sanzione del licenziamento per giusta causa ha valore puramente indicativo e certamente non tassativo laddove il fondamento del recesso possa essere individuato nella nozione legale di giusta causa e cioè in un comportamento di gravità tale da comportare la lesione del vincolo fiduciario tra le parti» (Cosi Cass. 3 settembre 2013, n. 20158, in *www.diritto.it*).

Tornando al caso che qui interessa, la Cassazione già nel 2000 si era espressa precisando che «le accuse di *mobbing*, non provate, giustificano il licenziamento *ex art.* 2119 cod. civ., per il venir meno del rapporto fiduciario tra le parti» (Cosi Cass. 8 gennaio 2000, n. 143, in *Dir. lav.*, 2001, II, p. 10, e in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, p. 764, confermata da Cass., Sez. lav., 14 giugno 2004, n. 11220, in *www.altalex.com*). Infatti, posto che il reperimento delle varie fonti di prova sia difficoltoso (in considerazione delle sacche di omertà e, quindi, della difficoltà a produrre prove testimoniali), ciò non toglie che tali prove oggettivamente vi debbano essere. Del resto, come sostenuto da un recente orientamento giurisprudenziale, il *mobbing*, proprio perché non può prescindere da un supporto probatorio oggettivo, non può essere imputato in via esclusiva o prevalente al vissuto interiore del soggetto, ovvero, all'amplificazione da parte del lavoratore delle normali difficoltà che caratterizzano la vita lavorativa di ciascuno. Secondo tale indirizzo, «possono essere stigmatizzate come condotte di *mobbing* soltanto le fattispecie più gravi e non i meri episodi di inurbanità, scortesia o addirittura maleducazione [...] con la conseguenza che non tutte le condotte del datore debbono essere considerate illecite per il solo fatto che sono avvertite come lesive dal solo lavoratore a causa della sua fragilità soggettiva nei rapporti personali, non potendo l'ambiente di lavoro, divenire una sorta di "Casa di cura" per lavoratori delicati e fragili come cristalli» (Vd. Cass. 28 agosto 2013, n. 19814, in *olympus.uniurb.it*). Tuttavia, al riguardo, assume una enorme rilevanza una recente pronuncia della Suprema Corte che ha affermato il seguente principio di diritto: «nell'ipotesi in cui il lavoratore chieda il risarcimento del danno patito alla propria integrità psico-fisica in conseguenza di una pluralità di comportamenti del datore di lavoro e dei colleghi di lavoro di natura asseritamente vessatoria, il giudice del merito, pur "nella accertata insussistenza [...] della configurabilità del *mobbing*", è tenuto a valutare se alcuni dei comportamenti denunciati – esaminati singolarmente ma sempre in relazione agli altri – pur non essendo accomunati dal medesimo fine persecutorio possano essere considerati vessatori e mortificanti per il lavoratore e, come tali, siano ascrivibili alla responsabilità del datore di lavoro...» (Cosi Cass. 5 novembre 2012, n. 18927,

in *olympus.uniurb.it*). Infine, merita di essere citata una sentenza del 29 aprile 2008 della Corte d'Appello di Torino, secondo la quale «promuovere un giudizio nei confronti del proprio datore di lavoro è un diritto del lavoratore, e se l'esercizio di tale diritto viene mantenuto nei corretti canali giudiziari non potrà mai fondare un successivo licenziamento. Tale comportamento costituirebbe mera ritorsione» (Vd. E. Fumagalli, *I licenziamenti per giusta causa e giustificato motivo soggettivo*, in *www.tribunale.varese.it*).

Ciò posto, la sentenza *de qua* solleva un'altra interessante questione, ritenendo che il ricorrente abbia tenuto un «comportamento tale da integrare una evidente violazione del diritto alla riservatezza dei suoi colleghi, avendo registrato e diffuso le loro conversazioni intrattenute in ambito strettamente lavorativo [...] utilizzando strumentalmente per una denuncia di *mobbing* rivelatasi, tra l'altro, infondata».

Ora, vista l'assenza, nel nostro ordinamento, di una norma generale e astratta a definizione e tutela del diritto alla privacy, il problema principale è stato quello di trovare un «appiglio» normativo da cui farne derivare una tutela generale. Autorevole dottrina ha definito la riservatezza come quell'«interesse che in base a una certa valutazione legislativa e sociale risulta fondamentale per l'individuo. Questi, infatti, ha bisogno per poter condurre la propria vita di vedersi riconosciuto un certo ambito privato dal quale poter escludere l'altrui ingerenza». Pertanto, «il rifiuto di tale riconoscimento finirebbe col menomare gravemente l'individuo e col pregiudicare lo stesso valore della persona, quindi la sua dignità; di qui la tutela implicita, anche sotto questo aspetto, del diritto alla riservatezza» (Così T.A. Auletta, *Riservatezza e tutela della personalità*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 36). Definendo la riservatezza un valore essenziale della persona, il diritto alla privacy viene fatto rientrare tra i diritti inviolabili della persona tutelati dall'art. 2 della Cost. che «in questa prospettiva [...] non è più una formula riassuntiva dei diversi diritti della persona costituzionalmente riconosciuti, ma una clausola generale attraverso la quale operare il continuo adeguamento delle garanzie giuridiche alle sempre nuove esigenze di tutela della persona» (Così S. Nigro, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova 2006, p. 43). Diritto alla privacy, quindi, come diritto alla libera estrinsecazione della propria personalità senza intromissioni e condizionamenti esterni che trova il proprio fondamento e la propria tutela, oltre che nel citato art. 2 Cost., anche nei successivi artt. 3, 13 e 14 Cost., nonché nel d.lgs. n. 196/03 (T.U. in materia di privacy) e nell'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (secondo cui ogni persona ha diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza).

Al riguardo, si ricorda che l'art. 167 del citato d.lgs. n. 196/03 dispone che:

1) «salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarre per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno, procede al trattamento di dati personali in violazione di quanto disposto dagli artt. 18, 19, 23, 123, 126 e 130, ovvero in applicazione dell'art. 129, è punito, se dal fatto deriva nocumento, con la reclusione da sei a diciotto mesi o, se il fatto consiste nella comunicazione o diffusione, con la reclusione da sei a ventiquattro mesi» (comma 1);

2) «salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarre per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno, procede al trattamento di dati personali in violazione di quanto disposto dagli artt. 17, 20 e 21, 22, commi 8 e 11, 25, 26, 27 e 45, è punito, se dal fatto deriva nocumento, con la reclusione da uno a tre anni» (comma 2).

In relazione alla vicenda di cui si controverte, deve prendersi in considerazione la sola disposizione di cui all'art. 23, comma 1, del suddetto d.lgs., il quale stabilisce che «il trattamento di dati personali da parte di privati o di enti pubblici economici è ammesso solo con il consenso espresso dell'interessato». La suddetta disposizione e il divieto in essa previsto vanno, però, interpretati e integrati tenendo conto anche della disposizione di cui all'art. 5 del medesimo d.lgs. Detta norma, infatti, al comma 3, prevede che il trattamento (e quindi la comunicazione) di dati personali effettuato da persone fisiche per fini esclusivamente personali è soggetto all'applicazione delle disposizioni di cui al T.U. «solo se i dati sono destinati a una comunicazione sistematica o alla diffusione». In altri termini, non è illecito registrare una conversazione, perché chi conversa accetta il rischio che questa sia documentata mediante registrazione, ma è violata la privacy solo se si diffonde la conversazione per scopi diversi dalla tutela di un diritto proprio o altrui (Cfr. Cass. pen., Sez. III, 13 maggio 2011, n. 18908, in *Massimario.it*, n. 31/2011, con nota di A. Ferretti). Infatti, nella composizione delle esigenze, eventualmente contrastanti, di tutela della riservatezza e di corretto svolgimento del processo, la soluzione al «dilemma» è identificata dalla Cassazione nel riconoscimento della natura speciale delle norme che regolano il processo rispetto a quelle contenute nel codice della privacy, con conseguente prevalenza, in caso di conflitto, delle prime sulle seconde.

La Cassazione, Ss.Uu., in una recente pronuncia è giunta a tale conclusione focalizzandosi sia sull'analisi delle disposizioni del codice della privacy, sia sulla *ratio* delle norme del codice di rito che possono pregiudicare la riservatezza delle parti processuali. In particolare, rispetto al citato d.lgs. n. 196/03, hanno rilevato come tale testo contenga numerose previsioni che subordinano la tutela del diritto alla riservatezza a esigenze di giustizia. Basti pensare, a titolo esemplificativo, all'art. 8, comma 2, lett. e, che esclude il diritto di opposizione al trattamento dei dati da parte dell'interessato, previsto dall'art. 7, quando il trattamento avvenga per l'esercizio di un diritto in sede giudiziaria, o all'art. 24, che esula dal consenso dell'interessato, qualora il trattamento dei suoi dati avvenga per difendere un diritto in giudizio. In definitiva, la Cassazione ha ritenuto che già il codice della privacy, «vista la pregnanza costituzionale del diritto di agire e difendersi in giudizio, abbia circondato il diritto alla riservatezza di un complesso di deroghe funzionali ad assicurare l'effettiva realizzazione della prima prerogativa, ritenuta preminente». D'altro canto, passando a esaminare specificamente le disposizioni del cod. proc. civ., la Suprema Corte evidenzia pure come le stesse non ignorino affatto il profilo della tutela della privacy delle parti processuali; anzi numerose sono le disposizioni rielaborate di recente proprio per realizzare un migliore temperamento tra le esigenze connesse alla riservatezza e il corretto funzionamento dei meccanismi

processuali. «Ciò comporta che il rispetto delle norme di procedura implica, di per sé, anche il rispetto della privacy, senza possibilità di ulteriori valutazioni in merito» (Cfr. Cass., Ss.Uu., 8 febbraio 2011, n. 3034, in *Massimario.it*, n. 07/2011, e cfr. di V. D'Antonio, *La privacy «a processo»*, in *www.medialaws.eu*). Del resto, la Cassazione (Sentenza 5 agosto 2010, n. 18279, in *www.cortedicassazione.it*) aveva già espressamente stabilito che il richiamo a opera di una parte processuale al rispetto del diritto alla privacy non può legittimare una violazione del diritto di difesa. Tale diritto sussiste in virtù del criterio della «*gerarchia mobile*» [...] da intendersi non come rigida e fissa subordinazione di uno degli interessi all'altro ma come concreta individuazione da parte del giudice dell'interesse da privilegiare tra quelli antagonisti a seguito di una ponderata valutazione della specifica situazione sostanziale dedotta in giudizio con conseguente bilanciamento tra gli stessi, capace di evitare che la piena tutela di un interesse possa tradursi nella limitazione di quello contrapposto tanto da vanificarne o ridurne il valore contenutistico...». Con specifico riferimento al diritto di privacy la citata sentenza evidenzia che «l'operazione di bilanciamento può condurre a un arretramento di tutela dei dati personali tutte le volte in cui nel conflitto di interessi il grado di lesione della dignità dell'interessato sia di ridotta portata...». Pertanto, «il richiamo a opera di una parte processuale al doveroso rispetto del diritto (suo o di un terzo) alla “*privacy*” [...] non può legittimare una violazione del diritto di difesa che, inviolabile in ogni stato e grado del procedimento (Art. 24, comma 2, Cost.), non può incontrare nel suo esercizio ostacoli e impedimenti nell'accertamento della verità materiale a fronte di gravi addebiti suscettibili di determinare ricadute pregiudizievoli alla controparte in termini di un irreparabile “*vulnus*” alla sua onorabilità e, talvolta anche alla perdita di altri diritti fondamentali, come quello al posto di lavoro...».

Alla luce di quanto sopra, a parere di chi scrive, deve ritenersi che la condotta del dipendente il quale, come nel caso in esame, registri conversazioni di colleghi a fini difensivi non possa certamente comportare una reazione del datore di lavoro così estrema come quella espulsiva. Ciò in quanto non vi sono ragioni (certamente non relative a una presunta violazione della privacy) per cui non si possa e debba riconoscere al lavoratore di precostituirsi strumenti di prova, sempre che poi tali strumenti vengano utilizzati nel rispetto dei principi di pertinenza e contenenza, che nel caso in esame non appaiono in discussione.

Roberta D'Amore
Avvocato in Roma

CASSAZIONE, 5 novembre 2013, n. 24775, Sez. lav. – Pres. Miani Cannevari, Est. Venuti, P.M. Fresa (diff.) – L.F. (avv.ti Bersani, Vinzia) c. Edisu (avv. X).

Conf. Corte d'Appello Milano, 28 giugno-15 settembre 2011.

Trasferimento del lavoratore – Incompatibilità ambientale – Commi 5 e 6 dell'art. 33 della legge n. 104/1992 – Violazione e falsa applicazione – Non sussiste.

Il diritto del lavoratore disabile a non essere trasferito in altra sede senza suo consenso ai sensi dell'art. 33, comma 6, della legge n. 104/1992, mentre non può subire limitazioni in caso di mobilità connessa a ordinarie esigenze tecnico-produttive dell'azienda, non è invece esercitabile ove sia accertata la incompatibilità del dipendente con i suoi collaboratori, in quanto tale situazione costituisce, di per sé, una causa di disorganizzazione e disfunzione aziendale che giustifica la modifica della sede di lavoro. (1)

(*) Il testo della sentenza è pubblicato in www.ediesseonline.it/riviste/rgl

(1) IL TRASFERIMENTO DEL DISABILE
PER INCOMPATIBILITÀ AMBIENTALE

1. — Nella pronuncia in commento, la Corte di Cassazione è chiamata a valutare il caso di un trasferimento di lavoratore disabile senza suo previo consenso.

La signora L.F., disabile addetta alla *reception* dell'Ente per il diritto allo studio universitario di Pavia (Edisu), veniva trasferita in una diversa struttura dell'Ente situata nello stesso Comune.

La lavoratrice impugnava il provvedimento ritenendolo dovuto a intenti punitivi e di *mobbing* e comunque illegittimo perché intimato senza il suo consenso e, per di più, in una sede non facilmente raggiungibile «essendo collocata dalla parte opposta della città di Pavia», in violazione dell'art. 33, comma 6, della legge n. 104/1992 secondo cui: «La persona handicappata maggiorenne in situazione di gravità [...] ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferita in altra sede, senza il suo consenso».

La domanda di L.F. veniva respinta nei due gradi di giudizio di merito. La Corte d'Appello di Milano, in particolare, nel confermare la decisione di primo grado, accertava che la destinazione della predetta dipendente in altro luogo di lavoro non era stata dettata da intenti punitivi o discriminatori ma da incompatibilità ambientale derivante dalla situazione di contrasto con gli altri colleghi di lavoro. Conseguentemente, negava il riconoscimento del danno biologico lamentato dalla dipendente, non essendo lo stesso imputabile al datore di lavoro.

La lavoratrice ricorreva in Cassazione adducendo i seguenti motivi: violazione e falsa applicazione dell'art. 33, commi 5 e 6, della legge n. 104/1992, considerato che il trasferimento era stato intimato senza suo previo consenso e che, in base all'art. 2103 cod. civ., esso può avvenire solo per ragioni tecnico-organizzative e produttive mentre, nella fattispecie, era da ricondursi a intenti persecutori; contraddittorietà della motivazione perché il Collegio riteneva sussistente la situazione di incompatibilità ambientale ma negava la presenza di comportamenti vessatori da parte dei colleghi nei confronti della dipendente con ciò implicitamente negando la gravità della situazione, presupposto necessario per giustificare questo tipo di trasferimento; insufficiente motivazione in merito al mancato riconoscimento del nesso causale tra trasferimento e danno biologico, a fronte della dettagliata consulenza tecnica di parte.

La Corte di Cassazione, con la pronuncia in esame, rigetta i tre motivi di impugnazione e conferma la sentenza di secondo grado.

2. — La ricorrente, nel primo motivo di ricorso, lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 2103 cod. civ. e dei commi 5 e 6 dell'art. 33 della legge n. 104/1992 (La «Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate»).

In base all'art. 2103 cod. civ. il lavoratore «non può essere trasferito da una unità produttiva a un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive»; con riferimento al lavoratore che assiste il disabile e al lavoratore disabile, l'art. 33 della legge n. 104/1992 dispone: «Il lavoratore [...] ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede» (comma 5) e «La persona handicappata maggiorenne in situazione di gravità [...] ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferita in altra sede, senza il suo consenso» (comma 6).

In merito a questa prima doglianza, la pronuncia in commento evidenzia che il giudice di merito «con motivazione adeguata, logica e non contraddittoria» aveva accertato che, contrariamente a quanto sostenuto dalla lavoratrice, il trasferimento era stato dettato da ragioni di incompatibilità ambientale e non da motivo discriminatorio e punitivo. Conseguentemente, la Suprema Corte si richiama al principio di diritto sul trasferimento per incompatibilità ambientale, espresso da un consolidato indirizzo giurisprudenziale (In particolare: Cass. 15 dicembre 1987, n. 9276; Cass. 16 aprile 1992, n. 4655; Cass. 28 settembre 1995, n. 10252; Cass. 9 marzo 2001, n. 3525; Cass. 12 dicembre 2002, n. 17786; Cass. 23 febbraio 2007, n. 4265). Secondo tale orientamento, posto che l'art. 2103 cod. civ. non distingue tra situazioni soggettive e oggettive che legittimano il trasferimento ma consente la valutazione anche di situazioni soggettive purché valutate secondo un criterio obiettivo, una ragione di incompatibilità tra il dipendente e i suoi collaboratori è sufficiente a giustificare il trasferimento di questo ove sia venuta a incidere in senso oggettivo sul normale svolgimento dell'attività tecnico-organizzativa dell'impresa.

In altre parole, quando le tensioni e i conflitti tra lavoratori e colleghi si ripre-

cuotono sulla produttività dell'impresa e sono dunque valutabili in base a un criterio obiettivo, il trasferimento del dipendente, sebbene connesso a fattispecie di potenziale rilievo disciplinare, trova fondamento, non in ragioni punitive, ma in quelle esigenze che, in base all'art. 2103 cod. civ., legittimano l'esercizio dello *ius variandi* del datore di lavoro, ossia il potere di conformare la prestazione alle esigenze dell'impresa, e dunque costituisce lo strumento idoneo per rimuovere situazioni di conflitto fra il dipendente e l'ambiente di lavoro.

Sulla sussistenza di una situazione di incompatibilità ambientale ai fini della legittimità del trasferimento, la giurisprudenza, in alcuni casi, si è spinta ancora oltre osservando che: «Non contrasta con tali principi l'affermazione che un fatto disciplinarmente rilevante possa costituire, altresì, una delle ragioni tecniche, organizzative e produttive, previste dall'art. 2103 cod. civ., ai fini della legittimità del trasferimento, come nel caso in cui [...] il pregresso illecito disciplinare si palesi tale da suggerire, per il lavoratore che ne è autore, un immediato mutamento di sede, al fine di prevenire disfunzioni connesse alla permanenza del dipendente nello stesso ambiente di lavoro, dal momento che, anche in tale ipotesi, il trasferimento di sede che segua l'irrogazione di una sanzione disciplinare non assume carattere di pena privata e non riveste, quindi, motivazioni di per sé afflittive, ma si riconnette a ragioni [...] connesse al regolare funzionamento dell'attività aziendale» (Cass. n. 14875 del 6 luglio 2011).

Rilevanti sono le conseguenze che derivano da un trasferimento disposto per incompatibilità ambientale: tale provvedimento non richiede l'osservanza delle garanzie sostanziali e procedurali previste dall'art. 7 della legge n. 300/1970 e la sua validità può essere scrutinata dal giudice di merito solo alla luce dei limiti posti dall'art. 2103 cod. civ., e, quindi, della necessaria corrispondenza fra tale provvedimento e le finalità tipiche dell'impresa. A quest'ultimo proposito si è anche sottolineato che la scelta imprenditoriale non deve necessariamente presentare «i caratteri della inevitabilità, essendo sufficiente che il trasferimento concreti una tra le scelte ragionevoli che il datore di lavoro possa adottare sul piano tecnico, organizzativo o produttivo» (Così Cass. 12 dicembre 2002, n. 17786). In particolare, in tema di pubblico impiego, si è osservato che «la predetta valutazione è connotata da ampia discrezionalità, il che determina la sindacabilità delle esigenze di servizio poste alla base del trasferimento [...] da parte del giudice amministrativo solo *ab externo*, ossia sotto il profilo della logicità e della completezza della motivazione» (Così Tar Roma, Sez. I, 14 febbraio 2012, n. 1490, e cfr., tra le altre, Cons. Stato, Sez. IV, n. 970 del 2010; Tar Puglia, Bari, Sez. III, 13 maggio 2010, n. 1871).

Tornando alla pronuncia *de quo*, alla luce di suddette rilevanti ricadute sul piano delle garanzie sostanziali e procedurali e, in particolare, del motivo di ricorso che lamentava proprio la violazione e falsa applicazione dell'art. 2103 cod. civ., ci si aspettava che la Cassazione quantomeno valorizzasse le circostanze rivelatrici, nella fattispecie, di tale incompatibilità e della inidoneità della ricorrente a continuare a lavorare nella sede di lavoro, come aveva fatto in altre occasioni, in cui aveva posto in risalto: «Il malcontento del personale, privo di un sereno rapporto di collaborazione col preposto e costretto a lavorare in un clima teso per effetto

del caratteraccio del preposto medesimo, della sua intolleranza, delle sue intemperanze verbali, del suo linguaggio offensivo» (Cass. n. 4655 del 1992) e la «inadeguatezza al ruolo di dirigente di una grande filiale di Poste italiane Spa [...] sotto la cui gestione si erano verificati gravi disservizi – mancata consegna della corrispondenza – rilevati dal servizio ispettivo» (Cass. n. 4265 del 23 febbraio 2007).

Ci si aspettava un più approfondito esame della questione di diritto anche sotto il profilo relativo alla sussistenza, nel trasferimento della dipendente, di esigenze di carattere tecnico, organizzativo e produttivo «comprovate», come richiesto dall'art. 2103 cod. civ. In proposito, è stato puntualizzato più volte che l'aggettivo «comprovate» contenuto nell'art. 2103 cod. civ. sta a significare che tali esigenze devono essere «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» (Cass. 16 aprile 1992, n. 4655). Si tratta di un onere probatorio rafforzato che incombe sul datore di lavoro e «sta ad attestare che il provvedimento di trasferimento è destinato ad avere, nella generalità dei casi, ricadute sovente pregiudizievoli per il lavoratore sotto diversi versanti, incidenti non di rado oltre che sul piano economico anche su quello familiare per interrompere, per tempi non limitati, quei rapporti di affetti e di solidarietà quotidiana fondanti la comunità familiare, tanto più pregnanti e gravosi ove il nucleo familiare veda presenti minori, anziani, diversabili bisognevoli di cura e dedizione» (Cosi' Cass. 7 giugno 2012, n. 9201; v. anche Cass. 17 maggio 2010, n. 11984).

Tuttavia, anche in merito alla sussistenza di tali «comprovate ragioni», idonee a escludere l'ipotesi di un trasferimento dettato da intenti punitivi o discriminatori e, comunque, a escludere *a priori* che la situazione conflittuale si possa ripetere in altra sede, la Suprema Corte nulla dice. Si limita a rilevare la congruità della motivazione della Corte di merito e ad asserire, apoditticamente: «La situazione di incompatibilità ambientale [...] costituisce essa stessa causa di disorganizzazione e disfunzione realizzando, di per sé, un'obiettiva esigenza di modifica del luogo di lavoro».

La ricorrente lamenta anche la violazione e falsa applicazione dei commi 5 e 6 dell'art. 33 della legge n. 104/1992.

La Corte di merito aveva ritenuto che non potessero applicarsi suddette disposizioni perché mancavano i presupposti per invocare la disciplina protettiva del disabile: la nuova sede di lavoro si trovava nell'ambito dello stesso Comune ed era «equidistante» dalla residenza del disabile. Il giudice di legittimità corregge tale motivazione chiarendo la nozione di trasferimento del lavoratore: esso si configura ogni qualvolta si abbia un mutamento definitivo del luogo geografico di esecuzione della prestazione; pertanto «è configurabile anche nell'ipotesi in cui lo spostamento venga attuato nell'ambito della medesima unità produttiva, quando questa comprenda uffici, come nella specie, notevolmente distanti tra loro e, per di più, coinvolga soggetti portatori di handicap».

Ritenuta, dunque, applicabile la disciplina di cui alla legge n. 104/1992, la Corte di legittimità si richiama alla pronuncia delle Sezioni Unite del 2009 che, in tema di assistenza del familiare disabile di cui al comma 5 dell'art. 33 della legge n. 104/1992, ritiene «non attuabile» il diritto del lavoratore, che assista con continuità

ed esclusività un parente o un affine entro il terzo grado portatore di handicap, a non essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede «ove sia accertata, in base a una verifica rigorosa anche in sede giurisdizionale, l'incompatibilità della permanenza del lavoratore nella sede di lavoro» (Cass., Ss.Uu., 9 luglio 2009, n. 16102). E ciò, considerando che il diritto del genitore o del familiare del disabile a non essere trasferito non è assoluto o illimitato, in quanto presuppone, oltre gli altri requisiti esplicitamente previsti dalla legge, altresì la compatibilità con l'interesse collettivo, posto che secondo il legislatore, come è dimostrato dalla presenza dell'inciso «ove possibile» contenuto nei commi 5 e 6 dell'art. 33 della legge n. 104/1992, il diritto alla effettiva tutela del disabile non può essere fatto valere quando il suo esercizio venga a ledere in misura consistente le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro, in quanto ciò può tradursi (e ciò vale soprattutto in tema di pubblico impiego) in un danno per la collettività (Per riferimenti dottrinali in proposito, si v. F. Buffa, *Non constano precedenti in termini*, in *Giust. civ.*, fasc. 10, 2010, p. 2257; A. D'Andrea, *Diritto di scelta della sede di lavoro e divieto di trasferimento non consensuale del dirigente pubblico affetto da grave handicap*, in *Mass. giur. lav.*, 2008, p. 482; R. Nunin, *Interruzione della convivenza con il familiare disabile e mobilità territoriale del dipendente pubblico*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 341).

In altre parole, se è vero che la legge n. 104/1992 rientra in quelle ipotesi speciali (quali l'art. 22, comma 2, legge n. 300 del 1970; l'art. 78, comma 6, d.lgs. n. 267 del 2000) in cui la considerazione dei principi costituzionali coinvolti può determinare concretamente un limite a trasferimento, tuttavia, essa non sancisce un diritto assoluto e incondizionato del disabile o di chi lo assiste a non essere trasferito senza consenso. Alla luce di una interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 33, comma 6, legge n. 104/1992, fondata sul bilanciamento dei valori espressi dagli artt. 3 e 41 della Costituzione e, nel caso di pubblico impiego, anche dell'art. 97 (Si vedano, tra le altre, le sentenze della Corte cost. 22 luglio 2002, n. 372; 29 luglio 1996, n. 325; 29 ottobre 1992, n. 406), il diritto della persona disabile a non essere trasferita senza il suo consenso ad altra sede non è attuabile ove sia accertata l'incompatibilità ambientale.

Vale la pena di ricordare che, in tema di pubblico impiego, più volte si è evidenziato che il diritto di assistere un disabile si configura come interesse legittimo (di tipo oppositivo o pretensivo, a seconda che, rispettivamente, consista nell'interesse a non essere o a essere trasferito) in quanto i benefici previsti dalla legge a tutela del disabile restano, in ogni caso, condizionati dalla insussistenza di «un contrario interesse pubblico» (Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 565; Tar Campania, Napoli, Sez. IV, 5 maggio 2005, n. 5488; Tar Puglia, Bari, 7 novembre 2003, n. 4119; Tar Veneto, Sez. I, 7 luglio 1998, n. 1307; Tar Lombardia, Sez. III, 27 agosto 1996, n. 1326); interesse, quest'ultimo, che prevale in quanto «volto alla salvaguardia del prestigio dell'amministrazione e alla rimozione di situazioni pregiudizievoli per la stessa» (Tar Bolzano, 13 dicembre 2006, n. 444). Più specificamente, a proposito del diritto del disabile di cui al comma 6 dell'art. 33 della legge n. 104/1992, si è detto che il requisito della possibilità «va inteso quale limite negativo, nel senso che l'attribuzione e l'esplicazione di tale diritto non deve com-

promettere in modo consistente e incisivo l'assetto economico e organizzativo della parte datoriale, così da causare, nel caso di trasferimento di un dipendente pubblico, un danno alla collettività» (Corte d'App. Firenze 4 febbraio 2003).

Nella fattispecie, la Suprema Corte evidenzia che la particolarità delle esigenze connesse alla situazione di incompatibilità ambientale, «riconducibili a valori di rilievo costituzionale e allo stesso mantenimento dell'assistenza alle persone handicappate, determina la inapplicabilità, in caso di incompatibilità ambientale, della tutela di cui alla legge n. 104/1992, art. 33, comma 6».

La situazione di incompatibilità ambientale, continua la pronuncia in commento, «si distingue dalle ordinarie esigenze di assetto organizzativo, in quanto costituisce essa stessa causa di disorganizzazione e disfunzione, realizzando, di per sé, una obiettiva esigenza di modifica del luogo di lavoro».

Anche sotto questo profilo, ci si aspettava un'argomentazione più approfondita, almeno in ordine al rilievo, nella fattispecie, della situazione di incompatibilità, posto che non solo si tratta di un trasferimento privo delle garanzie sostanziali e procedurali previste per le sanzioni disciplinari, ma, per di più, di un provvedimento comminato a un disabile soggetto alla tutela rafforzata di cui al comma 6 dell'art. 33 «da leggere non in chiave formale ma sostanziale nel senso che il divieto di trasferimento del lavoratore gravemente handicappato senza il suo consenso deve ritenersi operante quale che sia lo strumento giuridico mediante il quale il trasferimento stesso viene attuato» (Così il Tribunale di Roma, Sez. lav., 11 luglio 2006, in una ipotesi di cessione di ramo di azienda). Tutela, peraltro, riconosciuta dalla Carta di Nizza e dalla Convenzione dell'Onu del 13 dicembre 2006 sui diritti dei disabili, recepita dalla legge n. 18/2009.

A maggior ragione, dunque, nel caso del disabile, la incompatibilità ambientale che giustifica tale trasferimento deve essere «gravissima», come evidenziato dalla ricorrente. Ma la Corte Suprema si è limitata ad asserire che le tensioni createsi nell'ambiente di lavoro avevano «rilevanti ripercussioni sul regolare svolgimento dell'attività lavorativa» che, come accertata dal giudice di merito, «di per sé» costituiva un limite alla operatività della disciplina protettiva del disabile.

In relazione al secondo motivo di impugnazione, la Corte di Cassazione esclude la contraddittorietà della motivazione di appello limitandosi a sostenere che la Corte territoriale «con un percorso argomentativo logico e coerente» aveva «ritenuto che nell'ambiente di lavoro si era comunque creato, per i contrasti sorti tra il personale dipendente, un clima di tensione costituente causa di disfunzione e disorganizzazione, non compatibile con il normale svolgimento dell'attività lavorativa». Sarebbe stato opportuno che il giudice di legittimità, nel rigettare tale censura, chiarisse in diritto la distinzione tra condotta mobbizzante o discriminatoria (in cui il lavoratore è vittima) e la situazione di incompatibilità ambientale (in cui il lavoratore è autore del conflitto) talmente grave da prevalere sulle esigenze di tutela del disabile.

Elvira Sessa

*Avvocato; Dottore di ricerca in Diritto dei rapporti economici e di lavoro
presso l'Università di Napoli «Federico II»*

CASSAZIONE, 11 novembre 2013, n. 25310, Sez. lav. – Pres. Stile, Est. Tria, P.M. Romano – Sielte Spa (avv. Landi) c. S.M. (avv. Tedeschi). Conf. Corte d'Appello L'Aquila, 29 novembre 2010.

Licenziamento collettivo – Criteri di scelta – Restrizione al personale di un'unità o di un settore aziendale – Legittimità – Condizioni – Obbligo datoriale di motivazione – Comunicazione iniziale – Comparazione per l'avvio alla mobilità – Insussistenza.

Ai fini della determinazione dell'ambito di attuazione del licenziamento e dell'individuazione dei lavoratori da licenziare deve tenersi conto di tutti i lavoratori dell'azienda. Sicché non può valere a ridurre il numero dei soggetti da valutare comparativamente il mero ridimensionamento (o la stessa soppressione) di un reparto, potendo la riduzione del personale essere limitata agli addetti a tale reparto solo allorquando sia costoro, sia gli addetti ai restanti reparti siano portatori di specifiche professionalità non omogenee, che ne rendano impraticabile in radice qualsiasi comparazione. (1)

(*) Il testo della sentenza è pubblicato in www.ediesseonline.it/riviste/rgl

(1) LICENZIAMENTO COLLETTIVO, PROCEDIMENTALIZZAZIONE
DEI POTERI DATORIALI E AMBITO DI APPLICAZIONE
DEI CRITERI DI SCELTA DEI LAVORATORI

SOMMARIO: 1. La fattispecie oggetto del giudizio. — 2. La procedimentalizzazione dei poteri datoriali. — 3. Il complesso aziendale, le esigenze tecnico-produttive e organizzative e la comunicazione iniziale. — 4. Osservazioni critiche.

1. — *La fattispecie oggetto del giudizio* — Con la sentenza n. 25310 dell'11 novembre 2013, la Cassazione torna sul noto e controverso tema della legittimità di decisioni datoriali volte a limitare l'ambito aziendale entro cui applicare i criteri per individuare i lavoratori da porre in mobilità. In particolare, la pronuncia muove dal ricorso della società datrice di lavoro – società caratterizzata da una struttura aziendale articolata in più centri operativi variamente dislocati sul territorio nazionale – avverso la sentenza di secondo grado che aveva confermato l'inefficacia del recesso intimato a conclusione di una procedura di licenziamento collettivo.

Nel luglio del 2005, a fronte del «continuo calo dei compensi da parte del committente che si protrae dal 1998», dei «costanti aumenti del costo della vita sopportati in questi ultimi anni (aumento salari, carburanti ecc.)» e degli «alti costi relativi alla struttura di Città Sant'Angelo» (1), la società datrice di lavoro – inviando tante

(1) Le motivazioni riportate nel testo non sono state rinvenute nella sentenza in esame, ma in Cass. 20 febbraio 2012, n. 2429, in *Mass. giust. civ.*, 2012, p. 186, inerente la medesima procedura di licenziamento collettivo.

comunicazioni quanti erano i centri operativi in cui si articolava la struttura aziendale – informava le rappresentanze sindacali aziendali della necessità di avviare le procedure per la messa in mobilità di una pluralità di lavoratori, tutti in servizio presso il medesimo centro operativo (quello appunto di Città Sant'Angelo).

Tra i lavoratori posti in mobilità vi era anche il sig. S.M. (resistente nella specifica vicenda giudiziaria in esame), il quale – peraltro analogamente ad alcuni colleghi – decideva di impugnare il recesso datoriale.

In primo grado, il Tribunale di Pescara dichiarava l'inefficacia del licenziamento intimato al sig. S.M., ritenendo illegittima la scelta datoriale di individuare i lavoratori da collocare in mobilità in ragione di esigenze tecnico-produttive e organizzative riferite non all'intero complesso aziendale, ma ai singoli centri operativi.

La Corte d'Appello di L'Aquila, adita dalla società datrice di lavoro, nel rigettare l'appello di quest'ultima, confermava la pronuncia di primo grado e, al contempo, precisava che la scelta datoriale di limitare l'ambito di applicazione dei criteri per la messa in mobilità al solo centro operativo di Città Sant'Angelo avrebbe potuto ritenersi legittima solo in quanto le relative ragioni fossero state esplicitate «onde consentire un adeguato controllo della loro sussistenza». Motivazione, questa, che sostanzialmente anima anche la pronuncia di terzo grado che conferma l'illegittimità della condotta datoriale e la conseguente inefficacia del recesso, adducendo altresì la circostanza per cui l'aver il datore inviato tante comunicazioni iniziali quanti erano i centri operativi avrebbe reso le comunicazioni stesse inidonee a consentire alle rappresentanze sindacali una piena conoscenza delle ragioni sottostanti il licenziamento collettivo e le sue concrete modalità di attuazione.

2. — *La procedimentalizzazione dei poteri datoriali* — La sentenza in commento si incentra dunque su di una lettura congiunta degli artt. 4 e 5 della legge 23 luglio 1991, n. 223 (2). Come noto, dette norme sono state emanate al fine di dare (peraltro tardivamente) (3) attuazione alla Direttiva 17 febbraio 1975, n. 129, del

(2) La letteratura su quest'ultima è sconfinata. Senza pretesa di esaustività, tra i primi commenti si v. M. D'Antona, *I licenziamenti per riduzione di personale nella legge n. 223/91*, già in *Riv. crit. dir. lav.*, 1992, p. 317, ora in B. Caruso e S. Sciarra (a cura di), *M. D'Antona, Opere, Licenziamenti collettivi, cassa integrazione e mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 869; F. Liso, *La nuova legge sul mercato del lavoro*, in *Lav. inf.*, 1991, nn. 17-24; M. Miscione, *I licenziamenti per riduzione del personale e la mobilità*, in F. Carinci (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi n. 108 del 1990 e n. 223 del 1991*, Jovene, Napoli, 1991, p. 299; L. Montuschi, *Mobilità e licenziamenti: primi appunti ricostruttivi ed esegetici in margine alla legge n. 223 del 23 luglio 1991*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, I, p. 413; G. Pera, *I licenziamenti collettivi*, in *Giust. civ.*, 1992, II, p. 207; M. Persiani, *I licenziamenti collettivi per riduzione del personale nella legge n. 223/1991: le procedure*, in *Dir. rel. ind.*, 1992, p. 211; L. Spagnuolo Vigorita, *I licenziamenti collettivi per riduzione di personale nella recente legge n. 223/1991: la fattispecie*, in *Dir. rel. ind.*, 1992, p. 201.

(3) Ritardo che ha determinato la condanna dello Stato italiano da parte di Corte Giust. Ce 8 giugno 1982, causa C-91/81, *Commissione c. Italia*, in *Dir. lav.*, 1982, II, p. 383, con nota di R. Foglia, *Obblighi comunitari e licenziamenti collettivi*, nonché di Corte Giust. Ce 6 novembre 1985, causa C-131/1984, *Commissione c. Italia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, II, p. 406, con nota di M. De Luca, *Direttiva comunitaria in materia di licenziamenti collettivi e giurisprudenza dei giudici italiani*.

Consiglio (4) e hanno segnato il definitivo superamento della disciplina contrattuale vigente sin dal 1950. La previsione *ad excludendum* di cui all'art. 11 della legge 15 luglio 1966, n. 604 (5), aveva infatti implicitamente confermato e determinato la perdurante operatività dell'Accordo interconfederale del 20 dicembre 1950 (poi recepito nel d.P.R. 14 luglio 1960, n. 1019), e dell'Accordo interconfederale del 5 maggio 1965, sostanzialmente riproduttivo dei contenuti della prima intesa (6).

Peraltro, sebbene attuativa della disciplina comunitaria, la normativa nazionale presenta notevoli tratti di discontinuità rispetto a quest'ultima, innanzitutto con riguardo alla individuazione della fattispecie «licenziamento collettivo» (7). Infatti, se pure è vero che anche il legislatore nazionale ricorre all'interazione tra un elemento quantitativo (8) e uno qualitativo, è però altrettanto vero che quest'ultimo viene individuato in nozioni assai più ristrette rispetto a quella comunitaria (9), e

(4) Ulteriori *disposizioni per il ravvicinamento* delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi sono poi state emanate con la Direttiva 24 giugno 1992, n. 56 (attuata dall'Italia con il d.lgs. 26 maggio 1997, n. 151), nonché con la Direttiva 20 luglio 1998, n. 59, che, nell'unificare le disciplina stratificatesi, oggi costituisce il Testo Unico della materia.

Per una ricostruzione della disciplina comunitaria si v. A. Topo, *I licenziamenti collettivi*, in F. Carinci (diretto da), *Commentario di diritto del lavoro*, vol. IX, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Utet, Torino, 2010, pp. 714 ss. Per una disamina critica della disciplina nazionale alla luce dei principi comunitari si v. invece P. Alleva, *I licenziamenti collettivi in prospettiva europea*, in *Lav. giur.*, 2000, p. 608.

(5) Esclusione ritenuta legittima dalla Corte costituzionale che, con sentenza 28 giugno 1985, n. 191 (in *Foro it.*, 1986, I, c. 1248), ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della norma succitata nel testo con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost.

(6) Si vd. per una ricostruzione puntuale G. Natullo, *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, Franco Angeli, Milano, 2004.

(7) La «reticenza» del legislatore del 1991 a ragionare di licenziamenti collettivi è stata superata solo recentemente quando l'art. 2, comma 72, della legge 28 giugno 2012, n. 92 (cd. riforma Fornero), ha sostituito i riferimenti alla «mobilità» con la più esplicita nozione, appunto, di licenziamento collettivo.

(8) Il riferimento è ai cinque recessi in centoventi giorni di cui all'art. 24, comma 1, legge n. 223/1991. La disciplina comunitaria è invece assai più articolata, individuando una griglia variabile in relazione alle dimensioni dell'impresa e alle tempistiche di attuazione dei licenziamenti (cfr. art. 1, Direttiva n. 98/59).

(9) Il legislatore comunitario richiede infatti «motivi che non ineriscono la persona del lavoratore» (così l'art. 1, comma 1, Direttiva n. 98/59/Ce; con la precisazione che per la Corte di Giustizia – sentenza 8 giugno 1994, causa C-383/92, *Commissione c. Regno Unito*, in q. *Riv.*, 1995, II, p. 80 – la nozione non può ritenersi limitata ai licenziamenti per motivi economici, il che spiega perché in dottrina vi sia stato chi ha ritenuto che il diritto comunitario non offre in realtà una nozione di licenziamento collettivo: così B. Veneziani, *Stato e autonomia collettiva, Diritto sindacale italiano e comparato*, Cacucci, Bari, 1992, p. 313), mentre la legge n. 223/1991 ragiona di licenziamenti attuati «in conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro» (art. 24), ovvero successivamente a un periodo di cassa integrazione guadagni straordinaria ove l'impresa stimi «di non essere in grado di garantire il reimpiego a tutti i lavoratori sospesi e di non poter ricorrere a misure alternative» (art. 4). In ragione di tale duplicità, per alcuna dottrina il sistema italiano conoscerebbe due nozioni di licenziamento collettivo, di cui solo una (quella delineata dall'art. 24) contemplerebbe

che oltretutto vengono fatte destinatarie di una rilevanza causale ignota al legislatore sovranazionale (10).

anche un presupposto quantitativo. Con riferimento agli artt. 24 e 4, ragionava di ipotesi generale e di sottoipotesi M. D'Antona, *I licenziamenti per riduzione di personale nella legge n. 223/91*, già in *Riv. crit. dir. lav.*, 1992, p. 317, ora in B. Caruso e S. Sciarra (a cura di), *M. D'Antona, Opere, Licenziamenti collettivi, cassa integrazione e mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 873 ss. Propendono per la sussistenza di una sola fattispecie R. Del Punta, *La legge n. 223/1991 e i licenziamenti collettivi: un primo bilancio teorico*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1997, p. 15, e S. Liebman, *La mobilità del lavoro nella legge n. 223/1991: tendenze della prassi applicativa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, I, p. 134.

(10) Né diversamente potrebbe essere giacché «la Direttiva [...] non effettua alcuna distinzione tra le cause che possono aver dato luogo alla decisione imprenditoriale di ridimensionamento dell'organico» (così B. Veneziani, *op. ult. cit.*, p. 313). Diversamente, sul piano nazionale deve rilevarsi come la natura causale della nozione di licenziamento collettivo sia elemento dirimente per quelle letture, specie dottrinali, che riconoscono al giudice il potere di valutare *ex post* l'effettività e la genuinità delle ragioni addotte dal datore di lavoro, nonché la sussistenza di un nesso di causalità tra dette ragioni e il licenziamento concretamente irrogato e oggetto di impugnazione, operando così un controllo che va ben oltre la mera verifica del corretto adempimento degli obblighi procedurali. Seppur con notevoli differenze, hanno ammesso il controllo giudiziale sulla sussistenza e genuinità del presupposto sostanziale dei singoli recessi: C. Alessi, *Il licenziamento collettivo per riduzione di personale: fattispecie e disciplina*, in *q. Riv.*, 1995, I, pp. 223 ss.; U. Carabelli, *I licenziamenti per riduzione di personale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1994, pp. 259 ss.; R. Del Punta, *op. ult. cit.*, pp. 23 ss.; P. Ichino, *Trattato di diritto civile e commerciale. Il contratto di lavoro*, vol. 1, Giuffrè, Milano, 2000, p. 558; F. Mazzioni, *Riduzione di personale e messa in mobilità*, in G. Ferraro, F. Mazzioni, F. Santoni (a cura di), *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro*, Jovene, Napoli, 1992, p. 131; L. Montuschi, *Procedure e forme: comunicare è bello?*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, pp. 665 ss.; O. Mazzotta, *Sub art. 11, legge n. 604*, in O. Mazzotta, *I licenziamenti. Commentario*, 1999, Giuffrè, Milano, spec. p. 689; G. Pera, *I licenziamenti collettivi*, in *Giust. civ.*, 1992, II, pp. 207 ss.; F. Scarpelli, *La nozione e il controllo del giudice*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1997, pp. 35 ss.; C. Zoli, *I licenziamenti collettivi. La procedura*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1997, p. 75. In senso fortemente critico, S. Liebman, *op. ult. cit.*, pp. 125 ss. Rileva invece come la giurisprudenza maggioritaria faccia coincidere il vaglio giudiziale con il controllo sul rispetto dei requisiti di validità ed efficacia della procedura stessa E. Gragnoli, *La riduzione di personale fra licenziamenti collettivi e licenziamenti individuali*, Cedam, Padova, 2006, p. 121.

La giurisprudenza maggioritaria viceversa tende ad affermare che la legge n. 223/1991 avrebbe rimesso il controllo di merito alle organizzazioni sindacali, spettando al giudice la verifica della sola correttezza procedurale dell'operazione. Così, tra le ultime, Cass. 8 ottobre 2013, n. 22873, in *Diritto e giustizia online*, 9 ottobre 2013, con nota di R. Dulio, *Se la procedura è corretta, nessuna censura da parte del giudice*; Cass. 18 marzo 2011, n. 6285; Cass. 21 febbraio 2011, n. 4150, in *Guida dir.*, 2011, n. 16, p. 60; Cass. 3 marzo 2009, n. 5089, in *Mass. giust. civ.*, 2009, p. 372; Cass. 23 maggio 2008, n. 13381, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 915, con nota di M.T. Salimbeni, *La Cassazione ribadisce l'acausalità del licenziamento collettivo e una valenza attenuata degli obblighi procedurali ai fini della legittimità del provvedimento*; Cass. 14 giugno 2007, n. 13876, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 185, con nota di S. Caffio, *Sui profili causali nei licenziamenti collettivi: rilevanza giuridica e nesso di causalità*; Cass. 16 marzo 2007, n. 6225, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 197, con nota di M. Vincieri, *Controllo giudiziale sui motivi della riduzione di personale e rilevanza dell'informazione preventiva ai sindacati*; Cass. 1° settembre 2004, n. 17556, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 933, con nota di S. Bertocco, *Esigenze tecnico-produttive e contenimento dei costi nei licenziamenti collettivi*.

Un'apparente maggiore continuità concerne invece le disposizioni dedicate alla limitazione del potere datoriale di recesso: come già nella disciplina comunitaria (11), anche la normativa italiana trova, infatti, il proprio fulcro nella procedimentalizzazione dei poteri datoriali (12).

In particolare, e questo è il dato che maggiormente interessa, il comma 3 dell'art. 4, legge n. 223/1991 – in chiara continuità con la normativa sovranazionale –, impone al datore di lavoro che intenda avviare un licenziamento collettivo di fornire alle organizzazioni sindacali tutte le informazioni utili ad avviare un fattivo confronto. Così è disposto che nella comunicazione iniziale siano indicati i motivi che hanno determinato la situazione di eccedenza; i motivi tecnici, organizzativi e produttivi per cui si ritiene di non poter evitare in tutto o in parte il licenziamento collettivo; il numero, la collocazione aziendale e i profili professionali del personale eccedente nonché del personale abitualmente impiegato; i tempi di attuazione del programma di riduzione del personale; le eventuali misure programmate per fronteggiare la conseguenza sul piano sociale dell'attuazione del programma medesimo, nonché il metodo di calcolo di tutte le attribuzioni patrimoniali diverse da quelle già previste dalla legislazione vigente e dalla contrattazione collettiva (13).

Come accennato, l'attenzione prestata al contenuto della comunicazione iniziale non è casuale. Il legislatore nazionale, al pari di quello comunitario, infatti, percepisce detta comunicazione come «determinante ai fini della procedura» (14), in quanto la stessa consente «che si apra la discussione intorno alle cause che

(11) L'art. 2, comma 3, della Direttiva n. 98/59/Cee impone infatti al datore di lavoro di fornire «in tempo utile nel corso delle consultazioni» tutte le informazioni necessarie. Insomma, il legislatore comunitario obbliga il datore di lavoro a creare le condizioni per un effettivo confronto tra le controparti: non si tratta, dunque, di un obbligo a contrarre, ma di un obbligo a contrattare e a farlo, diremmo applicando il lessico nazionale, secondo correttezza e buona fede. Sulla ricchezza dell'obbligo gravante sul datore di lavoro si vd. L. Garofalo e P. Chicco, *Licenziamenti collettivi e diritto europeo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2001, p. 82. Come evidenziato da S. Maretti, *I licenziamenti collettivi*, in G. Pellacani (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 711, la Direttiva n. 75/129/Cee ha segnato l'emersione dei diritti di informazione e consultazione e, dunque, della partecipazione dei lavoratori alla vita dell'impresa secondo quanto delineato dal Programma di azione sociale del 1974.

(12) Sulla procedimentalizzazione nella legge n. 223/1991 si vd., tra i tanti: U. Carabelli, *op. ult. cit.*, pp. 226 ss.; M. D'Antona, «*Riduzione di personale*» e licenziamenti: la rivoluzione copernicana, in *Foro it.*, 1993, I, cc. 2027 ss.; ora in B. Caruso e S. Sciarra (a cura di), *M. D'Antona, Opere, Licenziamenti collettivi, cassa integrazione e mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 923; E. Gragnoli, *op. ult. cit.*; F. Liso, *La nuova legge sul mercato del lavoro*, in *Lav. inf.*, 1991, nn. 17-24; L. Montuschi, *Mobilità e licenziamenti: primi appunti ricostruttivi ed esegutici in margine alla legge n. 223 del 23 luglio 1991*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, I, pp. 417-418; Id., *Procedure e forme: comunicare è bello?*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, pp. 665 ss.; G. Pera, *op. ult. cit.*; M. Persiani, *I licenziamenti collettivi per riduzione del personale nella legge n. 223/1991: le procedure*, in *Dir. rel. ind.*, 1992, p. 213; L. Spagnuolo Vigorita, F. Scarpelli e L. Guaglione, *Sub art. 24, legge n. 223 del 1991*, in *Nuove leggi civ.*, 1994, pp. 1091 ss.

(13) La disposizione è stata modificata dal d.lgs. n. 151/1997, che ne ha implementato i contenuti al fine di attuare la Direttiva n. 92/56/Cee.

(14) M. Persiani, *Sub art. 4, legge n. 223/91*, in *Nuove leggi civ.*, 1994, p. 919.

hanno determinato l'eccedenza di personale e alla possibilità di diversa utilizzazione dei lavoratori» (15). Insomma, la comunicazione deve essere «idonea a contribuire alla conoscenza – quanto più possibile approfondita – che il sindacato deve avere della situazione per esercitare efficacemente il ruolo di cogestione che la legge gli assegna» (16). Infatti, «vi è sempre uno “spartiacque”, per così dire, al di là del quale si collocano intenzioni e scopi di riduzione dei costi di lavoro che l'ordinamento non accetta (ad esempio: licenziare lavoratori anziani per sostituirli con giovani) e al di qua del quale, invece, possono aprirsi le fasi ulteriori che possono portare, alla fine, a un valido licenziamento collettivo per riduzione del personale» (17). E proprio per assicurare il rispetto di tale «spartiacque» si precisa che «il comportamento non collaborativo o di malafede, in quanto lesivo dell'attività sindacale, potrà ben essere sanzionato come *condotta antisindacale*» (18).

A differenza però di quanto richiesto dalla disciplina comunitaria, la normativa nazionale non ritiene che siano fornite «in tempo utile» le informazioni date «nel corso della procedura» (19). Tale omissione – che negli anni ha portato la giurisprudenza a elaborare due distinte opzioni ermeneutiche (20) – risulta oggi in

(15) O. Mazzotta, *op. ult. cit.*, p. 670; analogamente C. Zoli, *op. ult. cit.*, p. 76, e L. Montuschi, *op. ult. cit.*, p. 421.

(16) Cass. 9 settembre 2003, n. 13196, in *q. Riv.*, 2004, II, p. 752, con nota di R. Muggia, *Licenziamenti collettivi, diritti lesi e legittimazione attiva*.

(17) P. Alleva, *I licenziamenti collettivi in prospettiva europea*, in *Lav. givr.*, 2000, p. 608.

(18) Così M. D'Antona, *I licenziamenti per riduzione di personale nella legge n. 223/91*, già in *Riv. crit. dir. lav.*, 1992, p. 317, ora in B. Caruso e S. Sciarra (a cura di), *M. D'Antona, Opere, Licenziamenti collettivi, cassa integrazione e mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 877. Le direttive comunitarie non indicano invece quali sanzioni debbano essere applicate al datore di lavoro che non ottemperi gli obblighi di informazione e consultazione: significativamente, però, l'art. 6 della Direttiva n. 98/59/Ce impone agli Stati membri di predisporre procedure amministrative e/o giurisdizionali affinché i rappresentanti dei lavoratori, ovvero i lavoratori stessi, possano agire per ottenere il rispetto di detti obblighi. Inoltre, la Corte di Giustizia – muovendo dalla constatazione che l'art. 5 del Trattato Ce impone agli Stati membri di adottare tutte le misure atte a garantire la portata e l'efficacia del diritto comunitario – ha avuto modo di affermare più volte anche in riferimento alla materia dei licenziamenti collettivi che, per essere conforme al diritto comunitario, il diritto nazionale deve prevedere sanzioni effettive, proporzionali e dotate di capacità dissuasiva. Così Corte Giust. Ce 8 giugno 1994, causa C-383/92, cit.; Corte Giust. Ce 2 ottobre 1991, causa C-7/90, *Vanderenne e a.*, in *Racc.*, 1991, p. 4371; Corte Giust. Ce 21 settembre 1989, causa C-68/88, *Commissione c. Grecia*, in *Racc.*, 1989, p. 2965.

(19) Così l'art. 2, comma 3, Direttiva n. 98/59/Ce.

(20) Accanto a pronunce che muovendo dalla lettera della legge hanno escluso che l'accordo sindacale potesse esplicare un qualsivoglia effetto sanante (Cass., Ss.Uu., 15 ottobre 2002, n. 14616; Cass. 18 luglio 2001, n. 9743; Cass. 25 luglio 2001, n. 10171; Cass. 12 gennaio 1999, n. 265), vi sono state pronunce che, privilegiando la *ratio* della disciplina (ovverossia giungere a un controllo dei poteri datoriali attraverso un confronto con il sindacato), hanno ritenuto che l'accordo sindacale raggiunto a seguito di un'effettiva consultazione ben potesse costituire un elemento rilevante nel giudizio di adeguatezza della comunicazione iniziale (Cass. 6 aprile 2012, n. 5582, in *Foro it.*, 2012, I, c. 1734; Cass. 11 luglio 2007, n. 15479; Cass. 5 giugno 2003, n. 9015).

parte emendata dalle modifiche apportate dalla cd. riforma Fornero (21) che, re-
cependo quanto elaborato da alcuna giurisprudenza, ha sancito che l'accordo sin-
dacale concluso nel corso della procedura di licenziamento collettivo può sanare
eventuali vizi della comunicazione iniziale. Sanatoria possibile solo in via espressa
e comunque non per il caso in cui la procedura sia stata del tutto omessa, ovvero
la comunicazione non sia stata trasmessa per iscritto.

Ulteriori margini di differenziazione rispetto alla disciplina comunitaria si rin-
vengono poi nell'individuazione dell'ambito spaziale di riferimento: se le direttive
ragionano di «stabilimento» con riferimento all'ambito entro cui deve essere ef-
fettuato il computo dei recessi per determinare se sia possibile o meno applicare
la normativa di cui alle direttive stesse (22), la legislazione nazionale muove dal
presupposto che il computo sia svolto con riguardo all'intera struttura aziendale.
Nel sistema delineato dalla legge n. 223/1991, unità produttive, centri operativi e
comparti o settori hanno così assunto rilievo solo al fine di appurare se il datore
di lavoro possa legittimamente restringere l'area di applicazione dei criteri di sele-
zione del personale da avviare alla mobilità (23).

3. — *Il complesso aziendale, le esigenze tecnico-produttive e organizzative e la comunica-
zione iniziale* — Ai sensi dell'art. 5 della legge n. 223/1991, infatti, è disposto che l'in-
dividuazione dei lavoratori da licenziare deve avvenire «in relazione alle esigenze
tecnico-produttive, e organizzative del complesso aziendale», nel rispetto dei cri-
teri previsti dalla fonte collettiva o, in subordine, dalla legge.

Nell'assenza di chiare indicazioni legislative, negli anni si sono affermate mol-
teplici letture sostanzialmente ricomprese, seppur con varie sfumature, tra due
poli interpretativi: accanto a chi ha ritenuto che la nozione di «complesso azien-
dale» indichi necessariamente l'intera azienda (24), si sono avute letture per cui

(21) Il riferimento è in particolare all'art. 1, comma 45, della legge n. 92/2012, che ha
modificato il comma 12 dell'art. 4, della legge n. 223/1991. Per un'analisi si vd. P. Lam-
bertucci, *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012, n. 92, in materia di riforma
del mercato del lavoro: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, p. 242.

(22) Tale problema discende dalla previsione a opera delle direttive di limiti numerici
variabili in relazione alla consistenza del datore di lavoro. Muovendo dalla finalità garanti-
sta per i lavoratori propria delle direttive, la Corte di Giustizia ha elaborato una nozione di
stabilimento il più inclusiva possibile (si vd. le sentenze Corte Giust. Ce 15 febbraio 2007,
causa C-270/05, *Athinaiki Chartopoiia AE e L. Panagiotidis e altri*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II,
p. 493, con nota di M. Lombardi, *La nozione di «stabilimento» e l'ambito di applicazione della nor-
mativa sui licenziamenti collettivi, fra suggestioni comunitarie e disciplina interna*; Corte Giust. Ce 7 di-
cembre 1995, causa C-449/93, *Soc. Rockfon C. Specialarbejderforbundet i Danmark*, in *Racc.*,
1995, p. I-04321).

(23) Come rileva R. Del Punta, *I licenziamenti collettivi*, in M. Papaloni, R. Del Punta, M.
Marini, *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Cedam, Padova, 1993, p. 332, nella
giurisprudenza precedente l'emanazione della legge n. 223/1991 il problema era rimesso a
soluzioni da adottarsi caso per caso.

(24) In tale senso Cass. 4 novembre 1997, n. 10832, in q. *Riv.*, 1998, II, p. 225; Cass. 11
novembre 1998, n. 11387, in *Foro it.*, 1999, I, c. 885; Cass. 3 febbraio 2000, n. 1198, in *Riv.*
it. dir. lav., 2001, II, p. 771, con nota di A. Pilati; Cass. 10 maggio 2003, n. 7169, in *Riv. it.*

configurerebbe un «complesso aziendale» anche la singola unità produttiva (o centri operativi, o settori ecc.) in cui la struttura datoriale si articola (25).

Detta ultima impostazione – che si rinviene anche nella recente giurisprudenza della Cassazione e, segnatamente, nella sentenza n. 25310/2013 – impone di risolvere un ulteriore quesito, ovvero sia di determinare quando il datore di lavoro possa limitare la selezione dei lavoratori da licenziare entro un'area più ristretta rispetto all'intera compagine aziendale.

Il quesito non è ovviamente secondario: non sfugge infatti a nessuno che la restrizione del campo di applicazione dei criteri ben può sottintendere o comunque comportare un'elusione dei criteri stessi (26).

Da qui l'emersione di letture che, valorizzando il duplice riferimento alle esigenze tecnico-produttive e organizzative operato dall'art. 5 della legge n. 223/1991 (27), hanno affermato che dapprima il datore di lavoro deve interrogarsi circa la sussistenza di esigenze tecnico-produttive e organizzative relative al complesso aziendale che impongano di restringere a un solo settore o unità produttiva l'applicazione dei criteri di selezione, per poi, in un secondo momento, dare applicazione a detti criteri che includono anche le esigenze tecnico-produttive e organizzative.

Si badi: ove si ravvisi nella norma un processo bifasico ciò avrà rilevanza non

dir. lav., 2004, II, p. 168, con nota di L. Panaiotti; Cass. 19 maggio 2005, n. 10590, in *Dir. prat. lav.*, 2005, pp. 2019 ss. Per una ricostruzione delle implicazioni connesse alle differenti letture si vd. C. Zoli, *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, pp. 31 ss.

(25) Escludono che l'ambito di riferimento debba necessariamente essere costituito dall'intera impresa su scala nazionale R. Del Punta, *op. ult. cit.*, p. 335, e F. Liso, *La nuova legge sul mercato del lavoro*, in *Lav. inf.*, 1991, nn. 17-24,

(26) I criteri di scelta infatti «rischiano di diventare solo un pallido simulacro di tutela dei lavoratori qualora non si diano regole stringenti per la loro concreta applicazione». Così F. Focareta, *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1992, pp. 338 ss., il quale evidenzia altresì come solo una comparazione la più ampia possibile consenta di individuare i lavoratori più «forti». In giurisprudenza hanno espressamente rilevato i rischi connessi alla delimitazione Cass. 3 maggio 2011, n. 9711; Cass. 25 gennaio 2006, n. 1405.

(27) Ragiona di «disarmonia solo apparente» E. Gragnoli, *La riduzione di personale fra licenziamenti collettivi e licenziamenti individuali*, Cedam, Padova, 2006, p. 205. Analogamente M. D'Antona, «*Riduzione di personale e licenziamenti: la rivoluzione copernicana*», in *Foro it.*, 1993, I, cc. 2027 ss.; ora in B. Caruso e S. Sciarra (a cura di), *M. D'Antona, Opere, Licenziamenti collettivi, cassa integrazione e mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 923. Sempre sulla natura bifasica del procedimento delineato dall'art. 5, comma 1, si vd. M. D'Antona, *I licenziamenti per riduzione di personale nella legge n. 223/91*, già in *Riv. crit. dir. lav.*, 1992, p. 317, ora in B. Caruso e S. Sciarra (a cura di), *M. D'Antona, Opere, Licenziamenti collettivi, cassa integrazione e mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 877; R. Del Punta, *L'ambito di applicazione dei criteri di scelta nel licenziamento collettivo*, in *Mass. giur. lav.*, 2002, p. 567; R. Del Punta, *I licenziamenti collettivi*, in M. Papaleoni, R. Del Punta, M. Marini, *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Cedam, Padova, 1993, p. 332; M.T. Salimbeni, *La procedura e i criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*, in R. De Luca Tamajo e F. Bianchi D'Urso (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Giuffrè, 2006; M.L. Vallauri, *Ambito aziendale interessato dalla riduzione del personale, individuazione dei criteri di scelta applicabili e obbligo di repêchage*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, p. 791.

solo procedimentale, ma anche sul piano dei contenuti. Come a dire che le esigenze che legittimano la limitazione dell'ambito spaziale di applicazione dei criteri non sono le stesse che conducono al licenziamento di un determinato lavoratore. Tra le due esigenze vi dovrà evidentemente essere un rapporto di coerenza logica, ma non di identità (28): «le esigenze tecnico-produttive e organizzative riferite [...] al *complesso aziendale* delimitano l'universo della selezione, ossia il gruppo di lavoratori interessati: mentre le esigenze tecnico-produttive e organizzative come criterio da applicare in concorso con altri motivano comparativamente la scelta nell'ambito del gruppo di lavoratori interessati» (29).

Infatti, «nella prima occasione le esigenze aziendali sono menzionate per individuare l'ambito dei posti da sopprimere, mentre nella seconda servono a individuare, all'interno di quell'ambito, i posti da salvare» (30).

Proprio alla luce di quanto sopra, si è ritenuto che la decisione datoriale di limitare l'ambito di applicazione dei criteri per la selezione del personale da licenziare possa essere legittima solo in presenza di esigenze obiettive idonee a giustificare la decisione stessa.

Maggiormente problematica risulta però la concreta individuazione di dette esigenze. Se sostanzialmente vi è accordo circa l'inidoneità di una precedente cassa integrazione guadagni straordinaria a configurare appunto un'esigenza tecnico-produttiva e organizzativa idonea a legittimare la restrizione dell'ambito di applicazione dei criteri per la messa in mobilità (31), viceversa solo alcune pronunce ritengono che tali esigenze possano essere integrate da elementi strettamente attinenti all'azienda (32). Per la giurisprudenza oggi maggioritaria, infatti, la legittimità della restrizione dell'ambito di applicazione dei criteri per la messa in mobilità presuppone anche la dimostrazione, da parte del datore di lavoro (sul quale è fatto integralmente ricadere il relativo *onus probandi*), che le prestazioni svolte e la professionalità posseduta dai lavoratori addetti al reparto che solo andrebbe soggetto alla mobilità sono tanto peculiari da rendere impossibile ogni comparazione con

(28) In tale senso, E. Gragnoli, *op. ult. cit.*, p. 207.

(29) Così M. D'Antona, *op. ult. cit.*, p. 879.

(30) R. Del Punta, *I licenziamenti collettivi*, in M. Papaleoni, R. Del Punta, M. Marini, *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Cedam, Padova, 1993, p. 334.

(31) In altre parole le motivazioni che hanno condotto alla Cigs e le condizioni di erogazione della stessa (dunque, anche l'eventuale limitazione della Cigs a un solo specifico settore aziendale) non esplicano alcun riflesso sulla successiva eventuale procedura per la messa in mobilità di parte del personale. Si vd. Cass. 11 novembre 1998, n. 11387, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 665, con nota di M. Palla, *Impossibilità di garantire il reimpiego ai lavoratori in Cigs e scelta dei dipendenti da porre in mobilità*. M. Miscione, *La procedura di mobilità*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro*, III, *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, Utet, Torino, 2007, p. 461.

(32) Cass. 9 settembre 2003, n. 13182; nonché più recentemente Cass. 8 marzo 2006, n. 4970, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 163, con nota critica di T. Vettor, *Licenziamento collettivo: ambito della comparazione dei criteri di scelta e requisiti di legittimità delle comunicazioni finali*, per la quale, «in presenza del rischio di estinzione del rapporto, le differenze di reparto non possono restringere la comparazione».

gli altri lavoratori (33). E ciò con la precisazione che alcune pronunce «arricchiscono» ulteriormente di significato detta impossibilità e giungono a chiedere che il datore di lavoro dimostri che i lavoratori del reparto che si vorrebbe fare oggetto di mobilità non potevano essere utilmente adibiti ad altro reparto proprio per la peculiarità della prestazione svolta e della professionalità posseduta (34). Nell'implicita ammissione di un vaglio giudiziale *ex post*, le esigenze tecnico-produttive e organizzative del complesso aziendale vengono così rilette secondo quello che viene definito «uno spirito di solidarietà generale» (35), che certo manifesta la volontà di assicurare un ottimale temperamento tra gli interessi in gioco (36), ma che solleva alcune perplessità, innanzitutto perché – imponendo la comparazione ovvero il ripescaggio con riferimento all'intero ambito aziendale – di fatto comporta la negazione di ogni restrizione dell'area di valutazione (37).

Maggiore uniformità si registra invece in merito al momento in cui il datore di lavoro deve indicare le esigenze giustificative della cennata limitazione: la giurisprudenza pressoché unanime richiede, infatti, che già nella comunicazione iniziale il datore di lavoro informi i sindacati circa le esigenze tecnico-produttive e organizzative che imporrebbero una limitazione dell'ambito spaziale entro cui applicare i criteri per la messa in mobilità (38). È così operata una lettura pregnante

(33) Così già Cass. 10 luglio 2000, n. 9169, in *Mass. giust. civ.*, 2000, p. 1526, citata dalla sentenza in esame; nonché più recentemente Cass. 17 marzo 2014, n. 6112, in *Diritto e giustizia*, 18 marzo; Cass. 16 febbraio 2012, n. 2255, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 789, con nota di M. Borzaga, *Sull'ambito spaziale di applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità in caso di licenziamento collettivo*; Cass. 28 ottobre 2009, nn. 22824 e 22825, in *Mass. giust. civ.*, 2009, 10, pp. 1506 ss.

(34) Ha escluso che possano valere a impedire il ripescaggio i costi aggiuntivi connessi al trasferimento del personale già assegnato alle sedi soppresse, come pure la questione della dislocazione territoriale delle sedi e degli ostacoli che i lavoratori potrebbero frapporre al provvedimento di trasferimento adottato dall'azienda, Cass. 11 luglio 2013, n. 17177, in *Lav. giur.*, 2013, p. 1013, con nota di M. Congeduti, *L'estensione dei criteri di scelta per i licenziamenti collettivi all'intero complesso aziendale*. Analogamente Cass. 2 dicembre 2009, n. 25353, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 771, con nota di D. Comandè, *L'ambito di applicazione dei criteri di scelta nei licenziamenti collettivi: il criterio topografico, da solo, non «spezza» l'unità del complesso aziendale lungo l'asse Roma-Milano*; Trib. Milano 7 gennaio 2005, in *Lav. giur.*, 2005, p. 1166, per cui la verifica circa il ripescaggio dovrebbe essere esperita tenendo conto della possibilità di riutilizzare il personale anche a seguito di percorsi di riqualificazione.

(35) C. Pisani, *Nesso di causalità e criteri di scelta per la mobilità dei lavoratori*, in *Giust. civ.*, 1999, p. 387.

(36) Ovverosia tra l'interesse datoriale a una strutturazione dell'azienda la più efficiente possibile e l'interesse del lavoratore (ma anche della collettività) alla conservazione del posto di lavoro.

(37) Con specifico riferimento al *repêchage* merita peraltro evidenziare come così si imponga al datore di lavoro un obbligo ulteriore e differente rispetto alla corretta applicazione dei criteri per la mobilità, e ciò oltretutto in un momento – quello della determinazione dell'ambito di applicazione di detti criteri – del tutto antecedente rispetto non solo alla selezione dei lavoratori da licenziare, ma addirittura all'avvio dell'esame congiunto.

(38) In tale senso Cass. 11 dicembre 2012, n. 22655, in *Giur. it.*, 2013, p. 10, con nota critica di G. Pacchiana Parravicini, *Vizi della procedura e accordo sindacale nella disciplina dei licen-*

degli obblighi di informazione che pare pienamente convincente: una comunicazione iniziale priva di indicazioni, o anche solo reticente, in merito alle esigenze sottostanti la decisione datoriale di limitare l'ambito di applicazione dei criteri per la messa in mobilità a un'area più ridotta rispetto all'intera struttura aziendale inficerebbe infatti il potere di controllo e propositivo delle rappresentanze sindacali, le quali sarebbero chiamate al confronto con una conoscenza del tutto parziale delle ragioni sottostanti la necessità di ridurre l'organico aziendale.

E tali conclusioni non dovrebbero essere modificate in ragione delle novelle operate dalla riforma Fornero (39). Infatti, se pure è vero che questa, anche alla luce normativa comunitaria (40), implicitamente ammette che nella comunicazione iniziale possano mancare alcuni elementi, è però altrettanto vero che la necessità di limitare l'ambito spaziale entro cui selezionare i lavoratori da licenziare è elemento consustanziale alla stessa motivazione della necessità di procedere a licenziamenti collettivi. In altre parole è innanzitutto la logica, ancor prima dello stretto dato normativo, a rendere evidente che il datore di lavoro, nel momento in cui è chiamato a esplicitare l'elemento di «crisi» che rende necessaria la riduzione dell'organico, non possa che automaticamente evidenziare la sussistenza tra detto elemento e un settore o comparto particolare della struttura aziendale.

Se ciò è vero, come è vero, risulta allora altrettanto evidente che l'omessa indicazione nella comunicazione iniziale non può essere sanata successivamente, in quanto l'eventuale omissione si traduce inevitabilmente nella mancata specificazione delle ragioni stesse che conducono all'attivazione della procedura per i licenziamenti collettivi: «la delimitazione dell'ambito di scelta non è altro [infatti] che la definizione della scala dimensionale del provvedimento» (41).

4. — *Osservazioni critiche* — Come si è accennato, con la pronuncia in commento, la Cassazione si è posta in continuità sia con quella giurisprudenza che valorizza gli obblighi procedurali dettati dalla legge n. 223/1991, anche attribuendo valore dirimente alla completezza della comunicazione iniziale, sia con quelle sentenze che riconoscono al datore di lavoro la possibilità di limitare l'ambito di applicazione dei criteri di selezione del personale da avviare alla mobilità, vincolando però la legittimità della scelta datoriale alla presenza di un'adeguata motivazione.

Peraltro, se tali sono i principi di diritto che fondano la sentenza in esame, resta comunque da constatare come gli stessi siano poi declinati dalla Cassazione secondo un *iter* motivazionale non del tutto organico e, a tratti, finanche contraddittorio.

ziamenti collettivi, per la quale, anche alla luce della disciplina comunitaria, dovrebbero ritenersi utilmente rese anche le informazioni fornite nella fase di consultazione sindacale; Cass. 3 maggio 2011, n. 9711.

(39) *Contra*, G. Pacchiana Parravicini, *op. ult. cit.*

(40) Come si è detto, infatti, la disciplina comunitaria ammette espressamente che parte delle informazioni possa essere resa anche nel corso della procedura.

(41) R. Del Punta, *I licenziamenti collettivi*, in M. Papaleoni, R. Del Punta, M. Marini, *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Cedam, Padova, 1993, p. 333.

E ciò in quanto, innanzitutto, tale pronuncia non risulta individuare in modo chiaro e univoco quali disposizioni avrebbe violato la condotta della società datrice di lavoro. La Cassazione muove, infatti, dall'affermazione per cui, nella fattispecie *de qua*, il vizio dirimente non deriverebbe da carenze della comunicazione iniziale. Nonostante tale premessa, però, nel prosieguo del proprio percorso motivazionale, la Suprema Corte, senza nessun ulteriore chiarimento, prende a termine di ragionamento proprio il comma 3 dell'art. 4 della legge n. 223/1991, seppure in una lettura congiunta con l'art. 5 della medesima legge. Nel ragionamento della Cassazione, l'incompletezza della comunicazione iniziale – incompletezza peraltro asserita e mai specificata – vale così a determinare l'illegittimità della decisione datoriale, in quanto idonea *ex se* a inficiare il successivo esame congiunto (42).

Analogamente, la sentenza in parola non risulta chiara nell'individuare quali ragioni possano essere addotte dal datore di lavoro per addivenire a una legittima limitazione dell'area entro cui applicare i criteri per la mobilità. La Cassazione afferma, infatti, in un primo momento che detta limitazione ben possa trovare giustificazione in ragioni oggettive e attinenti all'azienda, salvo poi sancire che la limitazione in questione può ritenersi legittima solo se i lavoratori «siano portatori di specifiche professionalità non omogenee che rendano impraticabile qualsiasi comparazione». Nessun collegamento è tracciato tra i due criteri, quasi che la nozione di esigenze tecnico-produttive e organizzative del complesso aziendale sia naturalmente sovrapponibile e interscambiabile con quella di infungibilità delle mansioni dei lavoratori appartenenti al complesso stesso.

È però evidente che così non è. E ciò innanzitutto perché, come si è detto, la giurisprudenza conosce la differenza delle due nozioni, tant'è che a fronte di sentenze che richiedono anche l'impossibilità di svolgere una comparazione a livello dell'intera azienda, ve ne sono altre (seppur minoritarie) che focalizzano l'attenzione sulle esigenze appunto del complesso aziendale (43).

Un approccio, quest'ultimo, che peraltro pare più condivisibile, innanzitutto alla luce della lettera della norma che appunto ragiona di esigenze tecnico-produttive e organizzative con riferimento al complesso aziendale e non ai lavoratori o a eventuali esigenze di solidarietà (che animano invece i criteri legali di selezione). Come a dire che la professionalità dei lavoratori coinvolti e l'eventuale comparabilità o fungibilità degli stessi rispetto ad altri prestatori dovrebbe venire in rilievo

(42) A lasciare perplessi non è certo la pregnanza attribuita al contenuto della comunicazione iniziale, quanto la mancanza di specificità in merito alle omissioni in cui sarebbe incorso il datore di lavoro: la Corte, in effetti, non dice nulla in merito alle concrete mancanze della comunicazione stessa, né alla loro idoneità a inficiare l'esame congiunto, sicché la valutazione complessiva della Cassazione risulta ammantata di un'aura di incertezza e vacuità certo poco condivisibile. E ciò tanto più ove si rammenti che, per alcuna giurisprudenza, il lavoratore – ove lamenti l'incompletezza delle informazioni rese con la comunicazione iniziale – deve provare la loro idoneità, in concreto, a fuorviare o eludere l'esercizio dei poteri di controllo preventivo attribuiti all'organizzazione sindacale (Cass. 5 aprile 2000, n. 4228, in *Diritto e giustizia*, 2000, 16, p. 58).

(43) Si veda la giurisprudenza citata *supra*, nelle note n. 31 ss.

in un secondo momento, all'atto cioè dell'applicazione dei criteri di cui sopra. Ovverosia per decidere se all'interno dell'unità produttiva interessata dai licenziamenti collettivi debba essere avviato alla mobilità un soggetto piuttosto che un altro, e senza che tale quesito consenta di risalire a monte e mettere in discussione la decisione di delimitare l'area di applicazione dei criteri medesimi. Viceversa, infatti, si finisce col confondere il momento della delimitazione dell'ambito di applicazione dei criteri per la messa in mobilità con l'applicazione stessa, negando la duplicità e la differenza delle esigenze tecnico-produttive e organizzative in gioco e, quindi, la sussistenza di due differenti fasi procedimentali. Il che, da ultimo, si traduce nella negazione di ogni legittima riduzione dell'ambito aziendale entro cui applicare i criteri per la messa in mobilità: quale limitazione può infatti aversi se si muove dal presupposto che il datore di lavoro debba sempre e comunque svolgere una comparazione avendo a termine di paragone l'intero ambito aziendale?

Né può ritenersi che l'interpretazione qui proposta rimetta al datore di lavoro una discrezionalità totale nella determinazione dell'ambito di applicazione dei criteri, né che detta lettura possa avvalorare come legittime condotte volte ad aggirare o comunque eludere i criteri di selezione e il processo di spersonalizzazione della selezione medesima che gli stessi sottintendono. Il controllo sindacale, prima, e il vaglio giudiziale, poi, non possono infatti che ritenersi pienamente idonei a verificare la genuinità ed effettiva sussistenza delle ragioni addotte a fondamento della limitazione e, al contempo, a escludere che detta limitazione sottintenda intenti fraudolenti o discriminatori.

E, del resto, non può che osservarsi come laddove la struttura datoriale si compone di una pluralità di centri operativi di cui solo uno deve essere soppresso (circostanza questa che pare essere alla base anche della pronuncia del novembre 2013), l'estensione della comparazione a tutta la compagine aziendale ben può comportare il licenziamento di un lavoratore attivo in un'unità non interessata da crisi e, al contempo, l'imposizione al lavoratore viceversa operante nell'unità interessata da crisi non solo di una riconversione professionale, ma anche di un trasferimento, magari a centinaia di chilometri di distanza.

A prescindere dalle valutazioni da ultimo svolte, con specifico riferimento alla sentenza n. 25310/2013 deve rilevarsi come quelli sin qui menzionati siano vizi motivazionali gravi, in quanto inficiano l'*iter* argomentativo su cui si fonda la pronuncia, ma che risultano tanto più biasimevoli ove si consideri che la sentenza in parola interviene successivamente ad altre quattro pronunce che, con riferimento alla medesima fattispecie concreta, hanno prodotto esiti contrastanti. Tra il 2012 e il 2013, infatti, la Cassazione per ben tre volte ha cassato le statuizioni della Corte d'Appello di L'Aquila in merito all'illegittimità della procedura di licenziamento collettivo attivata con riferimento al centro operativo di Città Sant'Angelo, evidentemente ritenendo sufficienti le motivazioni addotte dal datore di lavoro a supporto della decisione di limitare la mobilità a tale centro operativo (44).

(44) Hanno accolto il ricorso della società datrice avverso la sentenza di secondo grado dichiarativa dell'inefficacia del licenziamento Cass. 20 febbraio 2012, n. 2429, cit.; Cass. 21

E si badi bene, anche con riferimento alla propria giurisprudenza la Suprema Corte non riesce ad assumere una posizione chiara: la sentenza n. 25310 del novembre 2013, infatti, si mostra consapevole della presenza di altri precedenti di legittimità, anche di segno contrario, ma (curiosamente) afferma di volersi porre in continuità pure con questi ultimi. La palese incoerenza motivazionale che ne discende viene giustificata con l'affermazione per cui le sentenze di segno diverso avrebbero «esaminato fattispecie specifiche parzialmente diverse da quella oggetto del presente giudizio, come risulta, per esempio, dagli ampi riferimenti alla Cigs». In disparte ogni ragionamento circa l'opportunità di fondare una pronuncia di legittimità su elementi di fatto, la motivazione addotta risulta (ancora una volta) inadeguata per una pluralità di motivi. Innanzitutto, perché, come si è visto, la cassa integrazione può costituire un momento antecedente alle procedure di licenziamento collettivo, rispetto alle quali però si pone in un regime di totale separazione, in ragione dell'ontologica differenza che caratterizza i due istituti.

In secondo luogo, poi, non può non osservarsi come la vicenda concreta alla base dei vari giudizi sia la medesima, sicché devono evidentemente escludersi difformità sul piano strettamente fattuale degli accadimenti oggetto di giudizio, e ciò tanto più ove si constati che i legali delle parti risultano essere sempre i medesimi.

Insomma, se certo è vero che l'ordinamento non conosce il principio del precedente vincolante, è però altrettanto vero che, allorquando la medesima fattispecie è già stata oggetto di altri tre giudizi di legittimità che hanno condotto a un determinato esito, ove si ritenga di giungere a un esito del tutto opposto sarebbe quantomeno opportuno sorreggere le proprie conclusioni con un apparato motivazionale il più coerente e articolato possibile. Come a dire che meglio avrebbe fatto la Cassazione a dare vita a un aperto contrasto rispetto ai propri precedenti specifici, sposando apertamente la teoria per cui la legittimità della limitazione dell'ambito di applicazione dei criteri per la mobilità passa necessariamente per l'esplicitazione già nella comunicazione iniziale non solo delle esigenze aziendali, ma soprattutto dell'infungibilità totale delle mansioni dei lavoratori addetti al reparto che sarà interessato dalla mobilità stessa.

Susanna Ferrario

Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro presso l'Università di Milano

febbraio 2012, n. 2522; Cass. 21 febbraio 2012, n. 2523, le ultime due entrambe inedite. Si noti peraltro che in tutte e sole tali tre occasioni la Corte presentava la medesima composizione (Pres. Miani Vanevari ed Est. Bandini). Viceversa ha rigettato il ricorso della società datrice di lavoro, confermando la sentenza di secondo grado, Cass. 26 aprile 2012, n. 6500 – Pres. Lamorgese, Est. Di Cerbo –, anch'essa inedita, a quanto consta.

CASSAZIONE, 28 ottobre 2013, n. 24268, Sez. lav. – Pres. Miani Canavari, Est. Venuti, P.M. Fresa (conf.) – Compagnia napoletana illuminazione scaldamento gas Spa e altro (avv. Gentile) c. V.G. e altri (avv. Chiantera).

Cassa e decide nel merito Corte d'Appello Napoli, 17 dicembre 2009.

Contratto collettivo – Contratto collettivo aziendale – Durata non predeterminata – Facoltà di recesso unilaterale – Sussistenza – Condizioni – Diritti quesiti dei lavoratori – Mantenimento – Presupposti – Fattispecie in tema di personale collocato a riposo.

Il contratto collettivo, senza predeterminazione di un termine di efficacia, non può vincolare per sempre tutte le parti contraenti, perché finirebbe in tal caso per vanificarsi la causa e la funzione sociale della contrattazione collettiva, la cui disciplina, da sempre modellata su termini temporali non eccessivamente dilatati, deve parametrarsi su una realtà socio-economica in continua evoluzione, sicché a tale contrattazione va estesa la regola, di generale applicazione nei negozi privati, secondo cui il recesso unilaterale rappresenta una causa estintiva ordinaria di qualsiasi rapporto di durata a tempo indeterminato, purché sia esercitato nel rispetto dei criteri di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto e non vengano lesi i diritti intangibili dei lavoratori, derivanti dalla pregressa disciplina più favorevole ed entrati in via definitiva nel loro patrimonio. (1)

(*) Il testo della sentenza è pubblicato in www.ediesseonline.it/riviste/rgl

(1) DIRITTI QUESITI ED EFFICACIA NEL TEMPO DEL CONTRATTO COLLETTIVO AZIENDALE: UN APPARENTE RIPENSAMENTO DELLA CORTE DI CASSAZIONE

1. — La sentenza della Corte di Cassazione qui annotata ritorna sulla questione dei cd. diritti quesiti derivanti da disposizioni di contratto collettivo aziendale senza alcun termine finale di durata, chiarendone la definizione.

Il caso *de quo* può essere riassunto nei seguenti termini. Un gruppo di ex dipendenti di una società erogatrice del gas rivendicava il mantenimento di una tariffa ridotta, così come previsto da due accordi aziendali degli anni ottanta. Precisamente, l'ultimo di tali accordi aveva consentito agli allora dipendenti e pensionati di optare tra la conservazione dell'agevolazione e la corresponsione di un assegno mensile in sua sostituzione. Avendo scelto la prima possibilità — quando a distanza di venti anni le condizioni stabilite dai predetti accordi sono state disdetdate dalle società erogatrici del gas e con un nuovo accordo aziendale è stata patuita, come contropartita a tale perdita, una somma di denaro per i soli lavoratori

ancora in servizio – i pensionati venivano unilateralmente privati di entrambi i benefici (gas a tariffa agevolata e compenso economico). Da quest'ultima constatazione i giudici di legittimità hanno desunto la natura retributiva della fornitura del gas a prezzo ridotto ai pensionati, qualificandola quale diritto quesito, cioè «già entrato a far parte del patrimonio dei lavoratori, essendo stato questo acquisito per effetto della rinuncia a un emolumento retributivo previsto in via generale per tutti i lavoratori e della scelta irrevocabile del corrispondente beneficio in natura avente la funzione, secondo le parti sociali, di compensare la perdita economica». Una siffatta ricostruzione giuridica ha portato a un dispositivo diverso rispetto a quelli dei precedenti giurisprudenziali richiamati, in cui, invece, muovendo proprio dal mancato riconoscimento della natura retributiva dei benefici oggetto di quei giudizi (rispettivamente buoni per l'acquisto di generi alimentari e abbonamenti gratuiti per i trasporti pubblici locali), la Corte di Cassazione ne negava la natura di diritti quesiti e, dunque, l'intangibilità nel tempo.

Partendo da questa difformità di *decisum*, la pronuncia in commento offre un'utile occasione per puntualizzare nuovamente la differenza tra diritti quesiti e mere aspettative e riaffermare le premesse teoriche della libertà di recesso dal contratto collettivo aziendale a tempo indeterminato.

2. — Nel caso di specie, come già illustrato, il mantenimento della tariffa agevolata del gas è stato considerato un diritto acquisito poiché avente natura retributiva e, pertanto, «entrato a far parte a pieno titolo del sinallagma genetico del rapporto e di conseguenza del patrimonio individuale di ogni singolo lavoratore e quindi insuscettibile di essere revocato».

Il criterio selettivo usato dalla Corte per individuare i cd. diritti quesiti risiede, quindi, nella natura riconosciuta al beneficio accordato dal contratto collettivo, successivamente disdetto o sostituito: quando l'emolumento economico rappresenta un corrispettivo a una prestazione lavorativa già resa, inserendosi nello schema sinallagmatico del contratto di lavoro, la sua corresponsione diviene una posizione soggettiva consolidata (In generale sull'argomento, vd. G. Ferraro, *I diritti quesiti tra giurisdizione e legiferazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, I, pp. 277 ss.).

Come sovente ricordato dalla giurisprudenza in tema di recesso *ad nutum* dal contratto collettivo o di successione nel tempo di contratti collettivi, anche di diverso livello, «alla contrattazione collettiva non è consentito incidere, in relazione alla regola dell'intangibilità dei diritti quesiti, su posizioni già consolidate o su diritti già entrati nel patrimonio dei lavoratori in assenza di uno specifico mandato o di una successiva ratifica degli stessi»; principio che tuttavia «non si applica alla distinta ipotesi in cui il contratto collettivo venga a incidere su posizioni non ancora qualificabili come di diritto soggettivo e venga a regolare le condizioni di acquisto di diritti futuri [...] venendosi in questo caso a porre solo un problema di rapporti tra contratti di diverso o pari livello» (Cass. 17 marzo 1999, n. 2429, in *Not. giurispr. lav.*, 1999, p. 441. Analogamente, tra le tante: Cass. 22 maggio 1987, n. 5658, in *Not. giurispr. lav.*, 1987, p. 551; Cass. 12 febbraio 2000, n. 1576, in *Foro it.*, 2000, I, p. 1539, con nota di P. Bellocchi; Cass. 22 giugno 2004, n. 11634, in *Not. giurispr.*

lan., 2005, p. 15; Cass. 7 dicembre 2005, n. 26989, in q. *Riv.*, 2006, II, p. 458, con nota di L. Menghini; Cass. 18 maggio 2010, n. 12098, in *Giur. it.*, 2011, p. 1337, con nota di M. Napolitano).

La tutela dei diritti quesiti in rapporto alla recedibilità *ad nutum* dal contratto collettivo è stata più volte confermata dalla giurisprudenza anche alla luce della garanzia costituzionale a una retribuzione sufficiente *ex art.* 36 Cost., al fine di assicurare l'intangibilità delle sole voci retributive costituenti il cd. «minimo inderogabile» (Cass. 2 aprile 2001, n. 4839, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, p. 3, con nota di C. Mancini; Cass. 20 giugno 2001, n. 8429, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, p. 8, con nota di M. Caro; Cass. 7 febbraio 2004, n. 2362, in *Orient. giur. lav.*, 2004, p. 247; Cass. 12 marzo 2004, n. 5141, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, p. 725, con nota di G. Mammoni. Similmente, in caso di scadenza e/o sostituzione contrattuale, Cass., Ss.Uu., 30 maggio 2005, n. 11325, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 486, con nota di A. Durante; Cass. 11 gennaio 2006, n. 243, in *Orient. giur. lav.*, 2006, p. 54; Cass. 16 gennaio 2009, n. 1832, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 619, con nota di V. Pasquarella).

La distinzione tra diritti quesiti e mere aspettative è stata chiarita dai giudici di legittimità anche con riferimento al trasferimento d'azienda e alla sostituzione tra contratti collettivi dello stesso livello ai sensi dell'art. 2112, comma 3, cod. civ., osservando come «la disciplina collettiva successiva, peggiorativa di quella precedente, non può incidere negativamente solo sulla posizione di coloro che, avendo maturato i requisiti, non hanno ancora esercitato il relativo diritto [...], non già nei confronti di coloro che non abbiano maturato affatto i requisiti» (Cass. 18 maggio 2011, n. 10937, in *Giur. it.*, 2012, p. 358, con nota di F. Olivelli, che, sul punto, rinvia a Cass. 19 aprile 2003, n. 6361, in *Dir. lav.*, 2005, II, p. 129, con nota di D. Mastantuono, avente a oggetto la rideterminazione *in peius* della disciplina delle prestazioni e dei finanziamenti di un fondo di previdenza complementare costituito da contratto collettivo. In tema di trasferimento d'azienda e di diritti quesiti, vd. anche Cass. 23 dicembre 2003, n. 19681, in *Mass. giur. lav.*, 2004, p. 311. In dottrina, vd., per tutti, F. Scarpelli, *Il mantenimento dei diritti dei lavoratori nel trasferimento d'azienda*, in *Quaest. dir. lav. rel. ind.*, 2005, pp. 105 ss.).

Un'altra interessante casistica giudiziale sui diritti quesiti e disdettabilità del contratto collettivo riguarda il consolidamento dei trattamenti pensionistici disciplinati dalla contrattazione collettiva e acquisiti dal dipendente al momento della cessazione del rapporto di lavoro (Cass. 12 febbraio 1990, n. 987, in *Mass. giur. lav.*, 1990, p. 387, con nota di P. Sandulli; Cass. 1° luglio 1998, n. 6427, in q. *Riv.*, 1999, II, p. 90, con nota di L. Valente; Cass. 7 marzo 2002, n. 3296, in *Mass. giur. lav.*, 2002, p. 304, con nota di G. Gramiccia. Quanto alla giurisprudenza di merito, vd. Pret. Roma 30 aprile 1993, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, p. 420, con nota di P. Tullini; Pret. Trento 6 luglio 1993, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, p. 608, con nota di M. Mariani; Pret. Udine 7 aprile 1995, in *Giust. civ.*, 1996, I, c. 561, con nota di S. Cecconi. Sul punto, in dottrina, vd. P. Tullini, *Previdenza complementare e tutela delle posizioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, pp. 1117 ss.; A. Occhino, *L'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 53

ss.). In tali pronunce, in considerazione della delicatezza degli interessi coinvolti, è prevalso perlopiù un orientamento garantista, teso a escludere o, comunque, porre dei limiti alla recedibilità dalle clausole contrattuali aventi a oggetto trattamenti pensionistici integrativi [A. Sartori, *Aspettative e diritti quesiti nella successione tra contratti collettivi: un cammino giurisprudenziale ancora zoppicante*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 941; A. Topo, *L'efficacia nel tempo del contratto collettivo*, in G. Proia (a cura di), *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. II, Cedam, Padova, 2014, p. 820].

3. — Oltre al tema dei diritti quesiti, la pronuncia in commento ritorna sulla nota questione del recesso dal contratto collettivo a tempo indeterminato, confermando l'ormai pacifico orientamento secondo cui a tale fattispecie si applicano i principi generali in materia di obbligazioni, in assenza di una specifica disciplina legale del contratto collettivo di diritto comune. Con riferimento al contratto collettivo corporativo, invece, l'ammissibilità del recesso veniva desunta dall'obbligo di apporre un termine finale di durata e dalla possibilità per le parti di ricorrere alla magistratura del lavoro per ottenere «la formazione di nuove condizioni di lavoro» ex art. 2073 cod. civ., tra cui poteva rientrare la fissazione di una scadenza previamente non fissata (Cfr. A. Topo, *op. ult. cit.*, p. 810).

Per quel che riguarda il contratto collettivo postcorporativo, la sentenza in commento ribadisce che «il contratto collettivo, senza predeterminazione di un termine di efficacia, non può vincolare per sempre tutte le parti contraenti, perché finirebbe in tal caso per vanificarsi la causa e la funzione sociale della contrattazione collettiva, la cui disciplina, da sempre modellata su termini temporali non eccessivamente dilatati, deve parametrarsi su una realtà socio-economica in continua evoluzione, sicché a tale contrattazione va estesa la regola, di generale applicazione nei negozi privati, secondo cui il recesso unilaterale rappresenta una causa estintiva ordinaria di qualsiasi rapporto di durata a tempo indeterminato» (Cosi' anche Cass. 20 agosto 2009, n. 18548, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 928, con nota di A. Sartori; Cass. 18 settembre 2007, n. 19351, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, p. 1021, con nota di A. Beretta; in *Lav. prev. oggi*, 2008, p. 356, con nota di C. Carnovale; in *Mass. giur. lav.*, 2008, p. 122, con nota di D. Blotta).

L'applicazione di tale principio alla materia sindacale è, del resto, condivisa dalla quasi generalità della dottrina sul punto (P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. I, 2000, p. 244; A. Maresca, *Contratto collettivo e libertà di recesso*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, 2, p. 47; P. Rescigno, *Contratto collettivo senza predeterminazione di durata e libertà di recesso*, in *Mass. giur. lav.*, 1993, pp. 576 ss.; A. Tursi, *Contratto collettivo e recesso ad nutum*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, I, pp. 481 ss.; M. Tiraboschi, *L'efficacia temporale del contratto collettivo di lavoro: atipicità dello schema negoziale, giuridicità del vincolo e cause di scioglimento*, in *Dir. rel. ind.*, 1994, pp. 106 ss.; P. Sandulli, *Disdettabilità di accordi collettivi e prestazioni pensionistiche complementari*, in *Mass. giur. lav.*, 1990, pp. 387 ss.; E. Trifirò, *Efficacia del contratto aziendale stipulato solo con alcune delle organizzazioni sindacali. Durata e disdetta dei contratti collettivi*, in *Mass. giur. lav.*, 1990, pp. 240 ss.).

Alquanto isolato e risalente nel tempo rimane, pertanto, l'orientamento giurisprudenziale secondo cui la disdetta dal contratto collettivo *sine die* non sia legittima in assenza di un'espressa facoltà prevista dalle parti in tal senso (Cass. 12 febbraio 1990, n. 987, in *Mass. giur. lav.*, 1990, p. 387, con nota di P. Sandulli), a cui fa eco la ricostruzione dottrinale che esclude l'ammissibilità del recesso, ritenendo invece esperibile, per la parte che ne abbia interesse, il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (A. Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro*, I, *Diritto sindacale*, Cedam, Padova, 2010, pp. 207 ss. *Contra*, A. Topo, *op. ult. cit.*, pp. 812 ss.).

In chiave critica alla possibilità di recesso *ad nutum*, è stata altresì sottolineata la differenza tra il recesso dall'intero contratto collettivo aziendale anziché limitatamente ad alcune clausole di tale contratto: in quest'ultima ipotesi, secondo un'interpretazione che, però, sembra confondere l'ambito della disciplina individuale del rapporto di lavoro con quello collettivo, si configurerebbe la diversa fattispecie dello *ius variandi*, «trattata con particolare attenzione da parte del legislatore» e «ammessa solamente in poche e tassative circostanze» (A. Beretta, *La disdetta unilaterale limitatamente ad alcune norme del contratto integrativo aziendale*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, p. 1029).

La ricostruzione teorico-giuridica della facoltà di recesso dai contratti collettivi a tempo indeterminato è fondata sulla necessità che, conformemente all'art. 1346 cod. civ., la durata (e dunque l'oggetto) del contratto collettivo sia determinato o determinabile (Su questo aspetto, vd., da ultimo, G. Pacchiana Parravicini, *Ultatività, risoluzione, disdetta del contratto collettivo nella prassi e nella giurisprudenza*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, I, p. 397), coerentemente ai generali principi di temporaneità delle obbligazioni e di inammissibilità dei vincoli contrattuali perpetui.

Abbandonando una riduttiva interpretazione dell'art. 1373 cod. civ. – secondo cui il recesso unilaterale nei contratti di durata è consentito solo ove previsto dalle parti – è stata riconosciuta la recedibilità dai contratti collettivi a tempo indeterminato, anche in assenza di un'espressa previsione pattizia al riguardo, in considerazione anche dei principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto (Sul punto, A. Topo, *op. ult. cit.*, pp. 830 ss.).

La giurisprudenza ha, infatti, evidenziato la connessione tra tali principi e la temporaneità dei rapporti obbligatori (Cass. 16 aprile 1993, n. 4507, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, p. 684, con nota di G. Burragato; Cass. 9 giugno 1993, n. 6408, in *Orient. giur. lav.*, 1994, p. 6, con nota di M. Tiraboschi; Cass. 20 settembre 1996, n. 8360, in *Not. giurispr. lav.*, 1997, p. 5; Cass. 25 febbraio 1997, n. 1694, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1997, p. 526; Cass. 10 novembre 2000, n. 14613, in *Mass. giur. lav.*, 2001, p. 2, con nota di G. Gramiccia; Cass. 20 giugno 2001, n. 8429, cit.), precisando la necessaria non pretestuosità della disdetta di parte datoriale (Cass. 22 aprile 2004, n. 7706, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 65, con nota di A. Bollani) e l'irrilevanza della sussistenza di una valida giustificazione (Cass. 18 dicembre 2006, n. 27031, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 616, con nota di S. Ciucciovino, e in q. *Riv.*, 2007, II, p. 519, con nota di L. Valente).

4. — Da quanto sinora illustrato, emerge, dunque, come la sentenza in commento si inserisca in un filone giurisprudenziale ben tracciato negli anni, senza rappresentare un «ripensamento» in tema di limiti alla facoltà di recesso dal contratto collettivo senza l'indicazione della durata, ma una mera riaffermazione di quanto già statuito sul punto. Nel caso di specie, infatti, l'illegittimità del recesso datoriale deriva unicamente dall'aver intaccato diritti di credito di natura retributiva vantati da ex dipendenti, già maturati e in quanto tali intangibili unilateralmente.

Azzurra de Salvia

Dottore di ricerca in Diritto del lavoro presso l'Università di Bari «Aldo Moro»

CORTE D'APPELLO ROMA, 6 giugno 2013 – Pres. Cannella, Est. D'Ancona – B. (avv. Pirani) c. Telecom Italia Spa (avv. Maresca).

Somministrazione di lavoro – Generica indicazione della causale – Irregolarità della somministrazione – Costituzione del rapporto tra lavoratore e utilizzatore interponente a tempo indeterminato – Ricorrenza.

Somministrazione di lavoro – Irregolarità – Conversione – Non ricorrenza – Costituzione di un diverso rapporto di lavoro con l'utilizzatore – Sussistenza – Indennità ai sensi dell'art. 32, comma 5, della legge 4 novembre 2010, n. 183 – Non applicabilità.

In caso di stipula del contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato è necessario che le parti indichino le ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo, o sostitutivo in modo specifico. Ciò si rende necessario per consentire, in caso di controversia, di controllare la reale sussistenza in concreto delle esigenze aziendali menzionate alle quali si è inteso sopperire con la stipulazione della somministrazione. In caso di mancanza o di genericità di tali ragioni il rapporto si trasforma in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con l'utilizzatore. (1)

In caso di somministrazione irregolare non trova applicazione l'art. 32, comma 5, della legge 4 novembre 2010, n. 183. In caso di somministrazione irregolare non si è in presenza di un contratto a tempo determinato che si converte in un contratto a tempo indeterminato tra le stesse parti, ma di una diversa configurazione giuridica, rappresentata dalla costituzione di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze dell'utilizzatore, cioè del soggetto con il quale il prestatore non ha stipulato formalmente alcunché (art. 27, comma 1, d.lgs. n. 276 del 2003). (2)

(*) Il testo della sentenza è pubblicato in www.ediesseonline.it/riviste/rgl.

(1-2) CORTE DI GIUSTIZIA, CORTI DI LEGITTIMITÀ E CORTI DI MERITO
SULL'APPLICAZIONE DELLA CD. «INDENNITÀ OMNICOMPENSIVA»
ALLA SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Flessibilità delle tipologie di lavoro e somministrazione di lavoro. — 3. Le ragioni giustificatrici dell'apposizione del termine al contratto di somministrazione. — 4. Le conseguenze sanzionatorie in caso di illegittima apposizione del termine o di somministrazione irregolare o fraudo-

lenta: costituzione e conversione del rapporto di lavoro e applicabilità dell'indennizzo previsto dall'art. 32, comma 5, della legge n. 183 del 2010 alla somministrazione di lavoro. — 5. Il contratto di somministrazione di lavoro e il contratto di lavoro a tempo determinato nell'ambito dei contratti cd. «flessibili». — 6. Osservazioni conclusive.

1. — *Premessa* — La Corte d'Appello di Roma torna sulla questione dell'applicabilità della cd. «indennità omnicomprensiva» prevista dall'art. 32, comma 5, della legge n. 183 del 2012 al contratto di somministrazione irregolare con una conclusione che ribalta quella raggiunta dalla Corte di Cassazione poco meno di un anno fa (1).

Quella giurisprudenza aveva ritenuto applicabile alla somministrazione di lavoro lo speciale apparato sanzionatorio che prevede il pagamento di un'indennità commisurata «tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604». La Corte d'Appello di Roma, in un orientamento che si va sempre più consolidando, ritiene invece che alla somministrazione di lavoro non vada applicato questo particolare regime ma piuttosto quello di diritto comune dei contratti e che, quindi, al lavoratore spetti un risarcimento del danno che va dal deposito del ricorso sino alla reintegrazione dello stesso nel posto di lavoro.

Come vedremo, la diversa soluzione offerta dalle due Corti non solo conduce all'attribuzione al lavoratore di un differente grado di tutela, ma induce a una diversa sistemazione del contratto a tempo determinato e di quello di somministrazione di lavoro nella galassia dei contratti flessibili.

2. — *Flessibilità delle tipologie di lavoro e somministrazione di lavoro* — La somministrazione di lavoro è senz'altro uno degli istituti di maggior rilievo nelle politiche degli ultimi anni tese a flessibilizzare il mercato del lavoro. Prima con il lavoro interinale e poi con la somministrazione del lavoro il legislatore persegue un duplice obiettivo. In primo luogo, il legislatore contribuisce ulteriormente alla precarizzazione del lavoro affiancando un'altra tipologia di contratto flessibile a quelle già utilizzate. In secondo luogo, attraverso la dissociazione tra datore di lavoro formale ed effettivo utilizzatore della prestazione di lavoro, offre alle imprese un contratto che consente l'utilizzo della manodopera senza assumersene la responsabilità perché la titolarità formale del rapporto è dell'agenzia. Vista sotto questi due versanti la somministrazione di lavoro è veramente l'istituto che più di tutti disarticola il monolito rappresentato dalla subordinazione a tempo pieno e indeterminato e cioè la forma più usuale e normale di rapporto di lavoro, diventando quasi il paradigma del nuovo diritto del lavoro.

Il lavoro interinale tramite agenzia introdotto già con la legge n. 196 del 1997 costituiva soltanto un'eccezione al divieto di interposizione nelle prestazioni di la-

(1) Cass. 17 gennaio 2013, n. 1148, in q. *Riv.*, 2013, II, p. 195, con nota di M. Salvagni; Cass. 29 maggio 2013, n. 13404, in *Mass. giur. lav.*, 2013, p. 765.

voro dettato dalla legge n. 1369 del 1960. Era infatti stipulabile soltanto in una serie specifica di ipotesi previste dal legislatore (2).

In coerenza con le politiche volte a precarizzare sempre di più il lavoro con il d.lgs. n. 276 del 2003, intriso di ideologie liberiste, l'istituto è arrivato alla sua maturazione attraverso l'abrogazione del lavoro interinale e della legge sull'interposizione – baluardo da sempre contro i fenomeni di caporalato e di interposizione illegittima che affliggono il nostro paese – e l'introduzione della somministrazione di lavoro.

Com'è noto la somministrazione di lavoro, a differenza del lavoro interinale, prevede due tipologie: una a tempo determinato e l'altra a tempo indeterminato. Il contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato, secondo la fattispecie legale, è stipulabile in una serie indefinita di ipotesi, mentre quella a tempo indeterminato in una serie di ipotesi elencate espressamente dalla legge e che sono comunque anch'esse alquanto numerose.

Così disciplinata, la somministrazione di lavoro ribalta la prospettiva in vigore del lavoro interinale: l'interposizione legittima non è più un'eccezione ma diventa una forma normale addirittura quasi intercambiabile rispetto alla subordinazione, con tutte le conseguenze per i lavoratori (3).

Il meccanismo della ragione giustificativa sotto forma di «causalone», come si dice in gergo sindacale, previsto dall'art. 20, invece di restringere la fattispecie la ha notevolmente ampliata (4) rendendo poi necessario (come vedremo) l'intervento in senso restrittivo della giurisprudenza.

A questa disciplina notevolmente agevolativa delle ragioni dell'impresa a scapito di quelle del lavoratore è seguita una normativa che indebolisce anche dal punto di vista processuale la posizione del lavoratore (5) ponendo seri dubbi sulla sua legittimità alla luce del diritto di difesa costituzionalmente previsto (art. 24 Cost.). La legge n. 183 del 2010 ha ridotto i termini processuali entro i quali impugnare il contratto di somministrazione illegittimo parificandoli a quelli per l'impugnazione del licenziamento (art. 32, comma 4, lett. *d*). Inoltre ha introdotto una disciplina che ha forfettizzato il risarcimento del danno dovuto al fine di rendere, in caso di condanna, meno gravoso l'onere economico del lavoratore soccombente.

Questa riduzione delle tutele processuali e della tutela risarcitoria dell'imprenditore è stata ritenuta opportuna, oltre che per la crisi economica, anche a causa del-

(2) Cfr. M. Rusciano, *Profili ricostruttivi dell'affitto di manodopera*, in *Dir. merc. lav.*, 1999, pp. 81 ss.

(3) L. Corazza, *Somministrazione di lavoro e appalti*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Wolter Kluwer, Milano, 2014, p. 1625.

(4) P. Chieco, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, p. 104.

(5) M.R. Lamberti, *La somministrazione di manodopera dopo il Collegato lavoro: spunti di riflessione*, in *Mass. giur. lav.*, 2011, p. 119: secondo il quale attraverso il Collegato lavoro «il legislatore ha voluto agevolare il diffuso fenomeno delle esternalizzazioni e del decentramento di manodopera, assecondando un ulteriore colpo, di natura processuale, a quello di natura sostanziale già varato con l'abrogazione della legge n. 1369/1960 sul divieto di interposizione nei rapporti di lavoro da parte del d.lgs. n. 276/2003».

l'incertezza sull'ambito di applicazione delle causali di apposizione del termine (in caso di somministrazione come nel caso del contratto a termine ai sensi del d.lgs. n. 368 del 2001) che ha condotto nel corso degli anni a un cospicuo contenzioso con, in molti casi, conseguente reintegrazione del lavoratore presso l'utilizzatore.

Per questa ragione il legislatore con la legge n. 183 del 2010 ha ridotto i termini di impugnazione del contratto di somministrazione irregolare e d'altro canto ha previsto il regime dell'indennità omnicomprensiva che porta a una riduzione del risarcimento a favore del lavoratore.

3. — *Le ragioni giustificatrici dell'apposizione del termine al contratto di somministrazione*
— La sentenza della Corte d'Appello del 6 giugno 2013 menziona tra i requisiti che debbono essere indicati in forma scritta a pena di nullità (art. 21 del d.lgs. n. 276 del 2003) anche le ragioni giustificative ai sensi dell'art. 20, commi 3 e 4. La sentenza ricorda che queste ragioni hanno una funzione peculiare, che è quella di rendere possibile il controllo da parte del giudice del corretto utilizzo della somministrazione; controllo che non può essere effettuato, com'è noto, «fino al punto dal sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano all'utilizzatore», ma è finalizzato alla verifica della effettiva esistenza delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, «anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore».

È chiaro però che questo controllo diviene tanto più stringente quanto più le causali debbano essere indicate in modo specifico. E, invece, si può dire che il «causalone», almeno per come era stato configurato dal legislatore non ha alcuna capacità di controllo perché troppo generico. La somministrazione con causali tanto generiche, come quelle previste anche per il contratto a termine e cioè le ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive (vedi art. 20 del d.lgs. n. 276 del 2003 e art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368 del 2001), era diventata intercambiabile con il contratto di lavoro subordinato ai sensi dell'art. 2094 cod. civ. Per questa ragione la giurisprudenza ha dovuto riempirla di contenuto. Insomma, a fronte di un legislatore sempre più aggressivo nei confronti dell'apparato protettivo che presidiava il lavoratore, la giurisprudenza ha operato in senso restrittivo. Ha affermato che la causale giustificante la conclusione del contratto di somministrazione debba essere specifica (6). La specificità è requisito che serve a evitare abusi nell'utilizzo della lavoro a termine perché, appunto, con l'indicazione dettagliata della ragione economica giustificativa dell'assunzione a termine riduce l'intercambiabilità rispetto al contratto a tempo pieno riconducendo lo stesso utilizzo del termine nell'ambito, se non dell'eccezionalità, quanto meno della straordinarietà: il

(6) Corte d'Appello di Roma 29 gennaio 2013: «Sia nel contratto di somministrazione che nel contratto di lavoro le ragioni del ricorso alla somministrazione non sono state esplicate in termini concreti e sufficientemente esaustivi perché non risulta individuata alcuna reale esigenza sui cui potesse esercitarsi il controllo del lavoratore al momento della stipulazione del suo contratto di lavoro e possa oggi espletarsi il controllo giudiziale; le esigenze organizzative del ricorso alla somministrazione a tempo determinato così come genericamente indicate lasciano ampio spazio all'utilizzatore di addurre *ex post* qualsivoglia ragione».

lavoratore potrà eseguire la prestazione solo ed esclusivamente per lo svolgimento dei compiti descritti nelle statuizioni contrattuali causalmente connessi alla ragione tecnica, organizzativa, produttiva o sostitutiva indicata nel contratto. L'indicazione specifica della ragione consente *ex post* il controllo del giudice che potrà valutare se il lavoratore sia stato utilizzato per i fini specifici previsti dal contratto.

La necessità che la causale sia specifica e non generica era in realtà già stata affermata in costanza del lavoro interinale (7). Le due pronunce che qui si commentano hanno affermato infatti che le causali debbono essere specifiche. Secondo le due pronunce, infatti, «la mancanza o la generica previsione» delle causali per le quali si può ricorrere al contratto di lavoro interinale «spezza l'unitarietà della fattispecie complessa voluta dal legislatore per favorire la flessibilità dell'offerta di lavoro nella salvaguardia dei diritti del lavoratore, e far venire meno la presunzione di legittimità del contratto interinale stesso» (8).

4. — *Le conseguenze sanzionatorie in caso di illegittima apposizione del termine o di somministrazione irregolare o fraudolenta: costituzione e conversione del rapporto di lavoro e applicabilità dell'indennizzo previsto dall'art. 32, comma 5, della legge n. 183 del 2010 alla somministrazione di lavoro* — Com'è noto la conseguenza sanzionatoria più rilevante in caso di irregolarità del contratto consiste nella trasformazione del rapporto di lavoro in un rapporto di lavoro con il datore di lavoro (nel contratto a termine) o con chi abbia effettivamente utilizzato la prestazione lavorativa, come recita l'art. 27 del d.lgs. n. 276. Com'è stato sottolineato dalla giurisprudenza il rapporto si trasforma in un contratto di lavoro a tempo indeterminato perché se fosse possibile instaurare un contratto a tempo determinato «verrebbe facilmente aggirata la

(7) Si registra comunque anche una giurisprudenza di merito da considerarsi secondo la quale nel caso della somministrazione a tempo determinato non è necessario che la causale sia specifica; può essere anche generica ma comunque deve essere temporanea (Trib. Bergamo 27 ottobre 2011, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 2, p. 706; vedi anche Trib. Roma 15 gennaio 2013, in q. *Riv.*, 2013, II, p. 262). Per ulteriori riferimenti vedi L. Corazza, *op. ult. cit.*, p. 1632.

La stessa giurisprudenza, però, non riesce a chiarire per quale ragione la causale debba essere necessariamente temporanea quando la somministrazione di lavoro può essere conclusa, anche quella a termine, per l'ordinaria attività dell'utilizzatore; infatti, più opportunamente, P. Chieco (*op. ult. cit.*, p. 101) sostiene che il legislatore «si è preoccupato di specificare che la temporaneità del contratto di somministrazione non è conseguente alla (*alias* giustificata dalla) temporaneità dell'attività che l'utilizzatore intende svolgere attraverso la fornitura di lavoro, bensì è frutto di una scelta ancorata a parametri diversi, seppure oggettivi, riconducibili a ogni possibile esigenza rientrante nella sfera tecnico-produttiva ovvero organizzativo-sostitutiva dell'attività (imprenditoriale e non) dell'utilizzatore. Il causalone (secondo l'espressione gergale che pare invalsa per definire riassuntivamente le clausole generali in esame) consente allora di utilizzare questo nuovo strumento di esternalizzazione a fronte di qualsiasi motivazione, occasione, bisogno ecc.». Così anche M.T. Carinci, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato: ragioni tecniche, organizzative e produttive (e sostitutive) come limite a poteri e libertà del datore di lavoro*, Cedam, Padova, 2005, pp. 81 ss.

(8) Cass. 6 febbraio 2014, n. 2763; Cass. 8 gennaio 2014, n. 161; nello stesso senso, Cass. 21 luglio 2011, n. 16014, in *Mass. giur. lav.*, 2011 p. 840, con nota di G. Della Rocca.

disciplina limitativa del contratto a tempo determinato» (9). Peraltro, da sempre, e questo non solo nelle fattispecie di lavoro subordinato, la trasformazione del rapporto in caso di contratto viziato è stata verso il contratto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato quasi come se quest'ultimo avesse una *vis attractiva* di tutte le forme di lavoro irregolari.

Inoltre il Collegato lavoro prevede nei casi «di conversione del contratto a termine» la condanna del datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo il pagamento di indennità omnicomprensiva compresa da un minimo di 2,5 a un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

L'indennità assorbe qualunque altro profilo risarcitorio. Tant'è che questa copre tutte le conseguenze retributive e contributive dal momento della scadenza del termine sino alla pronuncia che abbia ordinato la conversione del rapporto di lavoro (10). Questa interpretazione è stata confermata dall'art. 1, comma 13, della legge 28 giugno 2012, n. 92, che, peraltro, ha ulteriormente ridotto la protezione dei lavoratori statuendo che «l'indennità ivi prevista ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso fra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro». Secondo un'interpretazione il legislatore avrebbe sancito che la sentenza ricostituirebbe il rapporto di lavoro non *ex tunc*, ma *ex nunc*. Non è quindi una sentenza dichiarativa della nullità del contratto ma costitutiva di un rapporto dalla pronuncia del giudice. Come si può notare, il progetto che il legislatore persegue vede anche la non applicazione al diritto del lavoro delle fondamentali categorie civilistiche: il contratto nullo perché geneticamente viziato non conduce più a una invalidità *ex tunc*, ma *ex nunc*; la sentenza del giudice non è più dichiarativa ma costitutiva (11), con un chiaro ribaltamento delle regole civilistiche in tema di contratto.

Pertanto il legislatore ha operato ulteriormente nel senso di una riduzione dell'apparato protettivo dei lavoratori, perché, com'è noto, a causa anche dei tempi lunghi dei processi in Italia, l'indennità copre solo in minima parte (da 2,5 sino a un massimo di 12 mensilità) il periodo che va dall'inizio del procedimento alla sentenza con evidente riduzione del risarcimento che verrà erogato al lavoratore. Si tratta pertanto di una disciplina speciale applicabile solo nel caso di conversione del contratto di lavoro a termine (12).

Si porta così a compimento il progetto iniziato dal *Libro bianco del mercato del lavoro* finalizzato a destrutturare il sistema di protezione dei lavoratori messo a punto in molti decenni.

Secondo la Corte di Cassazione, la disciplina prevista per l'indennità omnicom-

(9) Cass. 21 luglio 2011, n. 16014, cit.

(10) Vedi Cass. 7 settembre 2012, n. 14996; Cass. 5 giugno 2012, n. 9023; Cass. 29 febbraio 2012, n. 3056.

(11) Vedi, sul punto, G. Mimmo, *Somministrazione e regole del termine nella recente giurisprudenza*, in *Mass. giur. lav.*, 2013, p. 776.

(12) P. Tosi, *I contratti a termine nel «Collegato lavoro» 2010*, in M. Miscione e D. Garofalo (a cura di), *Il Collegato lavoro 2010, Commentario alle legge n. 183/2010*, Ipsoa, Milano, p. 358.

prensiva prevista dall'art. 32, comma 5, del Collegato lavoro deve essere applicata anche al caso della somministrazione di lavoro, poiché il concetto di conversione comprende non solo provvedimenti di natura dichiarativa ma anche di natura costitutiva quale potrebbe essere quello dell'art. 27 del d.lgs. n. 276 del 2003 (13).

Accanto all'orientamento della Corte di Cassazione si va affermando nell'ambito delle Corti di merito un altro indirizzo che va prendendo sempre di più piede, secondo il quale l'indennità omnicomprensiva non trova applicazione in caso di somministrazione di lavoro irregolare (14). Tale orientamento capeggiato dalla Corte d'Appello di Roma trova ulteriore conferma nella sentenza del 6 giugno del 2013, n. 3978, che qui si commenta.

La sentenza in realtà verte su due profili che appaiono di notevole rilevanza nell'attuale disciplina della somministrazione di lavoro. Il primo riguarda la genericità o l'indeterminatezza della causale; il secondo attiene, per l'appunto, ed è questo che assume centralità nella sentenza, alla possibile applicabilità della indennità omnicomprensiva alla somministrazione.

Da quanto emerge dalla sentenza della Corte d'Appello, l'applicabilità o meno all'utilizzatore dell'indennità forfetizzata prevista dal Collegato lavoro dipende dall'assimilazione o meno del meccanismo di trasformazione del contratto di somministrazione a quello del contratto a tempo determinato.

La Corte di Cassazione sembra maggiormente aderire all'opinione secondo la quale i principi del contratto a tempo determinato debbano essere applicati anche alla somministrazione di lavoro e, in particolare, in questa operazione di accomunamento del contratto a tempo determinato al contratto di somministrazione di lavoro, la Corte ha affermato che la «costituzione» del rapporto prevista dall'art. 27 del d.lgs. n. 276 del 2003 è una forma di conversione, nel senso che la seconda contiene la prima (15).

Quello che più non convince nella ricostruzione offerta dalla Corte di Cassazione è il ritenere che la reintegrazione del lavoratore in caso di somministrazione irregolare possa essere riconducibile alla conversione.

Com'è noto la conversione prevede l'identità dei soggetti del negozio nullo rispetto al nuovo negozio in cui quello nullo si converte (16), mentre in caso di somministrazione di lavoro il rapporto di lavoro viene imputato dal giudice in

(13) A tali conclusioni della Corte di Cassazione aveva fatto da «apripista» una parte della dottrina che aveva commentato il Collegato lavoro. In particolare, cfr. P. Tosi, *I contratti a termine nel «Collegato lavoro» 2010*, e A. Vallebona, *L'indennità per il termine illegittimo*, entrambi pubblicati in *Il Collegato lavoro 2010, Commentario alle legge n. 183/2010*, Ipsoa, Milano, p. 419.

(14) Corte d'App. Roma, 19 gennaio 2013, e Corte d'App. Roma 5 febbraio 2013, inedite a quanto consta; Corte d'App. Roma 5 marzo 2013, n. 2142, in q. *Riv.*, 2013, II, p. 195.

(15) Cass. 17 gennaio 2013, n. 1148, in *Mass. giur. lav.*, 2013, pp. 765 ss.; Cass. 29 maggio 2013, n. 13404, *ivi*, p. 768.

(16) L'art. 1424 cod. civ. prevede che la conversione è possibile se le parti, qualora fossero state consapevoli della nullità, avrebbero accettato di concludere in luogo del primo l'altro negozio capace di produrre i suoi effetti (Cfr. A. Torrente, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, p. 596); questa disposizione dimostra che vi deve essere tra i due negozi – quello convertito e quello nullo – un'identità delle parti stesse.

forza dell'art. 27 del d.lgs. n. 276 del 2003 a chi effettivamente abbia utilizzato la prestazione lavorativa.

Pertanto la sanzione imposta dall'ordinamento produce la modificazione di uno dei soggetti del rapporto di lavoro.

Né è possibile parlare di novazione come, invece, è affermato da qualche commentatore (17), perché è vero che la novazione prevede una modificazione soggettiva od oggettiva o di entrambi i profili al fine di sostituire un nuovo rapporto a quello precedente, ma la novazione è un contratto tra le parti tant'è che, al fine del suo perfezionarsi, è necessaria la volontà di ciascuna di esse (18). Invece in caso di applicazione dell'art. 27 del d.lgs. n. 276/03 l'imputazione del rapporto all'utilizzatore avviene *ope legis* attraverso il provvedimento del giudice che accerti l'irregolarità della somministrazione.

L'effetto prodotto per legge in caso di somministrazione irregolare non è dissimile da quello che era prodotto dalla legge sull'interposizione di manodopera oramai abrogata o dall'art. 2127 cod. civ. (19).

Per questa ragione sono ancora valide le conclusioni che la dottrina aveva raggiunto all'epoca sulla qualificazione del meccanismo sanzionatorio previsto da quella legge (20).

Tra tali ricostruzioni la più attendibile sembra quella compiuta da una dottrina autorevole (21) che aveva qualificato la sanzione dell'art. 1, ultimo comma, della legge n. 1369 del 1960 come una sostituzione automatica della posizione del datore di lavoro effettivo a quello fittizio e la sostituzione oggettiva delle condizioni contrattuali dell'effettivo utilizzatore con quelle previste nel contratto di somministrazione.

Insomma secondo questa dottrina l'art. 1, ultimo comma, della legge n. 1369 sarebbe una particolare applicazione del meccanismo previsto dall'art. 1339 cod. civ., che prevede l'inserzione automatica delle clausole per legge in sostituzione delle clausole difformi previste dalle parti.

Quindi l'effetto della conversione o della costituzione è lo stesso: in entrambi i casi i rapporti si trasformano da rapporti a termine in rapporti a tempo indeter-

(17) M. Salvagni, *Questioni interpretative sull'applicabilità dell'indennità ex art. 32, comma 5, del Collegato lavoro al lavoro temporaneo e alla somministrazione di lavoro*, in q. Riv., 2013, II, p. 204.

(18) A. Torrente, *op. ult. cit.*, p. 391.

(19) F. Scarpelli, *Interposizione illecita, somministrazione irregolare, somministrazione fraudolenta, in Il lavoro tra progresso e mercificazione, Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004, p. 151: lo schema della somministrazione di lavoro irregolare è lo stesso di quello dell'interposizione vietata anche se è evidente che l'ambito di applicazione delle ipotesi di interposizione legittima sono state notevolmente ampliate a discapito delle ipotesi vietate con un evidente capovolgimento di prospettiva perché a fronte di un divieto generale di interposizione esiste una fattispecie generale di somministrazione di lavoro.

(20) Illustra le diverse teorie ricostruttive della dottrina sul punto P. Genoviva, *La legge sull'intermediazione di mano d'opera e sugli appalti nella dottrina e nelle giurisprudenza: rassegna critica*, in q. Riv., 1978, I, p. 475.

(21) A. Asquini, *Somministrazione di prestazioni di lavoro da parte di intermediari e appalto di servizi*, in *Mass. giur. lav.*, p. 280.

minato (con il datore di lavoro nel primo caso, con l'utilizzatore nel secondo), ma questo effetto avviene attraverso l'applicazione di principi di diritto differenti.

Per questa ragione non si può affermare che la conversione del contratto a tempo determinato prevista dall'art. 32, comma 5, del Collegato lavoro sia assimilabile all'ipotesi prevista dall'art. 27 perché, in realtà, come abbiamo potuto vedere, sono due fattispecie radicalmente differenti. Se, com'è vero, il meccanismo previsto dall'art. 27 del d.lgs. n. 276 del 2003 è assimilabile a quello della legge n. 1369, questo non sarebbe una conversione ma una costituzione o una ricostituzione *ex lege* con l'effettivo utilizzatore del rapporto di lavoro (22).

5. — *Il contratto di somministrazione di lavoro e il contratto di lavoro a tempo determinato nell'ambito dei contratti cd. «flessibili»* — Facendo un passo ulteriore, la diversa soluzione sull'ambito di applicazione della cd. «indennità omnicomprensiva» potrebbe costituire la spia di una diversa collocazione sotto il profilo sistematico della somministrazione di lavoro rispetto al contratto a tempo determinato. Perché se tale indennità si applica anche alla somministrazione allora questa dovrà essere considerata una *species* del contratto a tempo determinato; se invece tale indennità non si applica allora potrebbe dirsi, con più facilità, che la prima è un contratto con una causa non assimilabile a quella del contratto a termine e segue regole sue proprie.

Sul punto, in realtà, la Corte di Giustizia, la Corte di Cassazione e le Corti di merito (capeggiate dalla Corte d'Appello di Roma) mostrano differenti interpretazioni.

La Corte di Giustizia – proprio in merito a una controversia sorta in Italia relativa a un contratto di somministrazione di lavoro e, in particolare, con riguardo alla questione dell'applicabilità della disciplina dei rinnovi dei contratti a termine dettata dall'art. 5, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 368 del 2001 – ha affermato la non applicazione di tale disciplina al contratto di somministrazione di lavoro.

I ricorrenti chiedevano in particolare se l'Accordo quadro trasfuso nella Direttiva n. 99/70/Ce fosse applicabile al contratto di somministrazione. Se fosse stato così, ne sarebbe seguita anche l'applicazione della normativa interna in materia di contratti a tempo determinato per conformare il diritto interno sulla somministrazione di lavoro a quello europeo sul contratto a tempo determinato; invece, la

(22) Della stessa opinione sono anche V. Speciale, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*, IT, n. 153/2012, p. 32: «Tuttavia a me sembra che vi siano elementi testuali e sostanziali che impediscano di estendere la disposizione anche alla somministrazione. La norma, infatti, si riferisce al “contratto a tempo determinato” e non alla “somministrazione di lavoro a tempo determinato” prevista dal comma 4 dell'art. 20 del d.lgs. n. 276/2003. Quando il legislatore ha inteso riferirsi al contratto commerciale con l'utilizzatore lo ha detto espressamente. Inoltre, nel caso di somministrazione irregolare “non si è in presenza di un contratto a tempo determinato che si converte in un contratto a tempo indeterminato tra le stesse parti, ma di una diversa configurazione giuridica, rappresentata dalla costituzione di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze dell'utilizzatore, cioè del soggetto con il quale il prestatore non ha stipulato formalmente” alcun contratto» e M. Quaranta, *Commento all'art. 32 della legge n. 183 del 2010*, in R. De Luca Tamajo, O. Mazzotta (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2013, p. 2547.

Corte di Giustizia ha deciso in senso negativo affermando la estraneità della normativa sulla somministrazione di lavoro a quella del contratto a tempo determinato, in quanto «la somministrazione di lavoratori interinali costituisce una costruzione complessa e specifica del diritto del lavoro che implica [...] un duplice rapporto di lavoro tra, da un lato, l'agenzia di lavoro interinale e il lavoratore interinale, e, dall'altro, quest'ultimo e l'impresa utilizzatrice, nonché un rapporto di somministrazione tra l'agenzia di lavoro interinale e l'impresa utilizzatrice» (23).

La struttura complessa del contratto di somministrazione di lavoro esclude che questo sia riconducibile a un contratto a tempo determinato. La somministrazione di lavoro prevede infatti la stipula di due contratti: quello del lavoratore con l'agenzia riconducibile al contratto di lavoro; quello tra agenzia e utilizzatore della prestazione, cioè il contratto di somministrazione di lavoro. I due contratti sono in collegamento negoziale tra di loro e tale collegamento determina un'alterazione della causa dei negozi stessi. Mentre infatti si può dire che la causa del contratto a tempo determinato è la stessa di quella del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, non si può dire lo stesso della somministrazione di lavoro. Nella somministrazione i due contratti sono in collegamento funzionale per cui il primo negozio incide sullo svolgimento dell'altro (24). Il contratto di somministrazione di lavoro influenza lo svolgimento del rapporto di lavoro frapponendosi tra titolare formale del rapporto (l'agenzia) e utilizzatore della prestazione. In questo modo altera la causa del contratto di lavoro perché la causa del contratto di somministrazione di lavoro ha come funzione quella di fornire una prestazione di lavoro a un altro soggetto. Pertanto in questo contratto i fini economici o commerciali prevalgono su quelli della prestazione lavorativa che diventa oggetto del contratto commerciale di somministrazione. Diversamente nel caso di contratto a tempo determinato la causa è la stessa del contratto di lavoro a tempo indeterminato, e cioè lo scambio tra prestazione lavorativa e retribuzione.

Per questa differenza tipologica la Corte di Giustizia ribadisce la necessità che i due contratti siano disciplinati da due direttive diverse.

Peraltro tale differenza di disciplina e la circostanza che l'una fattispecie non può essere assimilabile all'altra è ribadita anche dalla sentenza della Corte d'Appello, che ricorda quanto statuito dall'art. 10 del d.lgs. n. 368 del 2001. L'art. 10 sancisce infatti l'esclusione «dal campo d'applicazione del presente decreto legislativo in quanto già disciplinati da specifiche normative a) i contratti di lavoro temporaneo di cui alla legge 24 giugno 1997, n. 196, e successive modificazioni». Secondo la Corte d'Appello di Roma tale riferimento «va oggi interpretato come riferito alla somministrazione, che del precedente istituto ha preso posto nel nostro ordinamento».

(23) Corte Giust. Ue 11 aprile 2013, C-290/2012, O.D.R. c. P.I. Spa, in *Mass. giur. lav.*, 2013, pp. 759 ss., punto 40.

(24) R. Scognamiglio, voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. giur. Treccani*, 1960, e ora in *Scritti giuridici*, 1996, I, Cedam, Padova, p. 122; A. Torrente, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, p. 530: con i contratti collegati le parti vogliono realizzare un disegno unitario.

Per questa ragione, in consonanza con la giurisprudenza della Corte di Giustizia non risulta applicabile alla somministrazione tutto il blocco normativo dettato dal d.lgs. n. 368 del 2001, perché, continua la Corte d'Appello di Roma, «l'esclusione» si riferisce al campo di applicazione di tutte le norme, con ciò significando che il lavoro temporaneo prima, la somministrazione in seguito, «esulano totalmente dall'ambito applicativo di tutte le norme che regolano le conseguenze dell'illecita apposizione di un termine al contratto di lavoro».

6. — *Osservazioni conclusive* — Certamente la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha una funzione nomofilattica, cioè deve garantire, come statuito dall'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario italiano (r.d. 30 gennaio 1941, n. 12), indirizzi interpretativi uniformi, ma è anche vero che in Italia non vi è ancora la regola del precedente vincolante che obbliga nei paesi anglosassoni le Corti inferiori ad applicare in un caso analogo lo stesso principio di diritto formulato dalle Corti superiori, eccetto il caso in cui sia necessario l'*overruling*. Ciò significa che una Corte inferiore può anche ritenere di non dovere aderire a un orientamento di una Corte superiore.

Peraltro la Corte d'Appello di Roma è arrivata alla conclusione di non ritenere applicabile l'art. 32, comma 5, all'ipotesi della somministrazione di lavoro irregolare attraverso un *iter* logico che difficilmente può essere contestato e che trova altresì riscontro anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Se dovesse prevalere l'orientamento in auge presso la Corte di Cassazione secondo il quale l'indennità omnicomprensiva si applica anche alla somministrazione, l'art. 32, comma 5, del Collegato potrebbe porre problemi di conformità all'art. 3 della Costituzione rispetto ai lavoratori utilizzati sulla base di un contratto di somministrazione a tempo indeterminato, che non sarebbero inclusi nell'ambito di applicazione della norma. A essi sarebbe applicabile il regime di diritto comune e non quello che prevede il pagamento dell'indennità, con un evidente disparità di trattamento rispetto, invece, ai lavoratori assunti con somministrazione a termine, ai quali invece sarebbe applicato lo speciale regime indennitario previsto dal Collegato. A queste disparità di trattamento si aggiungerebbe anche l'indebolimento delle tutele dovuto agli stretti termini di impugnazione (25).

Questo è un ulteriore argomento, oltre a quelli già ampiamente illustrati sopra, sulla base del quale l'orientamento della Corte di Cassazione non può essere condiviso.

Alberto Lepore

Ricercatore in Diritto del lavoro presso l'Università di Roma Tre

(25) Segnala tale disparità di trattamento M.R. Lamberti, *La somministrazione di manodopera dopo il Collegato lavoro: spunti di riflessione*, in *Mass. giur. lav.*, 2011, pp. 124-125; l'Autore mette comunque in evidenza come l'incertezza regni sovrana anche in questo particolare ambito; una parte della giurisprudenza di merito ha infatti affermato che la disciplina dell'indennità sia applicabile anche in caso di somministrazione a tempo indeterminato (vedi nota 23 dello stesso contributo).

TRIBUNALE BRESCIA, 4 febbraio 2014, Sez. lav., decreto – Est. Mancini – Anmirs (avv. Brugnattelli) c. Fondazione Poliambulanza (avv. X).

Rappresentanze sindacali aziendali – Mancato riconoscimento diritti sindacali – Assenza firma contratto collettivo – Sentenza Corte cost. n. 231/2013 – Sindacato autonomo nazionale – Maggiore rappresentatività – Indici rivelatori – Partecipazione negoziale – Condotta antisindacale – Sussiste.

L'accesso alle prerogative del Titolo III dello Statuto dei lavoratori va consentito anche alla organizzazione sindacale che abbia partecipato attivamente alle trattative negoziali dirette alla definizione di un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva pur senza sottoscriverlo, a patto che la medesima associazione dimostri la maggiore rappresentatività in ambito aziendale, desumibile da indici rivelatori certi, quali la consistenza numerica dei lavoratori dell'impresa e la capacità di esprimere i loro interessi a mezzo di una presenza continuativa nel conflitto. (1)

(*) Il testo del decreto è pubblicato in www.ediesseonline.it/riviste/rgl

(1) PARTECIPAZIONE NEGOZIALE E MAGGIORE RAPPRESENTATIVITÀ:
UN BINOMIO DISCUTIBILE

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Il punto di partenza: la sentenza Corte cost. n. 231/2013 e il presupposto implicito della maggiore rappresentatività. — 3. I criteri rivelatori. — 4. La partecipazione alla negoziazione. — 5. Il punto di approdo: l'antisindacalità della condotta aziendale e il riconoscimento del diritto alle Rsa.

1. — *Introduzione* — Il decreto in commento rappresenta una prima ipotesi applicativa della giurisprudenza di merito (1) in tema di rappresentanza sindacale aziendale resa a seguito della nota sentenza della Corte costituzionale del 23 luglio 2013, n. 231 (2), che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 19 Stat. lav., comma 1, lett. b, «nella parte in cui non prevede che la rappresentanza sindacale sia costituita anche nell'ambito di associazioni sindacali che, pur non firmatarie di con-

(1) Vd. Trib. Roma 1° ottobre 2013, inedita, in tema di legittimazione attiva per l'esperimento dell'azione ex art. 28 Stat. lav., che in un *obiter dictum* affronta l'argomento della partecipazione alle trattative.

(2) Tra i molti: F. Carinci, *Il buio oltre la siepe: Corte cost. 23 luglio 2013, n. 231*, in *W.P. C.s.d.le «Massimo D'Antona»*.IT, 2013, n. 182; E. Ghera, *L'articolo 19 dello Statuto, una norma da cambiare?*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2013, pp. 185 ss.; M. Rusciano, *Sindacato «firmatario» o «trattante», purché «rappresentativo»*, in *q. Riv.*, 2013, II, pp. 517 ss.; V. Leccese, *Partecipazione alle trattative, tutela del dissenso e art. 19 dello Statuto dei lavoratori*, in *Lav. dir.*, 2013, 4, pp. 539 ss.

tratti collettivi applicati nell'unità produttiva, abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori».

Secondo il Tribunale di Brescia – che si inserisce nel solco tracciato dalla sentenza della Consulta – il criterio della partecipazione alla negoziazione emerso dalla menzionata declaratoria di incostituzionalità non è sufficiente, *ex se*, a selezionare i soggetti sindacali da ammettere alla fruizione della tutela privilegiata del Titolo III dello Statuto dei lavoratori, necessitando di un collegamento sistematico con il presupposto (implicito) della «maggiore rappresentatività», di cui la partecipazione non è che uno degli indici rivelatori.

Nella fattispecie in esame, un'organizzazione sindacale autonoma di medici operanti presso istituti religiosi ospedalieri, l'Anmirs, ha denunciato ai sensi dell'art. 28 Stat. lav. (3) il comportamento antisindacale di un'azienda ospedaliera, la Fondazione Poliambulanza, rea di aver disconosciuto la legittimità delle Rsa operanti al proprio interno, in ragione della mancata stipula del contratto collettivo aziendale da ultimo applicato nell'unità produttiva.

Il giudice di merito, in un raffronto speculare con il caso Fiom-Fiat (4), analizza *funditus* la capacità rappresentativa del sindacato ricorrente, deducendo da taluni elementi (consistenza numerica degli iscritti, partecipazione alle trattative negoziali, fattiva collaborazione nella composizione dei conflitti) la concreta attitudine dell'associazione sindacale a esprimere gli interessi dei lavoratori dell'azienda ospedaliera.

Per tali motivi l'organo giudicante, richiamando ancora una volta a conclusione del proprio *iter* argomentativo la recente decisione della Consulta, dichiara l'antisindacalità della condotta aziendale e ordina alla Fondazione Poliambulanza di riconoscere all'Anmirs la fruizione delle prerogative di cui al Titolo III, legge n. 300/1970.

2. — *Il punto di partenza: la sentenza Corte cost. n. 231/2013 e il presupposto implicito della maggiore rappresentatività* — Il Tribunale di Brescia dichiara di fondare il proprio ragionamento sulla pronuncia della Corte costituzionale n. 231/2013 dando rilievo al tenore della motivazione oltretutto a una complessiva valutazione della giurisprudenza costituzionale.

A tal fine richiama, a titolo esemplificativo, le sentenze della Corte cost. n. 244/1996, n. 492/1995 e n. 334/1988 dalle quali, senza inferire oltre, desume che «la maggiore rappresentatività costituisce il presupposto implicito delle decisioni assunte dal giudice delle leggi».

In realtà la Corte costituzionale, nelle diverse pronunce succedutesi dal 1974 (5) a oggi, ha elaborato una nozione variabile e cangiante di «maggiore rappre-

(3) Vd. *www.anmirs.com*, per una ricostruzione della vicenda all'origine della pronuncia in esame (trasferimento d'azienda dell'ospedale S. Orsola nella Fondazione Poliambulanza).

(4) *Ex pluribus*, sul tema, M. Persiani, *Ancora sul caso Fiat: eccessiva spericolatezza nel tentativo di soddisfare le aspettative sociali ovvero eccessiva prudenza nella fedeltà alla legge*, in *Giur. it.*, 2012, 6, p. 1374.

(5) Corte cost. 6 marzo 1974, n. 54, in *Foro it.*, 1974, I, p. 963.

sentatività» (6) condizionata dal mutato contesto storico-politico in cui si è trovata a operare.

Da condizione presuntiva *iuris tantum* (7) la maggiore rappresentatività assegnata alle confederazioni nazionali storiche, al fine di evitare una proliferazione illimitata di organismi titolari all'interno delle aziende (8), viene meglio definita dalla Consulta (9) quale «categoria aperta cui può accedere ogni organizzazione sindacale che raggiunga consistenza» e risponda ai requisiti di pluricategorialità e intercategorialità.

In seguito, nella sentenza n. 30/1990, è lo stesso giudice delle leggi a segnalare al legislatore l'esigenza di individuare «nuovi strumenti di verifica dell'effettiva rappresentatività delle associazioni» a causa della «inidoneità del modello disegnato nell'art. 19 a rispecchiare l'effettività della rappresentatività» (10).

L'insofferenza verso quella che è stata definita un'anacronistica rendita di posizione (11) delle tre confederazioni nazionali, unitamente all'affermarsi di un diffuso pluralismo sindacale, agevola quel processo di deterioramento del criterio della maggiore rappresentatività ai fini endoaziendali che troverà il proprio epilogo nel 1995, con l'accoglimento del criterio referendario minimalista.

La nozione di maggiore rappresentatività, già fortemente ridimensionata dall'Accordo interconfederale del 1993, perde ogni rilievo, al fine della costituzione delle Rsa (12), con la riformulazione dell'art. 19 della legge n. 300/70 a seguito del responso referendario del 1995: viene abrogata la lett. *a* della norma statutaria e il residuale criterio *sub b* – epurato dalle espressioni *nazionali* e *provinciali* – estende la costituzione delle Rsa nei luoghi di lavoro alle associazioni firmatarie di un qualunque contratto collettivo applicato nell'unità produttiva.

Nonostante ciò, la rilevanza del grado di rappresentatività conserva il suo valore nelle parole della pronuncia della Corte costituzionale n. 492/1995 che la tiene in vita in forza dell'altro indice residuo (13).

Il principio della sottoscrizione di un contratto almeno aziendale non è tuttavia di per sé in grado di testare al meglio la rappresentatività effettiva delle organizzazioni firmatarie (14), poiché, da un lato, rischia di ammettere alle agibilità

(6) Cfr. V. Bavaro, *La razionalità pratica dell'art. 19 Stat. lav. e la democrazia industriale*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*, II, 2013, n. 184, p. 10.

(7) Così. U. Romagnoli, *Un verdetto della consulta sulla legalità costituzionale*, in *www.dirittocivilecittadinanza.org*, editoriali, 2014, 6.

(8) Vd. M. Rusciano, *op. ult. cit.*, p. 523, secondo cui «la vera rappresentatività è data dalla confederalità delle associazioni sindacali».

(9) Vd. Corte cost. 24 marzo 1988, n. 334, in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 1414, con nota di M. Dell'Olio.

(10) Vd. Corte cost. 26 gennaio 1990, n. 30, in *Foro it.*, 1992, I, p. 30.

(11) Ancora, U. Romagnoli, *op. ult. cit.*, par. 3.

(12) Cfr., sul tema, la lucida analisi di M. D'Antona, *Contrattazione, rappresentatività e conflitto*, Roma, 2000, pp. 66 ss.

(13) Vd. Corte cost. 4 dicembre 1995, n. 492, in *Foro it.*, 1996, I, p. 5, con nota di P. Bellocchi.

(14) Vd. A. Raffi, *L'interpretazione dell'art. 19 Stat. lav. e il diritto di cittadinanza della Fiom-*

sindacali associazioni firmatarie aderenti in modo passivo a un accordo altrui e, dall'altro, di escludere organizzazioni rappresentative ma non firmatarie di contratti collettivi (15).

Per scongiurare tale pericolo interviene ancora una volta la Consulta, che con sentenza n. 244/1996 (16) afferma che il grado di misurazione della forza di una O.S. (e di riflesso della sua capacità rappresentativa) deriva dalla stipula di un contratto normativo ottenuta non in virtù di una gentile concessione datoriale bensì grazie alla «capacità del sindacato di imporsi al datore di lavoro direttamente o attraverso la sua associazione, come controparte contrattuale». Nella stessa sentenza la Corte costituzionale scredita del tutto la nozione di «maggiore rappresentatività» quale fonte di rappresentatività presunta a fini endoaziendali ma la conserva a fini extraaziendali in ragione della sua recezione in diversi provvedimenti legislativi.

Nella recente pronuncia del giudice delle leggi n. 231/2013 (17), il richiamo a una maggiore rappresentatività (o quanto meno significativa) non compare nel dispositivo, mentre è presente all'interno della motivazione in chiaro riferimento alla qualificazione del soggetto sindacale Fiom (18).

Tale discrasia ha sollevato dubbi interpretativi in dottrina (19) inerenti alla imprescindibilità di siffatta caratterizzazione in capo a una O.S. ai fini della costituzione di Rsa.

Non v'è dubbio che l'effetto del giudicato costituzionale copra solo il dispositivo delle sentenze di accoglimento della Corte e non la relativa motivazione (20), ma ciò non esclude che possano essere considerate facenti parte del *decisum* «tutte le argomentazioni volte a individuare e delimitare le disposizioni o le norme dichiarate incostituzionali»: per tale via anche le argomentazioni dirette a definire il

Cgil, in q. *Riv.*, 2012, n. 3, II, pp. 431 ss., sul significato profondo dell'art. 19 dopo il referendum del 1995.

(15) Vd. G. Ghezzi, *Forme di rappresentanza degli interessi organizzati e relazioni industriali in azienda: le ragioni per un intervento legislativo*, in *Dir. rel. ind.*, 1996, p. 37; M.G. Garofalo, *Rappresentanze aziendali e referendum*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1995, p. 659.

(16) Corte cost. 27 giugno 1996, n. 244, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 447, che però non affronta il secondo punto critico.

(17) Sul tema, tra i molti, cfr. R. Romei, *L'art. 19 Stat. lav. è incostituzionale, ma nessuno lo sapeva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, pp. 979 ss.

(18) Corte cost. n. 231/13, punto 7: «nel momento in cui viene meno alla sua funzione di selezione dei soggetti in ragione della loro rappresentatività, e, per una sorta di eterogeneità dei fini, si trasforma invece in un meccanismo di esclusione di un soggetto maggiormente rappresentativo a livello aziendale o comunque significativamente rappresentativo [...] il criterio della sottoscrizione dell'accordo applicato in azienda viene inevitabilmente in collisione con i precetti di cui agli artt. 2, 3 e 39 Cost.».

(19) Vd., fra gli altri, D. Mezzacapo, *La dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 19 Stat. lav. alla luce dei nuovi dati di sistema e di contesto*, in Aa.Vv., *La Rsa dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231*, *Adapt Labour Studies e-book*, 2013, 13, pp. 49 ss.

(20) In tal senso, cfr. M. De Luca, *Rappresentatività sindacale nel Protocollo d'intesa e nella giurisprudenza costituzionale più recenti: dall'ordinamento intersindacale alla rilevanza per l'ordinamento giuridico dello Stato*, in *Foro it.*, 2013, I, p. 3368.

significato di «partecipazione alla negoziazione» potrebbero considerarsi quindi coperte dal giudicato costituzionale.

Seguendo tale ragionamento si comprendono le conclusioni cui è pervenuta attenta dottrina che, principiando dalla motivazione della sentenza della Corte n. 231/2013, ha sottolineato la rilevanza della partecipazione negoziale non di un sindacato qualsiasi bensì «di un sindacato rappresentativo» (21) quale necessaria premessa per l'ammissione all'esercizio dei diritti sindacali *ex* Titolo III.

In altre parole, il carattere «maggiormente o significativamente rappresentativo» di un sindacato diviene il presupposto per essere ammessi al tavolo delle trattative (22) e dunque, quando seguito da una effettiva partecipazione, il grimaldello per accedere alla costituzione di Rsa con la relativa dote di diritti sindacali ulteriori (23).

In realtà la *Grundnorm* dell'ordinamento sindacale, secondo un autorevole insegnamento (24), è quella del «reciproco riconoscimento, come agenti negoziali delle organizzazioni rappresentative dei contrapposti interessi», cioè la capacità delle medesime organizzazioni di imporsi al tavolo negoziale equivale alla misura della loro forza rappresentativa.

Ciononostante, appare plausibile alla menzionata dottrina (25) sostituire il principio del mutuo riconoscimento con i criteri emergenti dalle nuove regole interconfederali, stante il profilarsi dalla pronuncia della Consulta n. 231/13 di un «diritto a trattare del sindacato rappresentativo» (26) già *in nuce* nel Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013 (di seguito: P.I. 2013) (27) e ora confermato dal Testo Unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014 (di seguito: T.U. 2014) (28) che,

(21) Vd. G. Santoro Passarelli, *La partecipazione alle trattative nuovo criterio selettivo del sindacato per costituire le Rsa e l'applicazione dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *Foro it.*, 2013, I, 3372; *contra*, B. Caruso, *La Corte costituzionale tra don Abbondio e il passero solitario: il sistema di rappresentanza sindacale dopo la sentenza n. 231/13*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, pp. 900 ss.

(22) Nello stesso senso, A. Garilli, *Reciproco riconoscimento e rappresentatività sindacale*, in *Aa.Vv.*, *Legge o contrattazione?*, *Adapt Labour Studies e-book*, 2013, 20, p. 121.

(23) In senso analogo, ma problematico, V. Bavaro, *La razionalità pratica dell'art. 19 Stat. lav. e la democrazia industriale*, in *W.P. Cisl e «Massimo D'Antona»*.IT, 2013, n. 184, pp. 14-15.

(24) Così, G. Giugni, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano, 1960, p. 125; M.G. Garofalo, *Crisi del sistema di relazioni industriali e legittimazione della rappresentanza*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, Jovene, Napoli, 2010, p. 40.

(25) Cfr. ancora G. Santoro Passarelli, *La partecipazione alle trattative nuovo criterio selettivo del sindacato per costituire le Rsa e l'applicazione dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *Foro it.*, 2013, I, 3372; v. anche M.G. Garofalo, *op. ult. cit.*, secondo cui «una *Grundnorm* può essere sostituita da un'altra, ma segnando una discontinuità, non una dinamica nella continuità».

(26) *Contra*, P. Lambertucci, *La sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013: brevi riflessioni*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II; R. Del Punta, *L'art. 19 Statuto dei lavoratori davanti alla Consulta: una pronuncia condivisibile ma interlocutoria*, in *Lav. dir.*, 2013, 4, p. 537.

(27) Sul tema, in dottrina, F. Liso, *Brevi note sul Protocollo Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del maggio 2013*, in *q. Riv.*, 2013, n. 4, I, p. 837.

(28) Per una chiara analisi sul T.U. 2014, si rinvia a L. Valente, *Rappresentanza sindacale: l'accordo tra le parti sociali*, in *Dir. prat. lav.*, 2014, 8, pp. 454 ss.

nella prima parte, disciplina la misura e la certificazione della rappresentanza ai fini della contrattazione nazionale di categoria.

Di converso, altri commentatori (29) reputano che l'interprete chiamato ad applicare l'*addenda* costituzionale non debba ricercare all'interno della motivazione ulteriori elementi cognitivi in presenza di un dispositivo chiaro e intellegibile.

Pertanto, l'annullamento o la modifica della norma costituzionale avverrà solo nei limiti e nei modi stabiliti dal dispositivo (in quanto unica parte resa pubblica dalla sentenza), *a fortiori* quando non compaiano in esso formule atte a richiamare le argomentazioni prospettate nella motivazione (ad esempio: «nei sensi» o «nei limiti di cui in motivazione»): testimonianza della volontà legislativa di «isolare nel dispositivo la modifica del precetto contenuto nell'art. 19» (30).

Pur non volendo privare di qualsiasi rilevanza il percorso argomentativo seguito dal giudice delle leggi, atto per lo più a fornire un supporto valido laddove risulti dubbio od oscuro il significato di una norma di legge, sembra che il Tribunale di Brescia, nel decidere il caso *de quo*, abbia adottato una formula ulteriormente correttiva rispetto a quella descritta dalla Corte nella sentenza n. 231/2013.

Non va sottaciuto inoltre che dalla natura «di accoglimento» della pronuncia costituzionale discende un'efficacia imperativa *erga omnes* che vincola l'interprete a una lettura strettamente conforme al principio di diritto enunciato (31) dalla Corte costituzionale.

E anche laddove si voglia intraprendere la strada segnata dal giudice di merito e quindi verificare previamente il grado di rappresentatività di un sindacato ai fini del riconoscimento della tutela sindacale privilegiata (32), sorge più d'una perplessità in merito alla bontà delle opzioni metodologiche utilizzate, che presuppongono un'identità della fattispecie *de qua* con il caso Fiom-Fiat (33).

Ciò perché, mentre nell'eccezione sottoposta al suo vaglio nel 2013 la Consulta ha gioco facile nell'affermare che, nel paradosso della vicenda Fiat, la Fiom può vantare «una rappresentatività che esiste, invece, nei fatti e nel consenso dei lavoratori addetti all'unità produttiva», nella controversia sottoposta al giudice lombardo, la verifica di una effettiva rappresentatività del sindacato autonomo estraneo all'ambito confederale deve essere dimostrata *per tabulas* o *per facta concludentia*,

(29) Vd., in tal senso, A. Maresca, *Prime osservazioni sul nuovo art. 19 Statuto dei lavoratori: connessioni e sconnesioni sistemiche*, in Aa.Vv., *La Rsa dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231*, *Adapt Labour Studies e-book*, 2013, 13, pp. 1 ss.

(30) Così A. Maresca, *ivi*, pp. 5-6.

(31) Vd., *ex multis*, E. Ghera, *L'articolo 19 dello Statuto, una norma da cambiare?*, cit., p. 193.

(32) In dottrina, cfr. R. Del Punta, *L'art. 19 Statuto dei lavoratori davanti alla Consulta*, in *Law. dir.*, 2013, 4, p. 534, che considera il diritto di rappresentanza un *prius* rispetto al diritto di contrattazione collettiva.

(33) Per una ricostruzione della vicenda Fiom-Fiat, si rinvia alla premessa in fatto della sentenza della Corte costituzionale n. 231/13; in dottrina, *ex multis*, F. Liso, *La Fiom e la rappresentanza in azienda*, in *W.P. Csdlle «Massimo D'Antona»*.IT, 2013, n. 166; B. Caruso, *Il caso Fiat davanti alla Corte costituzionale. Osservazioni sull'art. 19 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, pp. 1020 ss.

poiché l'Anmirs, a differenza della Fiom, non è un sindacato maggiormente rappresentativo (34) «per fatto notorio e di comune esperienza» (35).

Indubbiamente lo scenario che fa da sfondo alla vicenda in esame è lo stesso «mutato scenario delle relazioni sindacali e delle strategie imprenditoriali» (36) che ha indotto la Corte a rivedere appieno la legittimità costituzionale della norma statutaria, ma il diverso calibro delle due Oo.Ss. rende più gravoso l'*onus probandi* a carico al sindacato autonomo.

Nell'accogliere la pretesa di parte ricorrente il Tribunale di Brescia utilizza un doppio criterio: sia quello di nuovo conio risultante dalla formulazione implementata dell'art. 19 Stat. lav. (partecipazione alla negoziazione di un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva), sia il parametro fondato sui vetusti indici dottrinario-giurisprudenziali (37) rivelatori della maggiore rappresentatività confederale (38) (tra i quali annovera anche la stessa partecipazione alle trattative), quasi a voler dimostrare *ad abundantiam* la significativa idoneità del sindacato ricorrente a tutelare l'interesse collettivo professionale.

Il presupposto della maggiore rappresentatività, a detta del Tribunale, è implicito poiché solo in tal modo è possibile scongiurare il pericolo del potere di accreditamento datoriale nei confronti di sindacati interni all'azienda; «diversamente il datore di lavoro sarebbe disincentivato a trattare con i piccoli sindacati...». In sintesi, sembra che il giudice, avvalendosi di un ambiguo *argumentum a contrario*, voglia impedire a un datore di lavoro di astenersi dal convocare al tavolo negoziale sindacati di incerta rappresentatività, al solo fine di non riconoscergli in seguito le prerogative di cui al Titolo III.

In realtà, fermo restando il principio di libertà contrattuale, il rifiuto datoriale di avviare le trattative non è stato ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità (39) comportamento antisindacale, salvi i casi in cui l'obbligo a negoziare sia già previsto da clausole contrattuali o da disposizioni di legge o la mancata ammissione al tavolo delle trattative si traduca in condotte oggettivamente discriminatorie.

Né la sentenza della Corte del 2013 acclara – quando legittima il ricorso alla tutela dell'art. 28 Stat. lav. per un sindacato di «acquisita rappresentatività» – la sussistenza di obbligo a trattare in capo al datore «nell'ipotesi di un eventuale, non giustificato, suo negato accesso al tavolo delle trattative», dovendosi interpretare il

(34) Cfr. F. Carinci, *Il grande assente: l'art. 19 dello Statuto*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, pp. 333 ss.; F. Liso, *Appunti su alcuni profili giuridici delle recenti vicende Fiat*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 337.

(35) Così Trib. Brescia 4 febbraio 2014, in commento.

(36) Vd. Corte cost. n. 231/2013, punto 6.5.

(37) Cfr., tra le altre, Cass. 28 ottobre 1981, n. 5664, in *Giur. cost.*, 1982, I, p. 46; in dottrina, vd. A. Bollani, *L'art. 19 dello Statuto dei lavoratori alla prova del caso Fiat: può la Corte costituzionale sostituirsi al legislatore?*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 3, p. 832.

(38) Vd. R. Pessi, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale, tra contrattazione collettiva e giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 4, p. 955, che propone di ripristinare il vecchio art. 19 nella formula preriferendaria, rivisitata alla luce del mutato contesto politico e legislativo.

(39) Vd. Cass. 9 gennaio 2008, n. 212, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, 1, p. 97.

ricorso allo strumento processuale quale modalità atta a «reprimere un suo eventuale comportamento illecito» (40).

3. — *I criteri rivelatori* — Nella sua indagine ermeneutica il giudice di Brescia provvede autonomamente a specificare gli indici rivelatori della maggiore rappresentatività, utili secondo il suo *iter* logico a qualificare un'organizzazione sindacale ai fini delle prerogative del Titolo III dello Statuto.

Il giudice di prime cure, in assenza di indicazioni da parte della Corte (che si limita ad asserire la indiscussa rappresentatività della Fiom), individua in primo luogo il criterio quantitativo pur precisando l'insufficienza di tale parametro se sganciato da altri elementi rivelatori.

Secondo il giudice, gli ulteriori elementi richiesti dalla giurisprudenza (di merito, di legittimità e costituzionale) (41) vanno individuati «nella presenza del conflitto e nell'attitudine del sindacato a esprimere gli interessi dei lavoratori imponendosi alla controparte datoriale e alle pubbliche istituzioni anche con lo strumento della mobilitazione della base».

A supporto di tale asserzione il Tribunale di Brescia richiama le sentenze della Corte costituzionale n. 334/1988 e n. 425/1995, benché dette pronunce afferiscano l'una alla versione originaria dell'art. 19, e l'altra alla formulazione epurata della norma (dopo il referendum del 1995).

Il Tribunale, quindi, dopo aver individuato gli indici rivelatori idonei a quantificare il grado di rappresentatività di una O.S., effettua un riscontro con il caso concreto e accerta *in primis* come l'Anmirs, pur non essendo il sindacato maggioritario all'interno dell'azienda, vanti un numero considerevole di deleghe (il 21% di iscritti contro il 36,55% di un'altra O.S. e il 48% di medici non sindacalizzati).

Sembra però contraddittorio l'*iter* argomentativo seguito dal giudice, il quale pone dapprima la «maggiore rappresentatività» quale vessillo discreto ai fini delle agibilità sindacali privilegiate in favore di una O.S. e, poi, si accontenta di una «percentuale di non trascurabile entità» al livello di consistenza numerica degli iscritti per giustificare i benefici statuari.

Continuando nei propri Considerando il giudice giunge dunque a verificare se il criterio della partecipazione negoziale quale risultante dal dispositivo della sentenza n. 231/2013 sia stato soddisfatto nel caso di specie.

Nell'analisi della documentazione prodotta dal ricorrente il Tribunale rileva una partecipazione continua e costante alle trattative antecedenti la stipula del contratto aziendale non conclusasi con la firma dello stesso a cagione dello stravolgimento del testo in sede di stesura definitiva (42).

(40) Così, A. Maresca, *op. ult. cit.*, p. 21.

(41) Il giudice effettua sul punto un rinvio generico senza richiamare alcuna pronuncia afferente alla giurisprudenza di merito e di legittimità.

(42) Il riferimento è alla procedura posta in essere *ex art.* 47, legge n. 428/90, nel cui ambito era stato pattuito dalle parti sociali il mantenimento (non rispettato in sede di stipula del contratto aziendale) del Ccnl Anmirs ai medici provenienti dal nosocomio S. Orsola.

Inoltre, per quel che concerne la presenza nel conflitto e la capacità dell'associazione di imporsi alla controparte come interlocutore negoziale, il giudice non ha dubbi: anche l'applicazione di tali criteri disvela un'azione «sindacale effettiva e fattiva» del sindacato *de quo* che ha costantemente trattato per la definizione delle condizioni economiche e normative del personale medico.

Il raffronto fattuale del giudice prosegue volgendo l'attenzione alla peculiarità del sindacato ricorrente. Quest'ultimo rappresenta «i medici che prestano la propria attività presso istituti religiosi ospedalieri»: argomento ulteriore – a detta del Tribunale – per sostenere l'attitudine di questo sindacato e non di altri (non religiosamente orientati) a esprimere meglio gli interessi dei lavoratori nei confronti di un soggetto (divenuto) laico.

La contraddittorietà di tale assunto si rinviene proprio nella sentenza n. 492/1995, più volte richiamata dal Tribunale a proprio conforto, in cui la Corte costituzionale afferma la necessità di garantire una legislazione di sostegno solo a quelle Oo.Ss. portatrici di interessi più ampi di quelli di un ristretto ambito di lavoratori (43), quale invece appare, per sua stessa definizione, quello dei medici che prestano la propria attività presso istituti religiosi ospedalieri.

Suscita anche qualche perplessità l'*excusatio non petita* del Tribunale, che giustifica l'inidoneità dell'Anmirs a dimostrare i requisiti della pluricategorialità e della diffusione organizzativa sul territorio «in ragione della particolare professionalità dei lavoratori nonché del loro orientamento religioso», a conferma di come gli indici rivelatori presi a prestito dalla giurisprudenza e dalla dottrina non vi siano tutti e, comunque, laddove presenti, non risultino più così calzanti e attuali.

Da ultimo, il giudice pone l'accento sull'ambito di riferimento e, senza indugio, afferma che «sotto il profilo oggettivo» l'ambito aziendale è la sede elettiva ai fini del riconoscimento dell'agognata maggiore rappresentatività.

Di ciò troviamo un riscontro anche nella motivazione della sentenza n. 231/2013 dove la stessa Corte, riferendosi «a un soggetto maggiormente rappresentativo a livello aziendale o comunque significativamente rappresentativo, sposta il perno [del ragionamento] sul piano endoaziendale» (44).

In conclusione, secondo il Tribunale, l'Anmirs, come la Fiom, ha partecipato, in forza della sua asserita rappresentatività, alle trattative e ha dimostrato il livello della sua attitudine a esprimere l'interesse dei lavoratori proprio sottraendosi, in difesa dei diritti di questi ultimi, alla sottoscrizione di un contratto collettivo di cui non condivideva più i contenuti distorti dalle sopravvenute modifiche. L'Anmirs però non è paragonabile alla Fiom (45), e se il diverso peso delle due associazioni

(43) Vd. M. Ricci, *La rappresentanza sindacale dopo la sentenza n. 231/2013 della Corte costituzionale: tanto tuonò che piove*, in Aa.Vv., *Legge o contrattazione?*, *Adapt Labour Studies e-book*, 2013, 20, p. 152.

(44) Così si esprime R. Romei, *L'art. 19 Stat. lav. è incostituzionale, ma nessuno lo sapeva*, cit., p. 987.

(45) Vd. P. Bellocchi, *Rappresentanza e diritti sindacali in azienda*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, 4, p. 582, che distingue la posizione di chi «ha difficoltà a conquistare sul campo un pieno riconoscimento negoziale e [di] chi, come la Fiom, per storia, prestigio, tradizione e nume-

sindacali, si traduce per il giudice *de quo* in una ineludibile necessità di dimostrarne l'equivalenza rappresentativa, la stessa difficoltà potrebbe – in casi analoghi – condurre a conclusioni di segno opposto.

4. — *La partecipazione alla negoziazione* — Considerato il nutrito dibattito dottrinale generato dal *decisum* della Corte cost. n. 231/2013 che dà rilievo esclusivo alla partecipazione negoziale, giova soffermarsi brevemente sul significato pregnante da attribuire alla formula «partecipazione alla negoziazione», per confrontare i contributi dei principali Autori e analizzare al tempo stesso la valutazione effettuata dal giudice di merito nel caso che ci occupa.

La Corte richiede che venga riconosciuta la Rsa nell'ambito di associazioni sindacali che «abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti (applicati nell'unità produttiva) quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda» senza fornire ulteriori indicazioni sull'accezione da attribuire a tale formula.

Per tentare di interpretare correttamente la disposizione costituzionale, parte della dottrina (46) ha effettuato un rinvio alla procedura di negoziazione analiticamente prevista nel recente T.U. 2014; testo che tuttavia sconta la limitatezza di un accordo privato la cui efficacia non si stende *ultra partes*.

Analogamente è di scarso ausilio il ricorso ai principi civilistici (47) che disciplinano le trattative e la responsabilità precontrattuale (art. 1337 cod. civ.) stante la diversa natura della negoziazione in ambito sindacale.

Sul significato da attribuire alla generica espressione – che potrebbe peraltro presumersi di natura più ampia rispetto al concetto di «trattativa» – i commentatori si sono divisi: a fronte di chi (48) ha escluso che la presentazione di qualsivoglia piattaforma rivendicativa possa considerarsi «negoziante» ritenendo necessaria una fase più avanzata del negozio, vi è stato chi (49) l'ha reputata sufficiente o, ancora, chi (50) ha negato la validità di entrambe le prospettive.

Ulteriori problemi sorgono se il negoziato procede per tavoli separati anche se l'attività del «secondo tavolo» è stata ricondotta a una «formalità finalizzata ad ac-

ro di iscritti è protagonista essenziale e strategica delle relazioni sindacali in qualsiasi impresa italiana del settore».

(46) Tra gli altri, v. L. Zoppoli, *Art. 19 dello Statuto dei lavoratori, democrazia sindacale e realismo della Consulta nella sentenza n. 231/2013*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*, IT, 2014, n. 201, pp. 18 ss.

(47) L. Lama, *Sul concetto di negoziato rilevante ai sensi del «nuovo» art. 19 Stat. lav.*, in *Aa.Vv., La Rsa dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231, Adapt Labour Studies e-book*, 2013, 13, p. 121.

(48) Vd. anche sul precedente interrogativo A. Maresca, *Prime osservazioni sul nuovo art. 19 Statuto dei lavoratori: connessioni e sconessioni sistemiche*, in *Aa.Vv., La Rsa dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231, Adapt Labour Studies e-book*, 2013, 13, pp. 14 ss.

(49) In questo senso, seppure in maniera problematica, M. De Luca, *Rappresentatività sindacale nel Protocollo d'intesa e nella giurisprudenza costituzionale più recenti: dall'ordinamento intersindacale alla rilevanza per l'ordinamento giuridico dello Stato*, in *Foro it.*, 2013, I, p. 3368.

(50) Vd. P. Ichino, *Rappresentanze sindacali aziendali: la Consulta non risolve il problema*, in *www.pietroichino.it*.

quisire l'adesione al contratto di altri sindacati» più che a un momento effettivo della trattativa (51).

Quel che è certo è che le problematiche connesse al nuovo criterio selettivo debbono ora arretrare al momento antecedente alla sottoscrizione del contratto poiché è proprio nella fase negoziale di ammissione (52) che potrebbero verificarsi fenomeni di accreditamento datoriale.

In linea con la sua precedente giurisprudenza (53), che escludeva la mera adesione a un contratto collettivo quale circostanza sufficiente a soddisfare il criterio sostanziale dell'art. 19, la Consulta con il termine «partecipazione alla negoziazione» non sembra voler intendere la mera convocazione datoriale (54) al tavolo delle trattative, dato che ciò comporterebbe un riconoscimento delle Rsa a tutte le Oo.Ss. sedute al tavolo negoziale (55).

Allo stesso modo, nella novella costituzionale del 2013, la partecipazione negoziale – come nella sentenza della stessa Corte n. 244/1996 – deve essere riferita a un contratto collettivo «normativo» poi effettivamente sottoscritto (anche da altre sigle) e applicato nell'unità produttiva (56).

Ritornando al decreto in commento, si rileva come il giudice di merito sottolinei il valore documentale degli strumenti probatori posti a supporto della fattiva partecipazione alla negoziazione del sindacato ricorrente sebbene residui il dubbio che, in assenza di un esame *per tabulas*, detta partecipazione stenti a essere agilmente provata.

In ogni caso – a detta del giudicante – il sindacato ricorrente ha trattato e composto con l'azienda «l'armonizzazione della disciplina del rapporto di lavoro dei medici iscritti a tale sindacato», soddisfacendo per tale verso il requisito della partecipazione della O.S. a un contratto normativo inerente il rapporto di lavoro dei dipendenti e non a un qualsivoglia contratto.

Alla luce di tali elementi il giudice lombardo vede soddisfatto il requisito della partecipazione alla negoziazione che, così come minutamente descritto, non lascia adito a dubbi sulla capacità di imporsi dell'Anmirs quale controparte negoziale e sul suo conseguente diritto a ottenere, dopo la rilettura costituzionale dell'art. 19 Stat. lav., organismi rappresentativi in azienda.

Di certo l'essere riconosciuto come controparte negoziale a prescindere dalla firma di un contratto collettivo sembra l'aspetto più rilevante emerso dalla sentenza costituzionale n. 231/2013 (57), ma il problema principale, derivante dall'e-

(51) Cfr. ancora, A. Maresca, *op. ult. cit.*, p. 14.

(52) Vd. F. Carinci, *Il buio oltre la siepe: Corte cost. 23 luglio 2013, n. 231 in W.P. Csdle «Massimo D'Antonav.IT*, 2013, n. 182, p. 46.

(53) Corte cost. 27 giugno 1996, n. 244, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 447.

(54) In tal senso, U. Romagnoli, *Un verdetto della consulta sulla legalità costituzionale*, in *www.dirittisocialbecittadinanza.org*, editoriali, 2014, 6, il quale sottolinea tuttavia l'assenza nel dispositivo del carattere «fattivo» di detta partecipazione.

(55) Così, V. Bavaro, *La razionalità pratica dell'art. 19 Stat. lav. e la democrazia industriale*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antonav.IT*, 2013, n. 184, p. 15.

(56) Cfr. Corte cost. n. 231/13, punto 8.

(57) Vd., sul punto, M. Ricci, *La rappresentanza sindacale dopo la sentenza n. 231/2013 della*

segesi applicativa della nuova disposizione, risiede nella difficoltà di verifica del *quantum* di effettiva partecipazione negoziale. Tale operazione paventa il rischio indotto dalla nuova formulazione dell'art. 19 Stat. lav., ovvero sia la imprescindibilità di un sindacato giurisdizionale «alla bisogna», in assenza di un adeguato sistema di composizione dei conflitti in ambito di autonomia collettiva (58).

5. — *Il punto di approdo: l'antisindacalità della condotta aziendale e il riconoscimento del diritto alle Rsa* — Esaurita la sequenza di motivazioni probanti, il Tribunale di Brescia accoglie il ricorso *ex art.* 28 Stat. lav. e dichiara l'antisindacalità della condotta tenuta dall'azienda, alla quale ordina di riconoscere all'Anmirs – sindacato trattante (non firmatario) maggiormente rappresentativo nell'unità produttiva – la fruizione delle prerogative di cui al Titolo III, Stat. lav.

Tuttavia, prima di giungere a tale conclusione, il Tribunale adito sottolinea ancora una volta l'essenzialità della sponda da cui era partito e a cui si ormeggia, quasi a voler imprimere al proprio *decisum* un'aura di maggior autorevolezza: la sentenza della Corte cost. n. 231/2013.

A ben vedere, tale ultima sentenza, definita «di razionalità pratica» (59), se sganciata dalla soluzione contingente del caso Fiom-Fiat, presenta dei profili di criticità (60) idonei a dare la stura a un diffuso contenzioso.

Nell'intento di evitare una «forma impropria di sanzione del dissenso» e sanare la «distonia [creatasi] tra l'ordinamento intersindacale e l'ordinamento statutale» (61), la Consulta giunge a costituzionalizzare un dissenso il cui uso distorto potrebbe permettere, a sindacati che abbiano partecipato più o meno attivamente alle trattative negoziali per la stipula di un contratto collettivo, di beneficiare delle prerogative di privilegio del Titolo III, senza peraltro essere vincolati dagli obblighi imposti da quello stesso contratto (che hanno disapprovato) e che legittima le loro rappresentanze aziendali (62).

Resta perciò l'incertezza sulla effettiva sussistenza di un criterio di carattere generale insito nel *dictum* della Consulta valevole «per l'esclusione, della Fiom come di ogni altro sindacato nella medesima situazione, dal diritto di costituire Rsa,

Corte costituzionale: tanto tuonò che piove, in Aa.Vv., *Legge o contrattazione?*, *Adapt Labour Studies e-book*, 2013, 20, pp. 152 ss.

(58) Vd. L. Corazza, *Il nuovo conflitto collettivo*, Franco Angeli, Milano, 2012, pp. 141 ss., che ritiene auspicabile, ai fini della composizione dei conflitti collettivi, un rilancio della composizione conciliativa e arbitrale.

(59) Così, V. Bavaro, *op. ult. cit.*, p. 1.

(60) Critico, fra gli altri, sulla pronuncia della consulta, A. Vallebona, *L'art. 19 Stat. lav.: una sentenza che fa sorridere*, intervento al convegno «Le rappresentanze sindacali in azienda: contrattazione collettiva e giustizia costituzionale», 16 settembre 2013, dipartimento di Scienze giuridiche della «Sapienza» Università di Roma.

(61) Così, E. Ghera, *L'articolo 19 dello Statuto, una norma da cambiare?*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2013, p. 192.

(62) Vd., sul tema, P. Bellocchi, *Rappresentanza e diritti sindacali in azienda*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, 4, pp. 543 ss.

quando tale esclusione sia l'effetto legale della mancata sottoscrizione del contratto collettivo» (63).

Appare invece maggiormente condivisibile l'interpretazione di chi (64) legge nella decisione n. 231/2013 non una sentenza di principio, ma di «definizione nel merito di un caso concreto» difficilmente applicabile nei casi futuri, e invoca – in omaggio alla esigenza di certezza in tema di rappresentanza sindacale – un rinnovato intervento legislativo in materia (65).

Ritornando alla pronuncia in epigrafe, va da ultimo evidenziata l'impossibilità per il giudice di merito di avvalersi di quella serie di regole in materia di rappresentanza (seppure ai fini diversi della negoziazione) contenute nei recenti Accordi interconfederali: l'Anmirs è un sindacato autonomo, non affiliato ad alcuna confederazione e l'istituto ospedaliero si colloca al di fuori del sistema confindustriale.

Vale poi la pena rammentare come nel caso in esame non sia in discussione un negato accesso alle trattative da parte di un datore *versus* un sindacato di cui si voglia misurare la effettiva rappresentatività (o la rappresentanza), ma il carattere antisindacale di una condotta aziendale concretantesi nella interruzione del godimento delle prerogative sindacali da parte di un'associazione di categoria a seguito della sua mancata sottoscrizione di un accordo aziendale.

In ultima analisi, dunque, non appare condivisibile il percorso argomentativo seguito dal Tribunale che trascende la *ratio* sottesa al voluto della Corte, avvalendosi di concetti obsoleti per avallare un diritto che, forse, poteva essere riconosciuto con meno artifici ricostruttivi e più aderenza alla nuova disposizione del Part. 19 Stat. lav.

Silvia Magnifico

Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro presso la «Sapienza» Università di Roma

(63) Ancora, E. Ghera, *op. ult. cit.*, p. 192.

(64) B. Caruso, *La Corte costituzionale tra don Abbondio e il passero solitario...*, cit., pp. 900 ss.

(65) Tra i molti, B. Caruso, *Per un intervento eteronomo sulla rappresentanza sindacale: se non ora quando!*, in *W.P. Csalle «Massimo D'Antona»*.IT, 2014, n. 206; U. Gargiulo, *Tensioni e distorsioni nella crisi del modello statutario di rappresentanza sindacale in azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, pp. 171 ss.; *contra*, M. Persiani, intervento al convegno «Regole della rappresentanza sindacale e vincoli costituzionali», 27 marzo 2014, dipartimento di Scienze giuridiche della «Sapienza» Università di Roma.

TRIBUNALE ROMA, 21 gennaio 2014, Sez. lav., ord. – Est. Canè – G.C. (avv. Salvagni) c. Tecnoindex Spa (avv. Giordano).

Lavoro a progetto – Indici subordinazione – Art. 69, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 – Trasformazione – Subordinazione.

Lavoro a progetto – Recesso *ante tempus* – Licenziamento orale – Inefficacia – reintegrazione – Risarcimento danno.

Risoluzione consensuale – Assenza mutuo consenso – Comportamento concludente – Nuovo rapporto di lavoro.

Il rapporto di lavoro a progetto, costituito da una serie di contratti e proroghe, si trasforma, ai sensi dell'art. 69, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003, in rapporto di lavoro subordinato, qualora si sia svolto in concreto secondo le modalità tipiche della subordinazione. (1)

Il recesso ante tempus da un contratto a progetto, intimato verbalmente dai responsabili aziendali, si sostanzia in un licenziamento orale da dichiararsi inefficace ai sensi dell'art. 18, comma 1, Stat. lav., con condanna alla reintegrazione del lavoratore e al risarcimento del danno commisurato all'ultima retribuzione di fatto per il periodo dal licenziamento alla reintegra. (2)

Nel caso in cui la società qualifichi la risoluzione del rapporto di lavoro in termini di mutuo consenso, è posto a suo carico l'onere di dimostrarne la sussistenza, non rilevando in tal senso, quale comportamento concludente, l'instaurazione da parte del lavoratore di un altro rapporto con un'altra società. (3)

(*) Il testo dell'ordinanza è pubblicato in www.ediesseonline.it/riviste/rgl

(1-3) L'ILLEGITTIMITÀ DEL RAPPORTO A PROGETTO E L'INEFFICACIA DEL RECESSO ANTE TEMPUS

1. — Con ricorso *ex art.* 1, comma 48, legge n. 92/2012, presentato al Tribunale di Roma, un collaboratore a progetto, addetto al monitoraggio di servizi di telefonia, *call center* e siti web, chiede sia accertata l'esistenza di un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato alle dipendenze della società datrice di lavoro.

Il ricorrente lamenta l'illegittimità dei contratti a progetto, stipulati con la società per un periodo di tre anni, stante la mancata specificità dei progetti contenuti nei contratti nonché lo svolgimento del rapporto secondo le modalità proprie del rapporto subordinato.

Il lavoratore chiede, altresì, che venga accertata l'inefficacia del licenziamento verbale intervenuto prima della scadenza dell'ultimo contratto con conseguente reintegrazione nel posto di lavoro.

Il Tribunale di Roma, ritenendo ammissibile il ricorso *ex art. 1, comma 48, legge n. 92/2012*, dichiara la natura subordinata del rapporto di lavoro e la conseguente inefficacia del licenziamento verbale e, per l'effetto, condanna la società alla reintegra del ricorrente e al pagamento del risarcimento del danno pari all'ultima retribuzione di fatto dal licenziamento alla reintegra.

2. — L'applicazione del cd. rito Fornero, richiesta nel caso in esame mediante presentazione di ricorso *ex art. 1, comma 48, legge n. 92/2012*, è prevista per le controversie aventi a oggetto l'impugnativa del licenziamento nelle ipotesi regolate dall'*art. 18, legge n. 300/1970*, anche quando devono esser risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto (Cfr. M. De Simone, *Il «rito Fornero». Questioni procedurali*, in *Lav. giur.*, 2014, I, pp. 18 ss.: per una sintetica analisi delle posizioni assunte dalla dottrina e giurisprudenza in riferimento a talune questioni processuali sollevate dal cd. nuovo rito Fornero).

Nel caso di specie, pertanto, trattandosi di una pluralità di contratti a progetto, il Tribunale accerta, in via preliminare, la sussistenza di un rapporto subordinato tra le parti in causa e, poi, la domanda diretta a impugnare l'inefficacia del licenziamento intimato oralmente dalla società convenuta.

Il giudice dichiara inapplicabile alla vicenda oggetto di giudizio la fattispecie relativa alla cd. presunzione assoluta disciplinata dall'*art. 69, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003* che prevede il riconoscimento dell'automatica conversione del rapporto, ritenendo che i contratti a progetto in essere tra le parti evidenziano un progetto prestabilito o un programma di lavoro (L'ordinanza in commento fa riferimento ancora al concetto di programma poiché si pronuncia su contratti antecedenti alla legge n. 92/2012 con la quale si è abolito dall'*art. 61 del d.lgs. n. 276/03* il riferimento a «programma e fase di esso»).

La verifica della reale natura subordinata del rapporto viene, pertanto, effettuata attraverso l'analisi delle modalità con cui il rapporto si è concretamente svolto (Conf. Trib. Milano 13 dicembre 2012, n. 5161, in *Arg. dir. lav.*, 2013, III, pp. 605 ss.; Trib. Milano 3 novembre 2010, in *Lav. giur.*, 2011, VI, pp. 601 ss.: sulla necessità di accertare, anche in presenza di uno specifico progetto, la corrispondenza del dato formale alla realtà dei fatti).

Il Tribunale di Roma osserva che elemento indispensabile della subordinazione, ai fini dell'inquadramento del rapporto di lavoro nella vicenda in commento, è l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo del datore di lavoro, affermando altresì che gli indici di elaborazione giurisprudenziale ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro subordinato rilevano globalmente come indizi probatori.

In particolare, il giudice distingue tra elementi che possono sostituire il criterio dell'eterodirezione classica (collaborazione, inserimento nella organizzazione aziendale, continuità della prestazione) e quelli, cd. residuali, che possono rafforzare i menzionati indici ma non sostituirli, come, ad esempio: vincolo di orario, forma

della retribuzione, incidenza del rischio (Sulla rilevanza degli indici sussidiari e complementari soprattutto nelle ipotesi in cui il potere direttivo ha carattere attenuato si vd. Cass. 30 marzo 2010, n. 7681, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, I, pp. 477 ss.).

Fatta questa premessa, il Tribunale riconosce che, sulla base delle risultanze istruttorie, il rapporto oggetto di causa non può non definirsi subordinato.

Il *nomen iuris* attribuito dalle parti ai contratti non rileva se non in concorso con altri validi elementi differenziali e, nel caso di specie, l'escussione dei testi ha evidenziato che il ricorrente è stato sottoposto alle direttive di responsabili e supervisori della resistente, i quali hanno provveduto a stabilire persino i turni di lavoro (In generale, per una esemplificazione degli indici della subordinazione più frequenti, con accenni ai limiti della loro significatività: Trib. Siena 24 luglio 2012, inedita, a quanto consta. In particolare, sul rilievo dei turni di lavoro: Cass. 7 marzo 2003, n. 3471, inedita, a quanto consta, conf. Cass. 25 febbraio 2000, n. 2171, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, p. 212; Cass. 4 febbraio 2002, n. 1420, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 26, che così definisce l'individuazione dei turni: «elemento sintomatico di un certo rilievo il rispetto di un preciso e rigido orario di lavoro»).

Secondo il Tribunale capitolino la predeterminazione dell'orario di lavoro, seppur limitata all'individuazione della fascia oraria o della durata massima, nonché la corresponsione di una retribuzione fissa e non commisurata al risultato, riscontrabili nella vicenda oggetto di causa, sono normalmente insussistenti nel lavoro autonomo.

Ancora, il giudice afferma che a favore della natura autonoma del rapporto di lavoro nel caso di specie non potrebbe essere dedotta neppure la mancanza dell'obbligo di comunicare le assenze, né la mancanza del potere disciplinare perché, in ogni caso, parte resistente non ha dedotto né provato la violazione di obblighi contrattuali da parte del ricorrente a cui non abbiano fatto seguito reazioni disciplinari.

Sul punto, a sostegno della propria tesi, il Tribunale richiama la pronuncia della Corte di Cassazione n. 21380 del 2008, in base alla quale «l'assenza dell'obbligo di giustificare le assenze o del potere disciplinare possono assumere valore indiziario solo se verificati in concreto. Ossia quando la parte interessata provi assenze e non esecuzione della prestazione lavorativa concretamente rimaste prive di effetti» (Nello stesso senso, in precedenza: Cass. 9 ottobre 2000, n. 13452, inedita, a quanto consta).

3. — Riconosciuta la natura subordinata del rapporto di lavoro, il giudice affronta la questione più interessante del caso *de quo*, cioè l'applicabilità del cd. rito Fornero e la configurabilità del recesso intimato *ante tempus* dalla società, in termini di licenziamento verbale.

Secondo l'*iter* logico seguito nell'ordinanza in commento, può trovare applicazione la disciplina di cui all'art. 1, commi 47 ss., della legge n. 92/2012 anche nelle fattispecie ove sia necessario qualificare preliminarmente come subordinato un rapporto formalmente disciplinato mediante una pluralità di contratti a progetto, nel caso in cui sia avvenuta la risoluzione del rapporto di lavoro *ante tempus* in forma verbale.

Il Tribunale di Roma, acclarata la natura subordinata del rapporto, accerta il dedotto licenziamento verbale dichiarandone l'inefficacia e applicando le conseguenze previste dai commi 1 e 2 dell'art. 18 Stat. lav., come novellato dalla legge

n. 92/2012 (Tra i tanti, sull'inefficacia del licenziamento orale: M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, 2012, pp. 266 ss.).

La società, pertanto, viene condannata a reintegrare il lavoratore e a pagare l'indennità risarcitoria, detratto l'*alimunde perceptum*, pari alla retribuzione globale di fatto e per il periodo dal licenziamento alla reintegra.

Il giudice, infine, a conclusione d'ordinanza, si pronuncia anche sulla eccezione sollevata dalla società in ordine alla presunta risoluzione del rapporto di lavoro in termini di mutuo consenso a norma dell'art. 1372 cod. civ. anziché mediante licenziamento verbale (Per un'analisi sul tema vd. A. Levi, *Contratto di lavoro e recesso del dipendente*, Torino, 2012, p. 189; M. Viceconte, *La risoluzione per mutuo consenso nel rapporto di lavoro subordinato. In particolare la risoluzione per fatti concludenti e fattispecie giuridiche affini*, in *Lav. prev. oggi*, 2010, vol. III, pp. 231 ss.; M. Del Conte, *L'estinzione del rapporto di lavoro per mutuo consenso*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, III, pp. 735 ss.).

In linea con l'orientamento della giurisprudenza di merito che ha sempre visto con sfavore tale istituto, il Tribunale ritiene insufficienti le circostanze indicate dalla società a sostegno del verificarsi di tale risoluzione del rapporto (Trib. Roma 17 maggio 2007, n. 9498, in *Rep. Mass. giur. lav.*, 2007; Corte d'App. Roma 26 agosto 2008, n. 5310, in *Rep. Mass. giur. lav.*, 2008).

Manca nel caso di specie un qualsivoglia atto scritto che sia esplicita manifestazione della volontà delle parti di risolvere il rapporto; ma soprattutto, il giudice ritiene che l'instaurazione di un altro rapporto con autonoma società non è configurabile quale «comportamento concludente volto a dimostrare la volontà di risolvere il rapporto» (Trib. Rieti 8 febbraio 2007, n. 95, in *Rep. Mass. giur. lav.*, 2007: in particolare sulla ricerca di un nuovo lavoro da parte del prestatore quale elementare necessità di sopperire ai bisogni della vita).

Da ultimo, benché ciò non rilevi nella vicenda in esame riguardante contratti a progetto cessati entro l'anno 2012, occorre ricordare che a oggi, per far valere il mutuo consenso alla risoluzione anticipata del contratto, è necessario dimostrare l'avvenuto rispetto della procedura di convalida obbligatoriamente prevista dalla legge n. 92/2012 all'art. 4, commi 17 ss., ai fini dell'efficacia delle dimissioni e della risoluzione consensuale del rapporto.

Tale disciplina è stata estesa anche alle collaborazioni a progetto per effetto del d.l. n. 76/2013, convertito con legge n. 99/2013.

Per consolidati orientamenti della dottrina e della giurisprudenza (A. Levi, *Contratto di lavoro e recesso del dipendente*, Torino, 2012, p. 192; S. Mainardi, *Dimissioni e risoluzione consensuale*, in Aa.Vv., *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, Torino, 2007, pp. 464-465) la risoluzione consensuale rappresenta un sinonimo di mutuo consenso, sicché la citata disciplina prevista dalla riforma Fornero sulla convalida delle dimissioni e risoluzione consensuale del rapporto deve trovare applicazione anche alle ipotesi di mutuo consenso.

Milena Talarico

*Dottoranda di ricerca in Diritto dell'economia e dell'impresa
presso la «Sapienza» Università di Roma*

TRIBUNALE LATINA, 17 dicembre 2013, Sez. lav. – Est. Marotta – I.T.F. (avv.ti Panici, Salvagni) c. Energy Esain Srl (avv. Lana).

Lavoro a progetto – Call center – Art. 61, comma 1, d.lgs. n. 276/2003 – Trasformazione – Reintegrazione – Risarcimento danno.

L'estrema genericità del progetto determina l'invalidità del contratto di collaborazione ex art. 61, comma 1, d.lgs. n. 276/2003. Il progetto, per soddisfare il requisito della specificità, deve consistere in un'attività identificabile e collegabile a un risultato finale o parziale che deve essere diverso da quello della prestazione del servizio fornito dalla società, non risultando a ciò sufficiente la mera descrizione di un obiettivo. Il contratto a progetto si può utilizzare soltanto per esigenze particolari, specifiche e contingenti dell'impresa. (1)

(*) Il testo della sentenza è pubblicato in www.ediesseonline.it/riviste/rgl

(1) CONTRATTO DI COLLABORAZIONE A PROGETTO NEL SETTORE DEL CALL CENTER OUTBOUND: UN NUOVO TIPO CONTRATTUALE?

1. — Il Tribunale di Latina affronta la questione dei contratti di collaborazione a progetto nel settore del *call center outbound*.

La ricorrente, assunta in qualità di operatrice *call center* mediante un contratto di collaborazione a progetto della durata di otto mesi, lavora per la stessa Srl dapprima mediante un contratto di collaborazione a progetto e, successivamente, con una pluralità di collaborazioni occasionali. La lavoratrice, lamentando la mancanza sia dei requisiti formali e sostanziali del contratto sia di un vero e proprio progetto e/o programma, chiede al giudice di primo grado l'accertamento della natura subordinata del primo rapporto di lavoro intercorso con la società datrice di lavoro, nonché la conseguente reintegrazione nel posto di lavoro con condanna al risarcimento del danno.

La Srl convenuta si costituisce in giudizio e chiede l'integrale rigetto della domanda attorea, allegando la natura autonoma e personale della prestazione lavorativa svolta dalla ricorrente.

Il Tribunale, rilevata «l'estrema genericità» del progetto, l'oggettiva assenza di un risultato programmato nonché la sussistenza di tutti gli indici della subordinazione, dichiara la sussistenza tra le parti di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dall'origine (2 maggio 2007) e condanna la convenuta Srl a reintegrare la lavoratrice nel proprio posto di lavoro e al risarcimento del danno nella misura delle retribuzioni maturate dalla data del licenziamento sino all'effettiva reintegrazione.

2. — Introdotta dal d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, nell'intento di contrastare comportamenti elusivi della disciplina del lavoro subordinato, la regolamentazione del contratto di collaborazione a progetto è caratterizzata da una stratificazione normativa vivace, che nel tempo ne ha irrigidito la disciplina. Legislazione, prassi amministrativa, giurisprudenza e dottrina ne hanno imposto rivisitazioni continue fino ad arrivare alla legge del 28 giugno 2012, n. 92, che modifica la fattispecie e l'apparato sanzionatorio del lavoro a progetto con la finalità di tutelare il lavoro economicamente dipendente reso in regime di autonomia (M. Pallini, *Il lavoro economicamente dipendente*, Cedam, Padova, 2013).

In questo contesto si colloca il contratto di lavoro a progetto nel settore del *call center*, che sin dalle sue prime applicazioni presenta profili assai problematici a causa della modalità operativa della prestazione.

Come è noto, il lavoro nel *call center* non ha una sua autonoma disciplina. Tuttavia la rilevanza sociale di questa modalità di lavoro, che è andata sempre più diffondendosi negli ultimi anni, ha spinto prima la prassi amministrativa e poi il legislatore a definirne i contenuti caratterizzanti. Il primo a occuparsi del lavoro a progetto utilizzato nel *call center* è il ministero del Lavoro e della Previdenza sociale che, in modo del tutto anomalo, nella circolare n. 17/2006 stabilisce che nel lavoro a progetto *outbound* «il compito assegnato al collaboratore è quello di rendersi attivo nel contattare, per un arco di tempo predeterminato, l'utenza di un prodotto o servizio riconducibile a un singolo committente». La modalità *outbound* è ritenuta compatibile con il contratto a progetto nella misura in cui consente al lavoratore di determinare autonomamente il proprio ritmo di lavoro. Il Ministero precisa, inoltre, che per tale modalità di lavoro il progetto è individuato in relazione a «una specifica e singola campagna, la cui durata costituisce necessario termine esterno di riferimento per la durata stessa del contratto di lavoro a progetto».

Al fine di salvaguardare il contenzioso Atesia, uno dei più grandi operatori italiani di *call center* sanzionato nell'agosto 2006 dagli ispettori del lavoro per aver stipulato 3200 contratti di lavoro a progetto fittizi, il legislatore interviene con l'art. 178 della legge finanziaria 2007 al fine di incentivare la conversione dei contratti di collaborazione a progetto in forme di lavoro subordinato. Con la medesima logica, vale a dire per evitare il contenzioso scaturente dai correttivi introdotti nel 2012 dalla novella dell'art. 61, comma 1, il legislatore soltanto con il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni nella legge 7 agosto 2012, n. 134, detta le prime indicazioni normative sul lavoro a progetto nel settore del *call center*, con un intervento circoscritto al solo lavoro svolto dagli operatori *call centers outbound*. La legge n. 134/2012 regola con fonte legale il lavoro a progetto nel settore del *call center*, rivoluzionandone la disciplina su due aspetti: i requisiti necessari per la stipula del contratto e le conseguenze derivanti dalla delocalizzazione delle attività.

L'art. 61, comma 1, ulteriormente novellato dall'art. 24-*bis*, comma 7, della legge n. 134/2012, soltanto dopo un mese dall'ultima modifica dispone ora che «ferma restando la disciplina degli agenti e rappresentanti di commercio, nonché delle attività di vendita diretta di beni e di servizi realizzate attraverso *call center outbound* per le quali il ricorso ai contratti di collaborazione a progetto è consentito

sulla base del corrispettivo definito dalla contrattazione collettiva nazionale di riferimento, i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione, di cui all'art. 409, numero 3, cod. proc. civ., devono essere riconducibili a uno o più progetti specifici determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore».

La nuova formulazione della norma sembra escludere gli operatori *call center outbound* dalla disciplina di cui al Titolo VII, Capitolo I, del d.lgs. n. 276/2003 al pari degli agenti e dei rappresentanti di commercio. L'esclusione aggiunta in apertura dell'art. 61, comma 1, desta non poche perplessità. Il legislatore utilizza la congiunzione «nonché» nell'intento di equiparare alla disciplina degli agenti e dei rappresentanti di commercio la disciplina delle attività di vendita diretta di beni e di servizi realizzate attraverso *call center outbound*. Ne dovrebbe seguire che anche per il settore del *call center outbound* si applica la disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative sancita dall'art. 409, n. 3, cod. proc. civ.

La difficoltà che si incontra nel leggere la norma in questione deriva dalla costruzione semantica di questa prima parte dell'art. 61, comma 1, in quanto nel periodo successivo il legislatore specifica che il ricorso ai contratti di collaborazione a progetto per le attività di vendita diretta di beni e di servizi realizzate attraverso *call center outbound* è consentito sulla base del corrispettivo definito dalla contrattazione collettiva nazionale di riferimento. Il legislatore riconduce alla disciplina generale delle collaborazioni coordinate e continuative il lavoro del *call center outbound*, e per questo detta una disciplina specifica. Sotto forma di inciso all'art. 61, comma 1, il legislatore introduce una deroga al principio sancito dall'art. 63 del d.lgs. n. 276/2003 per cui i compensi dei collaboratori a progetto, quand'anche determinati dalla specifica contrattazione collettiva per essi valida, non possono comunque essere inferiori ai livelli retributivi previsti dai contratti collettivi per i lavoratori subordinati di professionalità equiparabile [V. Pinto, *La nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, Cacucci, Bari, 2013, p. 200].

Ma non basta. Consapevole della portata innovativa della deroga, il ministero del Lavoro e delle Politiche sociali con la circolare n. 14/2013 azzarda un'interpretazione dell'art. 61, comma 1, avulsa dalla stessa formulazione letterale della norma, attribuendo alla contrattazione collettiva funzione «autorizzatoria» del ricorso al lavoro a progetto per questo settore, a prescindere dalla predisposizione di un progetto specifico. Il Ministero, in buona sostanza, introduce una nuova deroga allorquando stabilisce in via amministrativa che al lavoro a progetto nel *call center outbound* si applica l'intera disciplina del tipo contrattuale del lavoro a progetto, dimenticando che è proprio la legge n. 134/2012 ad autorizzare il lavoro a progetto nel *call center outbound* al di fuori di quella disciplina.

L'impostazione ministeriale delineata non sembra trovare alcun riscontro nel testo normativo e addirittura contrasta con la *ratio* sottesa alla norma. Dalla relazione illustrativa di accompagnamento alla legge n. 134/2012 della Camera dei deputati, emerge chiaramente che la finalità del legislatore è quella di escludere per le attività di vendita diretta di beni e di servizi realizzate attraverso *call center outbound*

«l'applicazione delle disposizioni introdotte dall'art. 1, comma 23, della legge n. 92/2012 concernenti i parametri cui i datori di lavoro devono attenersi per poter stipulare la fattispecie contrattuale del lavoro a progetto». Per il settore del *call center outbound*, il legislatore introduce una fattispecie derogatoria, non all'art. 61, comma 1, ma al Titolo VII, Capitolo I, del d.lgs. n. 276/2003; tanto ciò è vero che, a seguito dell'entrata in vigore della disposizione ora ricordata, viene sottoscritto un contratto collettivo specifico per i collaboratori a progetto dei *call centers outbound*, in data 22 luglio 2013 (AssoCall e Ugl) e in data 1° agosto 2013 (Assotelecomunicazioni-Asstel, Assocontact e Slc-Cgil, Fistel Cisl e Uilcom Uil), il quale non si limita a regolamentare il soli aspetti attinenti al corrispettivo, ma riscrive la disciplina del *call center outbound*.

3. — A conferma di quanto ora detto, vi è la circostanza che la legge n. 134/2012 rinvia al Ccnl la regolazione del contratto di lavoro a progetto da applicare al settore del *call center outbound*.

In deroga a quanto stabilito dagli artt. 63-67 del d.lgs. n. 276/2003, il Ccnl stabilisce che il corrispettivo dell'operatore telefonico *outbound* è rapportato al minimo tabellare del secondo livello di inquadramento del Ccnl Tlc e alle ore di effettiva prestazione; l'adeguamento avverrà però in maniera progressiva, partendo dal sessanta per cento, per poi arrivare al cento per cento il primo gennaio 2018. Per quanto riguarda, invece, la tutela dei collaboratori, il Ccnl prevede, entro il 1° gennaio 2014, la costituzione di un ente bilaterale che dal 1° luglio 2014 eroga prestazioni integrative relative al sostegno del reddito dei collaboratori affetti da gravi patologie, in occasione della maternità, per interventi di formazione. L'Accordo collettivo prevede infine che le aziende, per la stipula di nuovi contratti di collaborazione a progetto a operatori *outbound*, devono tenere conto «prioritariamente» delle richieste avanzate dai collaboratori già assunti con contratto di collaborazione presso la stessa unità produttiva e che abbiano maturato complessivamente per un periodo minimo di quattro mesi. Altra novità concerne il diritto di recesso con preavviso riconosciuto in capo al collaboratore; stessa possibilità non è prevista per le aziende, le quali possono recedere soltanto per giusta causa o per la sussistenza di un'inidoneità professionale del collaboratore.

4. — Il Tribunale di Latina, nell'accogliere il ricorso, afferma che il datore di lavoro può ricorrere all'utilizzo del contratto a progetto soltanto per soddisfare esigenze «particolari, specifiche e contingenti dell'attività d'impresa». La sentenza in commento individua il progetto in «un'attività identificabile e collegabile a un risultato finale o parziale che deve essere diverso da quello della prestazione del servizio fornito dalla società, non risultando a ciò sufficiente la mera descrizione di un obiettivo»; essa è coerente con i successivi sviluppi normativi della disciplina del lavoro a progetto.

Seppur la legge n. 92/2012 sia inapplicabile *ratione temporis* al caso in questione in quanto il contratto di lavoro è stipulato in un momento antecedente al 18 luglio 2012, data di entrata in vigore della legge, l'*iter* logico-argomentativo seguito dal

giudice di primo grado trova sostegno nella formulazione della nuova norma e nella sua *ratio*. La legge n. 92/2012 conferisce centralità al risultato e in tal senso novella l'art. 61, comma 1, recependo in larga parte gli orientamenti prevalenti della giurisprudenza intervenuti sull'interpretazione del testo originario.

Dal testo dell'art. 61, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, attualmente in vigore si evince, ancor più nettamente, che l'elemento caratterizzante del progetto è la finalizzazione della prestazione di lavoro alla realizzazione di uno specifico risultato. La norma riconduce in modo esplicito i rapporti di collaborazione a progetto «a uno o più progetti specifici», i quali devono essere «determinati dal committente» e «gestiti autonomamente dal collaboratore». La novella del 2012 elimina dalla formulazione originaria ogni riferimento al «programma» o alla «fase di programma»; termini che accompagnavano quello di progetto e che avevano generato notevoli problemi interpretativi (Trib. Genova 7 aprile 2006, in N. Di Leo, *Lavoro a progetto*, Milano, 2008, p. 280; Trib. Milano, 3 novembre 2010, in *Law. giur.*, 2011, p. 601).

Il progetto oltre a essere «specifico» deve essere «funzionalmente collegato a un determinato risultato finale» e «non può consistere in una mera riproposizione dell'oggetto sociale del committente».

Il giudice accoglie il ricorso della lavoratrice sulla base della «non adeguata» descrizione del progetto nel contratto, posto che quest'ultimo riporta semplicemente il contenuto delle mansioni attribuite alla lavoratrice; a parere del giudice, «non vi è alcun elemento che consenta di individuare un progetto o una fase di lavoro rispetto a un risultato e, conseguentemente, una correlazione logica evidente fra il progetto e il risultato». Inoltre la specificità di un progetto non può, a parere del giudice di primo grado, consistere nella ordinaria attività della società. Anche la legge n. 92/2012 esclude che il progetto possa comportare lo svolgimento di compiti «meramente esecutivi o ripetitivi». La norma recepisce con tale indicazione quanto affermato nella circolare del ministero del Lavoro e della Previdenza sociale n. 4/2008, secondo la quale «una prestazione elementare, ripetitiva e predeterminata è assai difficilmente compatibile con un'attività di carattere progettuale, suscettibile di una valutazione in termini di risultato tipico della collaborazione coordinata e continuativa nella modalità a progetto». Il d.l. 28 giugno 2013, n. 76, convertito con modificazioni nella legge 9 agosto 2013, n. 99, interviene su questo aspetto sostituendo la congiunzione disgiuntiva «o» con la congiunzione «e». In tal modo i due requisiti – esecutività e ripetitività – devono coesistere e non essere disgiunti. Il legislatore rinvia ai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale la funzione di individuare le attività lavorative esecutive e ripetitive (non consentite per il lavoro a progetto).

Il Tribunale, nel pronunciarsi sul caso in questione, applica l'art. 61, comma 1, nella formulazione vigente al momento della stipula del contratto di lavoro a progetto (2007), orientando, tuttavia, la sua interpretazione alla legge n. 92/2012. Pertanto il giudice ritiene che a norma dell'art. 69, d.lgs. n. 276/2003, il rapporto di lavoro intercorso tra le parti deve ritenersi di tipo subordinato a tempo indeterminato non per la mancanza del progetto, ma «per la totale indeterminatezza»

dello stesso. Anticipando la riforma dell'art. 69, comma 1, il Tribunale ritiene che l'apparato sanzionatorio della norma «non contiene una presunzione semplice di subordinazione, in quanto attua una vera e propria qualificazione del rapporto di lavoro».

La disposizione dell'art. 69, comma 1, va ora integrata con quanto stabilito dall'art. 1, comma 24, legge n. 92/2012, secondo cui «l'art. 69, comma 1, si interpreta nel senso che l'individuazione di uno specifico progetto costituisce elemento essenziale di validità del rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, la cui mancanza determina la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato». Non vi è più dubbio che ora la presunzione della norma è assoluta (A. Perulli, *Il lavoro autonomo e parasubordinato nella riforma Monti*, in *Lav. dir.*, 2012, p. 553).

5. — La sentenza in commento merita di essere apprezzata per lo sforzo interpretativo volto a confermare l'orientamento prevalente della giurisprudenza sul lavoro a progetto recepito dalla legge n. 92/2012. Ciononostante, non si può non rilevare come il legislatore, con la successiva legge n. 134/2012, con un «*blitz* di immediata modifica alla riforma Fornero» (Così M. Pallini, *op. ult. cit.*), afferma che le innovazioni introdotte dalla legge n. 92/2012 non si applicano al settore del *call center outbound*. I fatti analizzati nella pronuncia in commento, se ricondotti temporalmente alla normativa attuale, con molta probabilità avrebbero condotto il giudice *de quo* a una decisione diametralmente opposta. Il settore del *call center outbound* non segue la disciplina tipica del lavoro a progetto, in quanto si configura come fattispecie speciale delle collaborazioni coordinate e continuative.

Maria Antonietta Carbone
Dottore in Giurisprudenza

TRIBUNALE COSENZA, 13 dicembre 2013, Sez. lav. – Est. Ferrentino – M.G. (avv. Cundari) c. C.G. Spa (avv.ti Falcone, Grasselli, Zambelli).

Contratto a termine – Impugnazione – Termine di decadenza – Ambito di applicazione.

Il contratto a tempo determinato deve essere impugnato in via stragiudiziale entro il termine di decadenza di 60 giorni che decorre dalla scadenza del contratto. Tale regola si applica alle azioni di nullità del termine di cui agli artt. 1, 2 e 4, d.lgs. n. 368/2001 e non negli altri casi, sia in quanto il legislatore, menzionando nell'art. 32, comma 3, lett. d, legge n. 183/2010, solo le ipotesi di cui agli artt. 1, 2 e 4, ha inteso escludere l'applicabilità della regola della decadenza nelle altre fattispecie, sia in quanto le norme in materia di decadenza sono di stretta interpretazione. (1)

(*) Il testo della sentenza è pubblicato in www.ediesseonline.it/riviste/rgl

(1) INCERTEZZE INTERPRETATIVE IN TEMA DI DECADENZA PER L'IMPUGNAZIONE DEL CONTRATTO A TERMINE

1. — Nel caso deciso dalla pronuncia in epigrafe, una lavoratrice ha chiesto che venisse accertata la nullità del termine apposto al contratto per insussistenza delle ragioni giustificative di cui all'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001 e delle ragioni oggettive alla base della proroga (Art. 4), nonché per mancanza del documento di valutazione dei rischi (Art. 3, comma 1, lett. d), e ha chiesto che fosse consequenzialmente dichiarata l'instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Il datore di lavoro ha eccepito l'inaammissibilità del ricorso per lo spirare del termine di decadenza di 60 giorni – decorrente dalla scadenza del contratto – entro cui la lavoratrice avrebbe dovuto impugnare in via stragiudiziale il contratto asseritamente illegittimo. Il giudice, dopo aver affermato che la decadenza aveva spiegato i suoi effetti solo rispetto alle domande riconducibili agli artt. 1, 2 e 4, d.lgs. n. 368/2001, ha dichiarato la nullità della clausola appositiva del termine, con conseguente trasformazione del contratto a termine in uno a tempo indeterminato, per mancanza del documento di valutazione dei rischi, in quanto tale fattispecie, disciplinata dall'art. 3, d.lgs. n. 368/2001, non è soggetta ad alcun termine di decadenza, non rientrando nel campo di applicazione dell'art. 32, comma 3, lett. d, legge n. 183/2010.

2. — Nella pronuncia del Tribunale di Cosenza si è posto il problema dell'ambito di applicazione dell'art. 32, comma 3, lett. d, legge n. 183/2010 (nella formulazione antecedente le modifiche apportate dalla legge n. 92/2012), con il quale il legislatore aveva esteso i termini di decadenza per l'impugnazione del licenziamento anche «all'azione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro, ai sensi degli articoli 1, 2 e 4, d.lgs. n. 368/2001».

Questa norma si era resa necessaria in quanto, prima del 2010, l'azione volta ad accertare la nullità del termine apposto al contratto di lavoro non era soggetta a limiti di tempo. Di conseguenza, poiché, una volta accertata la nullità della clausola appositiva del termine, avrebbe avuto diritto a una somma commisurata a tutte le retribuzioni perse dalla messa in mora del datore di lavoro alla sentenza che dichiarava la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato (Cass. 11 aprile 2013, n. 8851, in *Diritto e giustizia*, 2013, n. 4), il lavoratore aveva interesse ad attendere un significativo intervallo di tempo fra la scadenza del contratto e la proposizione dell'azione in giudizio (Cfr. A. Vallebona, *Una buona svolta del diritto del lavoro: il «Collegato» 2010*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, n. 4, pp. 210 ss.; cfr. anche Trib. Napoli 9 luglio 2013, in *www.leggiditalia.it*).

In dottrina, sono state prospettate due diverse interpretazioni della norma sopra richiamata. Secondo una prima lettura, il termine di decadenza si sarebbe applicato in tutti i casi di illegittima apposizione del termine: il richiamo agli artt. 1, 2 e 4, d.lgs. n. 368/2001, contenuto nell'art. 32, comma 3, lett. *d*, doveva infatti essere riferito al «contratto di lavoro» e non alla «nullità del termine». In tal modo, poiché sono stipulati ai sensi degli artt. 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001, anche i contratti in violazione degli artt. 3 e 5, d.lgs. n. 368/2001, dovevano ritenersi assoggettati al termine di decadenza di cui all'art. 32, comma 3, lett. *d*, legge n. 183/2010 (Cfr. Trib. Milano 25 giugno 2013, in *www.leggiditalia.it*, e Trib. Milano 14 settembre 2012, in *www.leggiditalia.it*, che applicano il termine di decadenza nel caso di contratti illegittimi per violazione dell'art. 5). Se si considera inoltre che sarebbe stato del tutto ingiustificato differenziare il regime di decadenza applicabile ai contratti in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore della legge n. 183/2010 da quello dei contratti stipulati successivamente, tale lettura sarebbe stata confermata anche dall'art. 32, comma 4, lett. *a*, legge n. 183/2010, che, relativamente ai contratti in corso di esecuzione, riferisce il termine di decadenza «ai contratti a termine stipulati ai sensi degli articoli 1, 2 e 4, d.lgs. n. 368/2001» e non all'«azione di nullità» (P. Tosi, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel «Collegato lavoro» alla legge finanziaria*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, pp. 473 ss.; E. Gagnoli, *L'impugnazione di atti diversi dal licenziamento*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, I, p. 247). Attraverso questa interpretazione, tuttavia, non si considerava che la norma transitoria (Quella di cui all'art. 32, comma 4, lett. *a*) è funzionale a quella principale: era pertanto la prima a dover essere interpretata in modo conforme alla seconda e non viceversa.

In aggiunta a ciò l'applicazione del termine di decadenza di 60 giorni (Modificato dalla legge n. 92/2012, cfr. par. 3) alle ipotesi di cui all'art. 5, d.lgs. n. 368/2001, non garantiva al lavoratore l'effettività della tutela giurisdizionale a causa della complessità tecnica della situazione che quest'ultimo si trovava a dover valutare e del breve lasso di tempo di cui disponeva (Trib. Napoli 9 luglio 2013, in *www.leggiditalia.it*, pur occupandosi di una fattispecie diversa, effettua alcune considerazioni analoghe).

In caso di continuazione del rapporto a termine oltre la scadenza per più di 30 giorni – se il contratto ha durata inferiore a 6 mesi – o di 50 giorni – se il contratto ha durata superiore –, il lavoratore ha diritto alla conversione del contratto a termine in uno a tempo indeterminato (*Ex* art. 5, comma 2, d.lgs. n. 368/2001).

Al riguardo, si poteva anzitutto prospettare la situazione di un lavoratore che intendesse far valere l'illegittima apposizione del termine per una ragione diversa da quella dell'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 368/2001, ad esempio per mancanza delle ragioni giustificative, quando ancora stava svolgendo la propria prestazione dopo la scadenza del contratto. Se il termine di decadenza fosse iniziato a decorrere dalla scadenza del contratto pattuita dalle parti (Cfr. G. Ianniruberto, *Le regole per le impugnazioni nel cd. «Collegato lavoro»*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, n. 12, pp. 888 ss.), il lavoratore – nel vigore del termine di decadenza di 60 giorni – avrebbe dovuto impugnare il contratto o entro un brevissimo intervallo di tempo dalla cessazione dello svolgimento della prestazione o quando ancora stava espletando la propria attività lavorativa. Quand'anche si fosse accolta la diversa lettura secondo la quale il termine di decadenza sarebbe iniziato a decorrere dallo spirare del 30° o del 50° giorno entro cui è ammessa la continuazione di fatto del rapporto (Cfr. P. Tosi, *op. ult. cit.*, pp. 475 ss.), il prestatore di lavoro avrebbe comunque rischiato di dover impugnare il contratto quando ancora stava espletando la propria prestazione.

Si poteva inoltre ipotizzare il caso di un lavoratore che intendesse chiedere la trasformazione del contratto a termine in uno a tempo indeterminato per superamento del periodo di 30 o 50 giorni entro cui è consentita la continuazione di fatto del rapporto. Anche in tal caso, se si fosse accolta l'interpretazione secondo cui il *dies a quo* del termine di decadenza andava individuato al momento della scadenza del contratto, il lavoratore avrebbe avuto un periodo di tempo molto breve (pari a circa 30 o 10 giorni) entro cui valutare se proporre o meno l'azione in giudizio.

Un problema in parte diverso poneva l'applicazione del breve termine di decadenza al caso di successivi contratti a tempo determinato stipulati fra le parti. In questo caso, infatti, il datore di lavoro (*Ex* art. 5, comma 3, d.lgs. n. 368/2001) deve attendere almeno 10 o 20 giorni, a seconda che il contratto abbia durata inferiore o superiore a 6 mesi, prima di poter stipulare un nuovo contratto a termine con lo stesso lavoratore (Cfr. V. Speciale, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, in *W.P. Massimo D'Antona*, n. 153/2012, pp. 19 ss.). Poiché si tratta di un intervallo minimo, il datore di lavoro avrebbe potuto attendere anche un periodo di tempo più lungo, magari facendo intendere al lavoratore di voler stipulare un nuovo contratto, proprio al fine di far decorrere il termine per l'impugnazione stragiudiziale. In questo caso il lavoratore si sarebbe trovato dinanzi a una scelta difficilissima: impugnare il contratto a termine illegittimo entro 60 giorni, correndo il rischio di non essere più assunto dal medesimo datore di lavoro, oppure mantenere un atteggiamento «acquiescente» nella speranza che effettivamente quest'ultimo gli proponesse una nuova assunzione a termine, perdendo, tuttavia, la possibilità di impugnare il precedente contratto illegittimo [Cfr. M. Lamberti, *L'estensione del regime delle decadenze (lavoro a termine, trasferimento d'azienda e rapporti interpositori)*, in M. Cinelli e G. Ferraro, *Il contenzioso del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 251 ss.].

Tali problematiche potevano essere superate accogliendo la seconda lettura prospettata dalla dottrina secondo la quale i termini di decadenza di cui all'art. 6, legge n. 604/1966, si applicavano esclusivamente alle azioni di nullità del termine di cui agli artt. 1, 2 e 4, d.lgs. n. 368/2001 (Cfr. la sentenza in epigrafe; in dottrina, cfr. V.

Speziale, *op. ult. cit.*, pp. 24 ss., e S. Giubboni, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010*, in *W.P. Massimo D'Antona*, n. 115/2011, pp. 11 ss.).

Il legislatore non avrebbe infatti esteso il regime della decadenza alle fattispecie di cui agli artt. 3 e 5, d.lgs. n. 368/2001, in quanto le «ha valutate come ipotesi a parte, meritevoli di apposita regolamentazione» (Cfr. la sentenza in epigrafe; in dottrina P. Saracini, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Esi, Napoli, 2013, pp. 128 ss.; S. Giubboni, *op. ult. cit.*, pp. 14 ss.).

Attraverso l'art. 3, d.lgs. n. 368/2001, che vieta di stipulare contratti a termine per sostituire lavoratori in sciopero (Lett. *a*), nelle unità produttive che nei sei mesi precedenti abbiano effettuato licenziamenti collettivi o nelle quali sia in atto una sospensione dei rapporti di lavoro che interessi lavoratori adibiti a mansioni analoghe a quelle per le quali si vorrebbe assumere a termine (Lett. *b* e *c*) e nelle imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi (Lett. *d*), vengono infatti tutelati beni di rilievo costituzionale riconducibili agli artt. 40, 41, comma 2, e 32 Cost. La portata degli interessi protetti giustificava l'inapplicabilità di un ostacolo procedurale, quale è la decadenza, in grado di sacrificare fondate pretese dei lavoratori. Poiché l'art. 5, d.lgs. n. 368/2001, serve invece a contrastare gli abusi derivanti dalla successione di più contratti a tempo determinato, in conformità con quanto previsto dalla clausola 5 dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 99/70 e dalla giurisprudenza comunitaria (Cfr. P. Saracini, *op. ult. cit.*, p. 131; S. Giubboni, *op. ult. cit.*, p. 14), l'inapplicabilità della decadenza in questo caso era finalizzata a garantire maggiore protezione ai lavoratori nelle ipotesi invalidanti di più diretta derivazione comunitaria.

L'interpretazione letterale dell'art. 32, comma 3, lett. *d*, legge n. 183/2010 si giustificava anche alla luce del fatto che le norme in materia di decadenza sono «di stretta interpretazione» (Cfr. pronuncia in epigrafe, ma anche Cass. 9 febbraio 2006, n. 2853, in *Mass. giust. civ.*, 2006, pp. 2 ss.). Poiché, infatti, la decadenza non costituisce una causa generale di estinzione dei diritti, diversamente dalla prescrizione, le norme che la introducono sono considerate eccezionali. Esse, secondo quanto prescritto dall'art. 14, disp. prel. cod. civ., non possono essere estese in via analogica a casi diversi da quelli espressamente contemplati. L'art. 32, comma 3, lett. *d*, non pareva nemmeno suscettibile di interpretazione estensiva: se quest'ultima presuppone un'espressione imprecisa, ciò non si verificava nel caso di specie, in quanto il legislatore aveva individuato in modo specifico i casi ai quali si applicava il termine di decadenza (Cfr. V. Speziale, *op. ult. cit.*, p. 29).

3. — L'art. 32, comma 3, legge n. 183/2010 è stato modificato in modo significativo dalla legge n. 92/2012: anzitutto il termine per l'impugnazione stragiudiziale dei contratti a termine cessati a far data dal 1° gennaio 2013 è stato portato da 60 a 120 giorni [Cfr. R. Voza, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in P. Chieco (a cura), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, Cacucci, Bari, 2012, pp. 87 ss.]. Tale modifica è valutabile in termini positivi in quanto viene concesso al lavoratore un intervallo di tempo più lungo per far valere l'illegittimità del termine apposto al contratto evitando alcuni dei problemi sopra prospettati.

In secondo luogo, è stata abrogata la lett. *d* – norma applicata nella pronuncia in epigrafe –, che è in parte confluita nella lett. *a*, in base alla quale le disposizioni di cui all'art. 6, legge n. 604/1966, si applicano «ai licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative [...] alla nullità del termine apposto al contratto di lavoro, ai sensi degli articoli 1, 2 e 4, d.lgs. n. 368/2001». Se si considera che il contratto a tempo determinato, di regola, cessa allo spirare del termine e non richiede alcun atto di recesso da parte del datore di lavoro e che, anche prima del 2012, l'art. 32, comma 3, lett. *a*, faceva riferimento ai «licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative [...] alla legittimità del termine apposto al contratto», si comprende perché tale disposizione era stata scarsamente considerata (Cfr. E. Gragnoli, *op. ult. cit.*, pp. 247 ss.). La sua svalutazione era resa possibile dalla presenza dell'art. 32, comma 3, lett. *d*, applicabile ai casi in cui si fosse contestata solo la validità del termine apposto al contratto.

A seguito dell'abrogazione di quest'ultima disposizione e della modifica della lett. *a* del comma 3 dell'art. 32 (che, tuttavia, continua a far riferimento ai «licenziamenti»), il termine di decadenza sembra destinato ad applicarsi solo nel caso in cui, prima della scadenza del contratto, il datore di lavoro licenzi il lavoratore e quest'ultimo non si limiti a contestare la legittimità del recesso, ma faccia anche valere la nullità del termine apposto al contratto per violazione degli artt. 1, 2 e 4, d.lgs. n. 368/2001 (Cfr. P. Tosi, *Le nuove regole del lavoro dopo la legge n. 92/2012: prime interpretazioni*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, n. 4, p. 965, che, dopo aver sottolineato che la nuova formulazione della norma può suggerire tale interpretazione, la ha rigettata). A sostegno di tale lettura si possono richiamare i principi enunciati dalla sentenza in epigrafe: se, infatti, le norme in materia di decadenza sono di stretta interpretazione, non sembra possibile svalutare il richiamo al «licenziamento» contenuto nell'*incipit* dell'art. 32, comma 3, lett. *a*, legge n. 183/2010 e nemmeno estendere il campo di applicazione della norma a casi diversi rispetto a quelli in cui si faccia valere la nullità del termine apposto al contratto ai sensi degli artt. 1, 2 e 4, d.lgs. n. 368/2001. Qualora, invece, si espunga il riferimento al «licenziamento», alla disposizione attualmente in vigore potrebbe essere riferita anche l'altra interpretazione dell'art. 32, comma 3, lett. *d*, legge n. 183/2010 precedentemente prospettata.

Concludendo, l'art. 32, comma 3, lett. *a*, legge n. 183/2010, e, prima delle modifiche apportate nel 2012, l'art. 32, comma 3, lett. *d*, vanno interpretati restrittivamente: nel momento in cui, infatti, il legislatore ha introdotto un'indennità onnicomprensiva – compresa fra 2,5 e 12 mensilità – per i casi in cui il contratto a termine venga trasformato in uno a tempo indeterminato, eliminando il nesso fra la determinazione dell'importo dovuto al lavoratore e il trascorrere del tempo prima della proposizione dell'azione in giudizio, il termine di decadenza rimane solo «un irrazionale ostacolo opposto alle iniziative del lavoratore» (E. Gragnoli, *op. ult. cit.*, p. 234).

Ester Villa

Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro presso l'Università di Bologna

I

TRIBUNALE ROMA, 5 novembre 2013 – Est. Mimmo – G.G. (avv.ti Longo, Caldi) c. Stretto di Messina Spa in liquidazione (avv.ti Maresca, Grassi).

Licenziamento individuale – Risoluzione del rapporto per conseguimento dei requisiti pensionistici – Opzione del lavoratore per la prosecuzione del rapporto di lavoro fino ai settant'anni di età a norma dell'art. 24, comma 4, legge n. 214/2011 – Legittimità del recesso.

È legittimo il licenziamento del dipendente che ha raggiunto i limiti di età per il conseguimento della pensione, anche qualora abbia optato per la prosecuzione del rapporto di lavoro a norma dell'art. 24, comma 4, legge n. 214/2011. (1)

II

TRIBUNALE GENOVA, 4 ottobre 2012 – Est. Basilico – F.O. (avv. Califano) c. Coopservice Soc. coop. p.a. (avv.ti Siboldi, Sutich).

Licenziamento individuale – Risoluzione del rapporto per raggiungimento dei limiti di età per il conseguimento della pensione di vecchiaia – Discriminazione per età – Nullità del licenziamento e reintegrazione nel posto di lavoro.

Il licenziamento fondato esclusivamente sulla motivazione dell'età anagrafica del lavoratore deve considerarsi discriminatorio e, per tale ragione, nullo. (2)

(*) Il testo delle sentenze è pubblicato in www.ediesseonline.it/riviste/rgl

(1-2) LICENZIAMENTO PER RAGGIUNTI REQUISITI PENSIONISTICI:
DAL RECESSO AD NUTUM ALLA DISCRIMINAZIONE PER ETÀ

SOMMARIO: 1. Vicende giudiziarie simili, soluzioni opposte. — 2. Prosecuzione del rapporto di lavoro oltre l'età pensionabile: dall'art. 2118 cod. civ. all'art. 24, comma 4, legge n. 214/2011. — 3. Incentivazione alla prosecuzione del rapporto di lavoro: qualificazione giuridica e tutele. — 4. La discriminazione per età nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. — 5. Tribunale di Genova: pronuncia *apripista* sulla discriminazione per età in Italia.

1. — *Vicende giudiziarie simili, soluzioni opposte* — Il Tribunale di Genova, con la sentenza del 4 ottobre 2012, dichiara nullo il licenziamento intimato dalla società cooperativa Coopservice alla dipendente F.O., ordina la reintegrazione della lavoratrice nel posto di lavoro e condanna la convenuta a corrispondere, come risarcimento del danno, un'indennità pari alla retribuzione globale di fatto maturata dalla data del recesso a quella dell'effettiva reintegrazione. Fin qui, nulla di strano. A rendere particolarmente significativa la vicenda è l'elemento attorno al quale si snodano le sette pagine della pronuncia: la società intima il licenziamento nei confronti della lavoratrice *de qua* «in relazione al raggiungimento dei limiti di età per il pensionamento di vecchiaia» e previa verifica dell'«effettiva sussistenza dei requisiti per l'accesso ai benefici pensionistici», in base al sistema di libera recedibilità previsto dal nostro ordinamento (1). La lavoratrice, però, impugna il licenziamento, sostenendone la nullità per discriminazione in ragione dell'età anagrafica. Il giudice, in forza dell'art. 15, comma 2, Stat. lav. (2), e sulla scia della copiosa giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia, accoglie il ricorso e dichiara nullo (3) il recesso fondato esclusivamente sulla motivazione dell'età anagrafica della ricorrente.

Di avviso diametralmente opposto il Tribunale di Roma, che, con pronuncia del 5 novembre 2013, riconosce la legittimità del licenziamento intimato dalla società Stretto di Messina al lavoratore G.G. per raggiungimento dei requisiti pensionistici, benché lo stesso abbia comunicato l'intenzione di proseguire la prestazione fino ai settant'anni di età a norma dell'art. 24, comma 4, del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in legge 22 dicembre 2011, n. 214. Tale opzione estende le tutele previste dall'art. 18 Stat. lav. ai dipendenti che se ne avvalgono (4). Ciononostante, il giudice ritiene che l'incentivazione alla permanenza in servizio e le conseguenti tutele siano subordinate all'accordo tra le parti e, dunque, al consenso del datore di lavoro, che, nel caso di specie, manca.

Come risulta evidente, le pronunce in commento offrono l'occasione di approfondire l'equilibrio tra l'esigenza di certezza del datore di lavoro per il corretto esercizio del recesso *ad nutum* (5) e il legittimo interesse del lavoratore nel conoscere il termine finale di operatività delle tutele contro il licenziamento ingiustificato, nonché le modalità per proseguire l'attività lavorativa oltre l'età pensionabile. E il contrasto giurisprudenziale in materia è il segno della vivacità del dibattito e della difficoltà nel bilanciamento tra gli interessi in gioco, entrambi meritevoli di tutela.

(1) Vd. art. 4, comma 2, legge 11 maggio 1990, n. 108: il recesso senza giustificazione – ma con preavviso – è ammesso nei confronti dei lavoratori ultrasessantenni in possesso dei requisiti pensionistici.

(2) Come modificato dall'art. 4, d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, che ha recepito la Direttiva comunitaria n. 2000/78 del 27 novembre 2000.

(3) Per precisione, si segnala che, *ratione temporis*, è stato applicato l'art. 18 Stat. lav. nel testo previgente.

(4) L'ultimo periodo del comma 4 dell'art. 24, legge n. 214/2011, prevede che «l'efficacia delle disposizioni di cui all'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni opera fino al conseguimento del predetto limite massimo di flessibilità».

(5) Sia al fine di evitare contenziosi lunghi e costosi sia per la programmazione di politiche di ricambio occupazionale.

2. — *Prosecuzione del rapporto di lavoro oltre l'età pensionabile: dall'art. 2118 cod. civ. all'art. 24, comma 4, legge n. 214/2011* — Per cogliere appieno la problematicità delle questioni poste al vaglio del Tribunale di Genova e di Roma è opportuno delineare preliminarmente il quadro normativo del recesso *ad nutum* nei confronti del lavoratore pensionabile. Com'è noto, l'ambito di applicazione dell'art. 2118 cod. civ. — che disciplina il recesso senza motivazione, con il solo obbligo del preavviso — è ormai circoscritto a ipotesi residuali (6), in ragione delle tutele che l'ordinamento, nel corso del tempo, ha apprestato nei confronti del lavoratore subordinato (7).

La libera recedibilità da parte del datore di lavoro nei confronti del dipendente in possesso dei requisiti pensionistici è sancita per la prima volta dall'art. 11, legge 15 luglio 1966, n. 604, che stabilisce l'inapplicabilità delle tutele contro i licenziamenti illegittimi nei riguardi dei prestatori di lavoro in possesso dei requisiti di legge per accedere alla pensione di vecchiaia o che, comunque, abbiano superato i sessantacinque anni di età. Tale norma, però, è stata dichiarata incostituzionale (8) per violazione degli artt. 3, 4, 35 e 37 Cost., nella parte in cui consente il licenziamento *ad nutum* della donna lavoratrice al compimento del cinquantacinquesimo anno d'età anziché al compimento del sessantesimo anno, come per l'uomo. Al fine di sanare questa disparità di trattamento è intervenuta la legge 9 dicembre 1977, n. 903, che, all'art. 4, prevede la possibilità per le donne di rimanere in servizio fino a sessanta anni (la stessa età prevista per gli uomini), previa richiesta al datore di lavoro (9). La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale anche dell'art. 4 legge n. 903/77 (10), nella parte in cui subordina il diritto delle lavoratrici di continuare a lavorare fino allo stesso limite di età previsto per gli uomini all'esercizio di un'opzione da comunicare al datore di lavoro.

Con l'art. 4, legge 11 maggio 1990, n. 108, il legislatore tenta di risolvere la delicata questione escludendo dalle tutele di cui all'art. 18 Stat. lav. i lavoratori ultrasessantenni in possesso dei requisiti pensionistici, senza distinzione di sesso, sempre che non abbiano optato per la prosecuzione del rapporto di lavoro fino a sessantacinque anni a norma dell'art. 6, d.l. 22 dicembre 1981, n. 791, convertito con modificazioni nella legge 26 febbraio 1982, n. 54 (11).

(6) Oltre che nell'ipotesi *de qua*, il recesso *ad nutum* opera nei confronti dei lavoratori in prova, dei lavoratori domestici, degli apprendisti al termine del periodo di formazione, degli atleti professionisti, dei dirigenti (salva l'applicabilità della disciplina collettiva), dei lavoratori a domicilio e dei collaboratori nell'impresa familiare.

(7) Già con la legge 15 luglio 1966, n. 604, è stato introdotto il principio di necessaria giustificazione del licenziamento: vd. art. 1. Per un approfondimento sullo squilibrio contrattuale nel diritto del lavoro, cfr. A. Perulli, *Diritto del lavoro e diritto dei contratti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, n. 4, I, p. 427.

(8) Corte cost. 11 giugno 1986, n. 137.

(9) Da effettuare almeno tre mesi prima del raggiungimento dell'età pensionabile.

(10) Corte cost. 21 aprile 1988, n. 498.

(11) La norma richiamata prevede l'esercizio di un diritto di opzione mediante una comunicazione da consegnare al datore di lavoro sei mesi prima del conseguimento del diritto alla pensione di vecchiaia. In tal senso, vd. anche art. 6, commi 1 e 2, legge 29 dicem-

La finalità della norma è chiara: è diretta a garantire il miglioramento dell'anzianità contributiva per i dipendenti che non abbiano ancora raggiunto il tetto massimo previsto (12).

Qualche anno più tardi, l'art. 6, legge 29 dicembre 1990, n. 407, introduce la possibilità di prosecuzione del rapporto di lavoro fino ai sessantadue anni di età anche per coloro che abbiano già maturato la massima anzianità contributiva (13). In tale ipotesi i lavoratori hanno diritto a una maggiorazione del trattamento pensionistico (14).

Due anni dopo, la cd. riforma Amato, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 503, innalza l'età pensionabile a sessantacinque anni per gli uomini e sessanta per le donne. La norma ripropone il problema della disparità di trattamento tra sessi nella prosecuzione dell'attività lavorativa, in quanto per poter lavorare fino a sessantacinque anni le lavoratrici, al contrario dei lavoratori, devono esercitare l'opzione di cui all'art. 6, d.l. n. 791/81, cit. Anche su tale norma si è pronunciata la Corte costituzionale (15), la quale, con sentenza interpretativa di rigetto, ha sottolineato la necessità di distinguere tra età lavorativa massima – che deve coincidere per uomini e donne – ed età pensionabile – che, pur essendo inferiore per le donne, non costituisce ipotesi di discriminazione in considerazione della possibilità per la lavoratrice di esercitare il diritto di opzione (16).

Sulle modalità di esercizio del diritto di opzione alla prosecuzione dell'attività fino a sessantacinque anni da parte delle lavoratrici è più volte intervenuta la Corte di Cassazione, ondeggiando tra il prevalente indirizzo, che nega l'imposizione di un onere di comunicazione al datore di lavoro (17), e qualche pronuncia in senso contrario (18). Forse proprio per risolvere tale stato di incertezza, il d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, cd. Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, all'art. 30 dispone l'obbligo – già previsto a suo tempo dall'art. 4 della legge n. 903/77 e dichiarato incostituzionale nel 1988 – della comunicazione al datore di lavoro da

bre 1990, n. 407, che introduce l'onere di una comunicazione al datore di lavoro e all'ente previdenziale per poter proseguire l'attività fino al sessantaduesimo anno di età.

(12) Vd. circolare Inps 26 maggio 1982, n. 121.

(13) Vd. circolare Inps 25 marzo 1991, n. 80.

(14) Art. 6, comma 6, legge n. 407/90.

(15) Corte cost. 17 giugno 2002, n. 256, con nota di A. Pileggi, *Limiti dell'età pensionabile e principio di parità tra i sessi*, in *Mass. giur. lav.*, 2003, n. 1-2, p. 45.

(16) Si veda la motivazione della citata sentenza: «Mentre le diverse disposizioni che hanno in vario modo ampliato la possibilità di fare ricorso al pensionamento cd. posticipato, originariamente introdotto dall'art. 6 del d.l. n. 791 del 1981, non contengono alcuna diversità di disciplina tra i lavoratori dei due sessi, le altre disposizioni hanno esclusivamente innalzato i limiti della età pensionabile perpetuando in riferimento a tale età, sia pure con uno spostamento in avanti, la differenza già esistente tra uomini e donne, la quale continua a costituire un giustificato beneficio per queste ultime, ma non hanno in alcun modo reintrodotta per le donne la correlazione tra età pensionabile ed età lavorativa».

(17) Cass. 24 aprile 2003, n. 6535; Cass. 8 luglio 2004, n. 12640; Cass. 1° giugno 2006, n. 13045.

(18) Cass. 6 febbraio 2006, n. 2472.

parte della lavoratrice che intenda proseguire il rapporto oltre il sessantesimo anno di età (19).

Fino al 31 dicembre 2011 (20), comunque, il datore di lavoro poteva licenziare *ad nutum* i dipendenti al compimento del sessantacinquesimo anno d'età (21).

3. — *Incentivazione alla prosecuzione del rapporto di lavoro: qualificazione giuridica e tutele* — L'art. 24, legge n. 214/2011, non solo allunga il termine dell'età massima lavorabile fino a settanta anni, adeguandola alle attuali aspettative di vita (22), ma incentiva la prosecuzione dell'attività lavorativa fino a tale età.

Non è la prima volta che il legislatore prevede la possibilità di lavorare oltre l'età pensionabile: l'art. 6, d.l. n. 791/81, cit., e l'art. 6, legge n. 407/90, cit., hanno già introdotto tale meccanismo nel nostro ordinamento. La finalità perseguita dalla riforma pensionistica del 2011 è, però, diversa rispetto alle esperienze precedenti.

L'obiettivo dell'art. 24, comma 4, legge n. 214/2011, è «garantire il rispetto degli impegni internazionali e con l'Unione europea, dei vincoli di bilancio e della stabilità economico-finanziaria e sostenibilità di lungo periodo del sistema pensionistico» (23). In pratica, la preoccupazione del legislatore è soprattutto il contenimento della spesa (24): basti pensare che l'art. 24 in esame è inserito nel capo

(19) La Corte costituzionale, nella sentenza 19 ottobre 2009, n. 275, ne ha dichiarato l'incostituzionalità nella parte in cui fa dipendere dall'adempimento della comunicazione l'applicazione al rapporto di lavoro della tutela accordata – senza distinzione di genere – dalla legge sui licenziamenti individuali. Per completezza, si precisa che tale previsione è stata espunta dal nuovo Codice per le pari opportunità: il d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 5. L'art. 30 è stato sostituito dal seguente: «Le lavoratrici in possesso dei requisiti per aver diritto alla pensione di vecchiaia hanno diritto di proseguire il rapporto di lavoro fino agli stessi limiti di età previsti per gli uomini da disposizioni legislative, regolamentari e contrattuali». Sulla parità di trattamento uomo/donna in relazione alla cessazione del rapporto di lavoro per raggiungimento dell'età pensionabile è intervenuta anche la Corte di Giustizia: cfr., da ultimo, Corte Giust. Ue 12 settembre 2013, C-614/201: «una normativa nazionale che preveda che il rapporto di lavoro cessi al raggiungimento dell'età pensionabile, la quale differisca in funzione del sesso del lavoratore, costituisce una discriminazione diretta vietata da detta direttiva, qualora il lavoratore interessato raggiunga tale età in un momento successivo all'adesione».

(20) La riforma pensionistica Monti-Fornero, introdotta con il cd. decreto «salva Italia», d.l. n. 201/2011, conv. in legge n. 214/2011, è entrata in vigore il 1° gennaio 2012.

(21) Fermo restando il possesso dei requisiti contributivi minimi e del rispetto del meccanismo delle cd. finestre di accesso: vd. art. 6, comma 2-bis, d.l. n. 248/2007, conv. in legge 28 febbraio 2008, n. 31. Cfr. nota ministero del Lavoro 10 gennaio 2008, prot. n. 15/V/0000379/03.01.01, e circolare Inps n. 5 del 15 gennaio 2008.

(22) Tale tetto massimo è sottoposto a un graduale innalzamento in base all'adeguamento all'aspettativa di vita, ai sensi dell'art. 12, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv., con modificazioni, in legge 30 luglio 2010, n. 122. Il primo aggiornamento, realizzato dal ministero dell'Economia e delle Finanze con il d.m. 6 dicembre 2011 e pubblicato sulla *Gazz. Uff.* del 13 dicembre 2011, n. 289, prevede un incremento di tre mesi a decorrere dal primo gennaio 2013. Per un approfondimento sul punto, vd. M.R. Gheido, A. Casotti, *Riforma delle pensioni: passaggio al contributivo*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, V, p. 287.

(23) Art. 24, comma 1, legge n. 214/2011.

(24) M. Cinelli, *La riforma delle pensioni del «governo tecnico». Appunti sull'art. 24 della legge n. 214 del 2011*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 385.

quarto del provvedimento, rubricato «Riduzioni di spesa». In tale ottica vanno letti e interpretati i criteri di flessibilità nell'accesso ai trattamenti pensionistici (25) e l'incentivazione alla prosecuzione della vita lavorativa (26). Inoltre, il citato art. 24 si inserisce nell'ambito delle politiche di cd. *active ageing* – o invecchiamento attivo – promosse dall'Unione europea al fine del prolungamento della vita lavorativa e della valorizzazione del contributo che gli anziani possono offrire alla società (27).

Forse proprio a causa della natura *ibrida* delle finalità perseguite dalla norma, la prima giurisprudenza di merito ha riscontrato difficoltà nella qualificazione giuridica di tale opzione al proseguimento della prestazione di lavoro oltre l'età pensionabile. Il Tribunale di Milano (28), nella pronuncia del 10 aprile 2013 (29), adopera indistintamente i termini «diritto soggettivo» e «diritto potestativo», senza impelagarsi in una vera e propria operazione di qualificazione giuridica (30): «la questione rilevante afferisce alla verifica in concreto della sussistenza di un diritto soggettivo alla prosecuzione del rapporto di lavoro una volta verificatesi le condizioni della libera recedibilità [...] solo l'accertamento di un diritto potestativo alla prosecuzione del rapporto di lavoro consente di qualificare come illegittimo l'atto di recesso datoriale».

Il Tribunale di Roma, nella pronuncia in commento, nega la sussistenza di un qualsivoglia diritto – soggettivo o potestativo – in favore del lavoratore che opti per la prosecuzione dell'attività lavorativa: «il tenore letterale della norma (“il proseguimento dell'attività lavorativa è incentivato [...] fino all'età di settant'anni”) non consente in alcun modo di aderire all'interpretazione fornita dal lavoratore opponente secondo il quale la norma porrebbe un vero e proprio diritto potestativo in favore del lavoratore di scegliere se rimanere fino all'età di settant'anni; diritto a fronte del quale vi sarebbe un obbligo del datore di lavoro di consentire la prosecuzione del rapporto fino all'età richiesta dal lavoratore. L'utilizzo del termine “è incentivato” senza alcuna altra indicazione che consenta di affermare sia la sussistenza di un diritto in favore del lavoratore, sia la disciplina dell'esercizio di

(25) Vd. P. Sandulli, *Il settore pensionistico tra una manovra e l'altra. Prime riflessioni sulla legge n. 214/2011*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, p. 1.

(26) Per un approfondimento sul punto, vd. T. Bussino, *Licenziamento dei lavoratori con requisiti pensionistici*, in *Dir. prat. lav.*, 2011, 44, p. 2646.

(27) Per un approfondimento sul punto, vd. T. Treu (a cura di), *L'importanza di essere vecchi. Politiche attive per la terza età*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 24; M. Corti, *Active ageing e autonomia collettiva. «Non è un paese per vecchi», ma dovrà diventarlo presto*, in *Lav. dir.*, 2013, III, p. 384.

(28) Il Tribunale di Milano è tra i primi a pronunciarsi sull'applicazione dell'art. 24, comma 4, legge n. 214/2011: vd. Trib. Milano 14 e 18 dicembre 2012. Vd. nota di L. Failla, *Giornalisti: illegittimo il licenziamento per raggiunti requisiti di pensione*, in *Guida lav.*, 2013, VII, p. 32.

(29) Per un approfondimento di tale pronuncia, vd. nota di M. Russo, *Licenziamento di un giornalista pensionabile: spunti di riflessione su regime previdenziale Inpgi, prosecuzione del rapporto di lavoro fino a settant'anni e discriminazione per età*, in *Lav. prev. oggi*, 2013, III-IV, p. 203.

(30) In dottrina, la qualificazione dei diritti potestativi quali diritti soggettivi è controversa, e la maggior parte degli Autori esclude la riconducibilità dei primi nell'alveo dei secondi: vd., tra gli altri, F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Esi, 2004, p. 61. *Contra*, F. Santoro Passarelli, voce *Diritti assoluti e relativi*, in *Enc. dir.*, XII, 1964, p. 752.

tale diritto, consente di affermare che la stessa norma ha, sul punto, un valore meramente programmatico, nel senso di costituire un invito alle parti di consentire la prosecuzione del rapporto fino al settantesimo anno di età; questo coerentemente con l'impianto complessivo della riforma del sistema pensionistico che tende all'innalzamento dell'età pensionabile».

Secondo tale pronuncia, dunque, la prosecuzione del rapporto di lavoro oltre il raggiungimento dei requisiti pensionistici sarebbe subordinata al consenso del datore di lavoro: «si deve concludere che la possibilità per il lavoratore di rimanere in servizio fino al compimento del settantesimo anno di età, in assenza della previsione di un diritto potestativo in favore del lavoratore, usufruendo degli incentivi indicati dalla legge, sia in ogni caso subordinata al consenso di entrambe le parti; consenso che nella fattispecie in esame non vi è stato». Alla luce di tali argomentazioni, il Tribunale di Roma rigetta il ricorso del lavoratore e dichiara legittimo l'esercizio del diritto di recesso – da parte della società convenuta – al raggiungimento dell'età pensionabile del dipendente.

In realtà, tale interpretazione solleva non poche perplessità: se il consenso del datore di lavoro costituisce la *condicio sine qua non* per l'esercizio dell'opzione, verrebbe vanificato il senso stesso dell'incentivazione e della tutela apprestata (31).

Anche il Tribunale di Torino affronta questo delicato punto nella pronuncia del 29 marzo 2013 (32) e afferma che «la *ratio* della norma è quella di incentivare la prosecuzione del rapporto di lavoro dopo il conseguimento del diritto al pensionamento di vecchiaia e non è pensabile che l'obiettivo perseguito possa essere raggiunto con il consenso del datore di lavoro, considerato che in genere il datore di lavoro ha interesse a recedere subito dal rapporto».

Inoltre, anche se l'obiettivo del legislatore è il conseguimento di un interesse pubblicistico (il contenimento della spesa pubblica e la sostenibilità di lungo periodo del sistema pensionistico), è la norma stessa a riconoscere al lavoratore pensionabile un diritto potestativo: in base al dettato dell'ultimo periodo del citato art. 24, comma 4, è sufficiente l'esercizio dell'opzione da parte del titolare perché il rapporto di lavoro prosegua fino a settanta anni con le tutele previste dall'art. 18 Stat. lav. (33). Il datore di lavoro – soggetto passivo – non deve fare nulla per permettere la realizzazione del diritto del lavoratore (ad esempio, mediante accettazione), ma non può neanche impedirla, essendo in una posizione di cd. soggezione (34). E può legittimamente esercitare il recesso solo se sussista una giusta causa o un giustificato motivo (35). Infine, è opportuno ricordare che già l'opzione

(31) L'efficacia delle disposizioni dell'art. 18 Stat. lav. fino al conseguimento dei settant'anni d'età.

(32) Per completezza, si segnala che la Corte d'Appello di Torino ha riformato in data 24 ottobre 2013 la pronuncia citata, ma non è intervenuta sul punto qui esposto.

(33) In tal senso, vd. anche G. Canavesi, *Età pensionabile, prosecuzione del rapporto fino a settant'anni e licenziamento nella riforma pensionistica del 2011*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, III, p. 665.

(34) Cfr. F. Gazzoni, *op. ult. cit.*, p. 61.

(35) Art. 1, legge n. 604/66.

prevista dal citato art. 6, d.l. n. 791/81, è pacificamente riconosciuta come diritto potestativo (36), rispetto al quale è irrilevante il consenso del datore di lavoro.

4. — *La discriminazione per età nella giurisprudenza della Corte di Giustizia* — Il Tribunale di Genova, nella pronuncia in esame, prende atto del raggiungimento dei limiti di età da parte della lavoratrice ricorrente – che ha compiuto i sessantacinque anni di età ma non ha ancora maturato la massima anzianità contributiva prevista dalla legge – e della riconducibilità del licenziamento intimato all'area del recesso *ad nutum*: «questa facoltà si riconduce alla regola della libera recedibilità, vigente nel nostro ordinamento in forza dell'art. 4, comma 2, legge n. 108/90: per sua espressa disposizione, le norme limitative del licenziamento “non si applicano nei confronti dei prestatori di lavoro ultrasessantenni, in possesso dei requisiti pensionistici”. Letta in combinazione col disposto dell'art. 6, d.l. n. 791/81 (conv. in legge n. 54/82), la regola non ammette deroghe, basate sull'eventuale scelta di proseguire il rapporto fino al raggiungimento della massima anzianità contributiva utile, nei confronti dei lavoratori con oltre 65 anni d'età. Procedendo al licenziamento, la convenuta ha dato applicazione a tale regola».

Fatto questo preambolo, il giudice procede, però, a una «lettura orientata non solo dalla disciplina comunitaria, trasposta nel nostro ordinamento dal d.lgs. n. 216/2003 (Direttiva n. 2000/78/Ue), ma anche dall'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione», al fine di verificare la «compatibilità della regola della libera recedibilità prevista dall'art. 4, legge n. 108/90, con il divieto di discriminazione per età».

L'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (37) sancisce che «ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali». In base all'art. 6 del Trattato di Lisbona (38), la Carta di Nizza ha il medesimo valore giuridico dei trattati e, pertanto, è vincolante per le istituzioni europee e gli Stati membri.

In forza della nullità dei «patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali» prescritta nel nostro ordinamento dall'art. 15, comma 2, legge n. 300/70, così come modificato dall'art. 4 d.lgs. n. 216/2003 (che ha recepito la direttiva comunitaria in materia), è innegabile che nel recesso fondato esclusivamente sull'età anagrafica del dipendente sia ravvisabile un atto discriminatorio. In tal senso non rileva, ai fini del giudizio, il fatto che la società convenuta si trovi in una «situazione di esubero di personale», in quanto «la scelta aziendale di licenziarla» ha «certamente discriminato la ricorrente rispetto agli altri lavoratori che, per ragioni di età, hanno invece conservato il posto di lavoro nella stessa azienda».

(36) Cfr. Cass. 16 dicembre 1986, n. 7574, in *Foro it.*, 1987, II, p. 391; Trib. Taranto 26 settembre 1986, in *Foro it.*, 1987, II, p. 392; Pret. Genova 26 gennaio 1988, in *Lavoro* 80, 1988, p. 514.

(37) Proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adottata ufficialmente il 12 dicembre 2007.

(38) Entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

La Corte di Giustizia ha più volte affrontato la questione della discriminazione per età (39), considerata la «discriminazione del futuro» (40): un criterio pericoloso e «inafferrabile» (41) in quanto non individua una categoria specifica di persone, perché tutti – prima o poi – siamo «potenziali vittime» (42).

Il principio di non discriminazione anagrafica, sancito dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (43) e attuato dalla Direttiva n. 2000/78/Ce (44), ha una cd. clausola di giustificazione (45), secondo la quale non sussiste discriminazione laddove i diversi trattamenti siano oggettivamente e ragionevolmente giustificati, nel diritto nazionale, da una finalità legittima – compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale – e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari (46).

Proprio alla luce di tale clausola giustificatoria – che circoscrive il perimetro «indicando cosa non è (o non può essere) discriminazione» (47) – assume particolare rilevanza l'interpretazione giurisprudenziale. In effetti, «il fronte più movi-

(39) Vd., da ultimo, Corte Giust. Ue 26 settembre 2013, C-476/11; 5 luglio 2012, C-141/11; 13 settembre 2011, C- 447/09 (R. *Prigge c. Deutsche Lufthansa*). Vd. anche R. Zucaro, *La Corte di Giustizia e il divieto di discriminazione in base all'età: il caso dei piloti della Deutsche Lufthansa*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, IV, p. 1187.

(40) M. Falsone, *Le deroghe al divieto di discriminazione per età: un pericoloso passe-partout?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, III, p. 928.

(41) M.V. Ballestrero, *Pensionati recalcitranti e discriminazione fondata sull'età*, in *Law. dir.*, 2011, p. 142.

(42) Cfr. M.P. Monaco, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia sul divieto di discriminazione per età*, in *Dir. rel. ind.*, 2010, p. 881.

(43) Art. 21, comma 1, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: «È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza a una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali».

(44) Cfr. art. 2, comma 2, Direttiva n. 2000/78: «sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga; sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone».

(45) Art. 6, Direttiva n. 2000/78: «Gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari».

(46) La verifica di tali circostanze spetta al giudice nazionale.

(47) M. Ranieri, *Directive antidiscriminatoire di seconda generazione e Corte di Giustizia dell'Ue: alcune questioni problematiche*, in *q. Riv.*, 2013, I, p. 177.

mentato dell'attuale diritto antidiscriminatorio» (48) in ambito europeo è proprio quello basato sull'età: numerose sono le controversie – soprattutto promosse da lavoratori anziani – sottoposte al vaglio della Corte di Giustizia (49).

In tema di recesso *ad nutum* per raggiungimento di un'età massima, il giudice comunitario opera caso per caso, a seconda dell'attività lavorativa svolta, il bilanciamento tra il principio di non discriminazione per età e la sicurezza pubblica, la tutela dell'ordine pubblico e della salute (50).

5. — *Tribunale di Genova: pronuncia apripista sulla discriminazione per età in Italia* — Anche la pronuncia del Tribunale di Genova in commento si sofferma sulla clausola giustificatoria di cui all'art. 6 della Direttiva n. 2000/78, sottolineando la rilevanza della «correlazione tra lo specifico divieto disciplinato dalla direttiva in questione e le politiche occupazionali interne» e «la peculiarità dell'elemento protetto *età* rispetto agli altri che sono vietati dalla normativa antidiscriminatoria dell'Unione». In considerazione di ciò, «si spiegano le numerose deroghe al divieto, stabilite soprattutto per settori lavorativi o tipologie di attività, che, se fossero riferite ad altri caratteri, sarebbero certamente tacciate d'invalidità». Pertanto, «la verifica di legittimità così richiesta passa attraverso tre momenti di controllo, diretti ad accertare: 1) se l'applicazione del criterio dell'età determini una disparità di trattamento tra situazioni giuridiche comparabili; 2) se tale disparità sia giustificata da un'obiettiva finalità legittima; 3) se la disparità sia adeguata e necessaria a perseguire questa finalità» (51). Seguendo tale *iter* logico-giuridico, il Tribunale di Genova preliminarmente controlla la sussistenza della prima condizione, in quanto la scelta aziendale di licenziare la dipendente ha «certamente discriminato la ricorrente rispetto agli altri lavoratori che, per ragioni di età, hanno invece conservato il posto di lavoro nella stessa azienda». Successivamente, rileva l'ingiustificatezza della disparità di trattamento operata, dato che «nell'attuale contingenza economica il nostro legislatore è mosso dall'interesse preminente al contenimento della spesa pubblica e dei costi di previdenza obbligatoria» e «gli interventi normativi in materia di età pensionabile sono stati orientati nell'epoca più recente da una tendenza all'avanzamento e, contestualmente, alla parificazione di genere uomo/donna». Pertanto, «un'interpretazione della norma dell'art. 4, legge n. 108/90, favorevole a una recedibilità priva di vincoli si porrebbe nell'esclusivo o preminente interesse dell'impresa, la quale potrebbe avvalersi del criterio dell'età per selezionare il per-

(48) D. Izzi, *La Corte di Giustizia e le discriminazioni per età: scelte di metodo e di merito*, in *q. Riv.*, 2013, I, p. 126.

(49) La prima pronuncia in materia è Corte Giust. Ce 22 novembre 2005, causa C-144/04 (*Mangold*), in *Racc.*, 2005, p. 9981.

(50) Ad esempio, nel settore delle forze armate e dei piloti di volo: vd. Corte Giust. Ue 21 luglio 2011, C-159/10, e C-160/10; 12 ottobre 2010, C-45/09. Cfr. M. Mocella, *Età pensionabile e discriminazioni in ragione dell'età*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 515.

(51) In tal senso, vd. anche Corte Giust. Ce 5 marzo 2009, C-388/2007, *Age Concern England*; 18 giugno 2009, C-88/2008, *Hutter*; Corte Giust. Ue 13 settembre 2011, C-477/2009, *Prigge e altri*.

sonale e compiere le proprie scelte di assetto dell'organico». Di conseguenza, la disparità di trattamento effettuata è ingiustificata, perché «compiuta avvalendosi d'una disposizione di legge in modo non rispondente a finalità d'interesse generale e, dunque, legittime». Per essere considerato legittimo, il licenziamento della lavoratrice ricorre «non avrebbe dovuto fondarsi esclusivamente sulla motivazione dell'età anagrafica». Pertanto, il Tribunale di Genova dichiara la nullità del licenziamento intimato, con le conseguenze previste dall'art. 18 Stat. lav. nel testo ancora vigente alla data in cui vi è stata l'intimazione.

Tralasciando la questione della disapplicazione automatica – da parte del giudice – della normativa interna in contrasto con i principi generali dell'ordinamento dell'Unione europea e/o con le direttive (52) – che non hanno effetti cd. orizzontali nei confronti dei singoli cittadini europei, ma concretizzano i diritti fondamentali (53) –, è interessante notare come la pronuncia in esame offra l'occasione di approfondire un campo ancora poco *esplorato*.

In Italia, infatti, la giurisprudenza sulla discriminazione per età sta muovendo i primi passi, in quanto la ragione anagrafica è inclusa solo dal 2003 tra i motivi di discriminazione elencati nell'art. 15, comma 2, Stat. lav.

La Corte di Cassazione, seppure con orientamenti ondivaghi, ha finora affrontato la questione solo nell'ambito dei licenziamenti collettivi (54) e, con una recente pronuncia, ha ritenuto legittima la scelta del datore di lavoro di licenziare i lavoratori «anziani» (55).

Più delicata – e finora poco vagliata in giudizio – è la discriminazione in ragione dell'età nei licenziamenti individuali: prima della riforma dell'art. 18 Stat. lav. i lavoratori discriminati potevano ottenere la reintegrazione nel posto di lavoro e il risarcimento pieno adducendo la mera infondatezza della giusta causa o del giusti-

(52) Vd., sul punto, M. Falsone, *Un caso di disapplicazione della disciplina nazionale e le (problematiche) conseguenze sull'affidamento del privato e sulla certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, III, p. 760.

(53) Cfr. M.V. Ballestrero, *Pensionati recalcitranti e discriminazione fondata sull'età*, in *Lav. dir.*, 2011, p. 145.

(54) La Corte di Cassazione, con le sentenze 21 settembre 2006, n. 20455, 6 ottobre 2006, n. 21541, 24 aprile 2007, n. 9866, ha escluso la sussistenza della discriminazione nell'ambito dei licenziamenti collettivi nel caso in cui il criterio di scelta dei lavoratori riguardi la prossimità del pensionamento. Secondo Cass. 27 gennaio 2011, n. 1938, e 20 marzo 2013, n. 6959, «il criterio della prossimità alla pensione, scelto come unico criterio, non può prescindere dalla funzionalizzazione alle esigenze tecnico-produttive e organizzative dell'azienda». Cfr. Corte cost. 30 giugno 1994, n. 268: «la svalutazione del privilegio tradizionale dell'anzianità di servizio, nei confronti dei lavoratori prossimi al raggiungimento dei requisiti di età e di contribuzione per fruire di un trattamento di quiescenza, può essere giustificata in una situazione del mercato del lavoro tale da escludere per i lavoratori più giovani la possibilità di trovare a breve termine un altro posto di lavoro».

(55) Cass. 13 gennaio 2012, n. 391: «la contrattazione collettiva è libera di scegliere qualsiasi criterio purché rivolto a tutelare gli interessi dei lavoratori nella logica della riduzione delle conseguenze negative del licenziamento, non ricadendo, pertanto, nell'individuazione di indici di selezione meramente discriminatori in base al possesso dei requisiti per l'accesso alla pensione».

ficato motivo – la cui prova grava sul datore di lavoro (56) – senza assumersi il rischio e la difficoltà di provare l'intento discriminatorio (57).

L'art. 1, comma 42, legge 28 giugno 2012, n. 92, cd. riforma Fornero, ha notevolmente modificato l'art. 18 Stat. lav., che ora presenta una graduazione del regime sanzionatorio (58) a seconda della gravità del vizio (59): dal licenziamento nullo di cui al comma 1 fino ad arrivare agli errori formali e procedurali di cui al comma 6, passando per l'accertamento della mancanza del giustificato motivo soggettivo od oggettivo, diversamente tutelata a seconda che si tratti di «ingiustificata qualifica» (60) o no.

In seguito alla modifica dell'art. 18 Stat. lav. è, perciò, assai probabile prevedere un incremento delle censure di nullità fondate sul motivo discriminatorio al fine di ottenere la tutela reintegratoria piena prevista dal comma 1 (61).

La pronuncia del Tribunale di Genova, pur applicando *ratione temporis* la normativa previgente, offre un interessante spiraglio per le impugnazioni dei licenziamenti intimati nei confronti dei lavoratori pensionabili.

È, però, opportuna una precisazione: non ogni licenziamento ingiustificato è discriminatorio (62). Il recesso è discriminatorio quando presenta «un *quid pluris*

(56) Art. 5, legge 15 luglio 1966, n. 604.

(57) *Onus probandi incumbit ei qui dicit*. cfr. Cass. 14 luglio 2005, n. 14816; Cass. 5 agosto 2010, n. 18283. In base all'art. 28, comma 4, d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, però, nelle controversie in materia di discriminazione «quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione». Pertanto, qualora il lavoratore ricorrente abbia assolto l'onere dell'allegazione e abbia dimostrato la verosimiglianza e probabilità (cd. *fumus boni iuris*) della discriminatorietà del licenziamento, si assiste a una sorta di inversione dell'onere della prova. Per quanto riguarda le discriminazioni di genere, una previsione ancora più favorevole è contenuta nell'art. 40, d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198. Cfr. anche Cass. 5 giugno 2013, n. 14206.

(58) Per un approfondimento, vd. A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 436; C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, III, p. 547; M. Marazza, *L'art. 18 nuovo testo dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, III, p. 612; F. Carinci, *Ripensando il «nuovo» articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, II, p. 387.

(59) Il regime sanzionatorio è articolato in vari livelli, che passano da una tutela reintegratoria piena (reintegrazione nel posto di lavoro e risarcimento pieno del danno) nell'ipotesi di licenziamento discriminatorio – o comunque nullo – fino ad arrivare alla risoluzione del rapporto di lavoro con una mera indennità risarcitoria da un minimo di sei a un massimo di dodici mensilità, come previsto dal comma 6 dell'art. 18 Stat. lav. nel caso di vizi formali e procedurali.

(60) A. Vallebona, *L'ingiustificata qualifica del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, III, p. 621.

(61) Per un approfondimento sul licenziamento discriminatorio, vd. M. Barbera, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *q. Riv.*, 2013, I, p. 139; P. Bellocchi, *Il licenziamento discriminatorio*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, IV-V, p. 830; M. Corti, *La tendenza espansiva della nuova reintegrazione: riflessioni su alcune pronunce ex art. 18, comma 1, dello Statuto dei lavoratori*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, IV, p. 1038.

(62) Sostiene, invece, questa tesi M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity all'«italiana» a confronto*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 555.

rispetto a un licenziamento ingiustificato, consistente nella prova che, in assenza di una obiettiva ragione del licenziamento, la scelta del lavoratore da licenziare sia stata dettata da un'ingiustificata differenza di trattamento che trova la propria ragione d'essere in una delle fattispecie discriminatorie contemplate dalla legge ed è quindi fondato su un motivo odioso: sulla volontà di escludere dalla compagine sociale un soggetto per il solo fatto di una sua caratteristica personale» (63).

Nel caso di specie, il Tribunale di Genova ha accertato la sussistenza di una disparità di trattamento in quanto il recesso datoriale è motivato *esclusivamente* dal raggiungimento dell'età pensionabile da parte della lavoratrice.

È, però, opportuno segnalare che una posizione eccessivamente garantista nei confronti dei lavoratori «anziani», pur promuovendo il cd. invecchiamento attivo (64), rischia di inasprire il conflitto tra gli *insiders* e gli *outsiders* in un periodo di grave disoccupazione giovanile. Appare, pertanto, urgente un'armonizzazione legislativa al fine di contemperare le esigenze pubbliche di bilancio con l'esigenza di certezza del diritto, l'effettività della tutela antidiscriminatoria e l'attuazione di equilibrate politiche di ricambio generazionale.

Marianna Russo

*Ispettore del lavoro Dtl Roma**

Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro presso la «Sapienza» Università di Roma

* Le considerazioni esposte sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autrice e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'amministrazione di appartenenza.

(63) Vd. Trib. Milano 11 febbraio 2013, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2013, I-II, p. 210. Cfr. anche Tribunale di Latina 2 agosto 2012.

(64) Cfr. P. De Nardis, *Il testimone è caduto: giovani e anziani nel mercato del lavoro*, in http://host.uniroma3.it/associazioni/astri/attivita_svolte_files.aspx?id=19: «Gli anziani sono coloro che non si rassegnano a diventare i pensionati di oggi. [...] Per questo motivo da diverso tempo si parla di invecchiamento attivo e di politiche attive per la terza età. [...] L'immagine dell'anziano va rovesciata completamente, valorizzandone capacità e competenze, invece di sottolinearne (presunti) costi sociali e quasi inevitabile improduttività. [...] Se di responsabilità individuale si parla, che possa esprimersi, allora, facendo decidere al lavoratore la permanenza in attività oltre una certa soglia di età: è indubbio che il lavoro sia un efficace esorcismo contro il deperimento fisico e psichico, ma la piena espressione della propria autonomia si ha solo con il prolungamento della carriera lavorativa su base esclusivamente volontaria». Vd. P. Ichino, *Active ageing: aprire il mercato del lavoro ai sessantenni (e ai giovani)*, in <http://www.pietroichino.it/?p=22627>. Cfr. anche disegno di legge n. 3515 presentato alla Presidenza del Senato il 10 ottobre 2012.

TRIBUNALE AREZZO, 3 ottobre 2013, Sez. lav., ord. – Est. Picardi – Newlat Spa (avv.ti Cumani, Torino, Cherubini) c. Fai-Cisl Arezzo (avv. Borri), Flai-Cgil Arezzo (avv.ti Assennato, Fiore, De Angelis, Sacconi, Petruccioli), Uila-Uil Arezzo (avv. Borri), Cgil nazionale (avv. Di Celmo), agenzia Ansa (avv.ti Abati, Annunziata).

Attività sindacale – Diritto di critica – Diffusione tramite i mezzi di informazione – Legittimità della condotta.

La diffusione da parte delle organizzazioni sindacali, tramite i mezzi di informazione, di preoccupazioni sull'eventualità di una crisi aziendale e sul conseguente esubero di lavoratori costituisce legittimo esercizio del diritto di critica. (1)

(*) Il testo dell'ordinanza è pubblicato in www.ediesseonline.it/riviste/rgl

(1) La società ricorrente (impresa del comparto agroalimentare) prospettava il potenziale pregiudizio derivante dalla diffusione della seguente notizia: «I sindacati [...] sono preoccupati per il futuro dello stabilimento Buitoni di Sansepolcro, il più grande del gruppo Newlat, perché il gruppo ha annunciato 300 esuberi e la chiusura di alcuni stabilimenti...». Tale notizia era considerata completamente falsa.

La successiva rettifica delle Oo.Ss., secondo la ricorrente, «... era stata completamente inadeguata sia per il suo contenuto sia perché non era stata ripresa da alcun organo di informazione».

La ricorrente, quindi, chiedeva in sede di giudizio cautelare *ex art. 700 cod. proc. civ.* «... l'adozione dei provvedimenti ritenuti idonei per la tempestiva rettifica/rimozione/cancellazione su tutti gli organi di stampa e le pagine web elencate nel ricorso delle notizie diffuse tra il 29 giugno 2013 e il 3 luglio 2013».

Il Tribunale di Arezzo, quanto al requisito della plausibilità del diritto (*fumus boni iuris*), osserva che non sembra potersi attribuire alcuna valenza illecita al comunicato stampa diramato dalle organizzazioni sindacali, poiché esso manifestava «... solo preoccupazioni derivanti dalla politica aziendale della ricorrente».

Ne consegue, secondo il giudice, che le organizzazioni sindacali «... non possono ritenersi responsabili per le distorsioni della notizia fatte da alcuni siti giornalistici on-line ovvero da un importante telegiornale nazionale [...], atteso che la chiarezza letterale del testo non si prestava a discordanti interpretazioni».

Pertanto, sotto questo profilo, manca il nesso di causalità tra la condotta delle organizzazioni sindacali e il pregiudizio paventato dalla ricorrente.

Secondo il giudice, il comunicato sindacale si sostanzialmente «in un dissenso motivato, manifestato nei limiti della continenza espressiva [...] il che non consente di ritenere superata l'esimente dell'esercizio del diritto di critica sindacale».

Inoltre, il Tribunale di Arezzo esclude che la società ricorrente abbia dimostrato la falsità della notizia relativa alla conversione di uno stabilimento in un «... centro

congressi con albergo, piscina, centro commerciale» o che abbia dato prova della falsità e lesività della contestazione di parte sindacale secondo cui la società avrebbe acquisito «... attività decotte e prefallimentari che vengono comprate e poi chiuse».

In relazione alla potenziale irreparabilità del pregiudizio (*periculum in mora*), il giudice afferma che la ricorrente avrebbe potuto scongiurarlo «... attivandosi autonomamente presso gli organi di informazione, che avevano riportato erroneamente la notizia, al fine di ottenere la rettifica della stessa».

L'ordinanza in commento affronta la questione del diritto di critica o di «denuncia» sindacale, che ha consolidati e risalenti precedenti (Tra le prime pronunce: Cass. 25 febbraio 1986, n. 1173). In parallelo, il giudice affronta il tema del rapporto tra i contenuti della critica e il modo in cui essi sono rappresentati dai mezzi di informazione. Le vicende interne alla singola unità produttiva restano difficilmente confinate «all'interno dei luoghi di lavoro» (Art. 14 Stat. lav.). Ne deriva che la diffusione all'esterno delle notizie e della critica riguardanti le scelte aziendali non costituisce un criterio dirimente per stabilire l'illiceità, civile o penale, del comportamento del lavoratore o del rappresentante sindacale.

In questa materia, infatti, il principio consolidato è che il dissenso debba essere manifestato nei limiti della continenza espressiva, anche in relazione ai fatti denunciati (Cass. 7 settembre 2012, n. 14995; Cass. 14 maggio 2012, n. 7471; Cass. 14 luglio 2009, n. 16000, in q. *Riv.*, 2010, II, pp. 71-74, con nota di G. Frontini; Cass. 10 dicembre 2008, n. 29008; Cass. 7 dicembre 2003, n. 19350; Cass. 5 luglio 2002, n. 9743; Cass. 22 gennaio 1996, n. 465).

Per quanto riguarda la responsabilità penale, le espressioni di critica anche aspra («vergogna aziendale») non configurano il reato di ingiuria o diffamazione (Cass. pen., Sez. V, 20 settembre 2013, n. 38962). L'esimente dell'esercizio del diritto di critica sindacale (Art. 51 cod. pen.) è tuttavia esclusa qualora non si tratti di un dissenso motivato e continentino (Cass. pen., Sez. V, 3 settembre 2013, n. 35992; Cass. pen., Sez. V, 15 aprile 2009, n. 15752).

In linea con la giurisprudenza consolidata, l'ordinanza del Tribunale di Arezzo sviluppa ulteriormente il contenuto del diritto di critica, escludendo che la diffusione di «... preoccupazioni derivanti dalla politica aziendale...» abbia un carattere illecito. Si tratta di una estensione concettuale coerente con la *ratio decidendi* della precedente giurisprudenza e tuttavia inedita. Le *preoccupazioni* precedono l'avverarsi del fatto e dunque non sono in relazione con la veridicità, ma con la verosimiglianza del proprio contenuto.

L'ampliamento di significato dei concetti di verità, pertinenza e di continenza rappresenta il profilo interessante del provvedimento giudiziale in commento, sebbene adottato in sede di giudizio d'urgenza. In questa prospettiva, che si condivide, il diritto di critica può assumere legittimamente una connotazione anticipatoria e concretizzarsi in valutazioni ipotetiche sulle probabili scelte di gestione del datore di lavoro.

Giampiero Golisano

TRIBUNALE NAPOLI, 25 settembre 2013, Sez. lav. – Est. Coppola – C.G., A.M., N.A., F.V. (avv.ti Migliaccio, Esposito) c. GH Napoli Spa (avv.ti Castiglione, De Rensis).

Appalto – Successione – Settore aeroportuale – Trasferimento di attività – Disciplina licenziamento collettivo – Non applicabile – Licenziamento individuale plurimo – Sussiste – Clausole sociali – Art. 14, d.lgs. n. 18/1999 – Applicabile.

Licenziamento individuale – Rito Fornero – Facoltatività – Interpretazione sistematica – Effettività della tutela giurisdizionale – Principi del giusto processo.

I licenziamenti intimati a seguito di un trasferimento di attività nel settore dei servizi aeroportuali non sono disciplinati dalla legge n. 223/1991, bensì dall'art. 14, d.lgs. n. 18/1999. Essi devono essere ricondotti alla fattispecie del licenziamento individuale plurimo e non a quella del licenziamento collettivo. (1)

Il procedimento introdotto dalla legge n. 92/2012 per l'impugnazione dei licenziamenti che rientrano nelle ipotesi regolate dall'art. 18, legge n. 300/1970, ha carattere facoltativo e deve considerarsi alternativo e concorrente rispetto al rito ordinario del lavoro. (2)

(*) Il testo della sentenza è pubblicato in www.ediesseonline.it/riviste/rgl.

(1-2) FACOLTATIVITÀ DEL CD. RITO FORNERO E CAMBIO APPALTO
NEL SETTORE DEI SERVIZI AEROPORTUALI

1. — Nella sentenza in epigrafe il Tribunale di Napoli svolge alcune considerazioni sulla controversa questione relativa alla natura obbligatoria o facoltativa del cd. rito Fornero – pur essendo stato il giudizio introdotto nelle forme ordinarie e non sussistendo contestazione sul punto – pronunciandosi a favore della facoltatività.

Superate queste premesse di ordine procedurale, il giudice individua la disciplina applicabile nell'ipotesi di licenziamenti intimati a seguito di un trasferimento di attività nel settore dei servizi aeroportuali. In particolare, nel caso di specie un'azienda appaltatrice che svolge attività di *handling* aeroportuale (servizi di assistenza a terra), a seguito della cessazione dell'appalto, licenzia numerosi suoi dipendenti. Quattro di essi impugnano il licenziamento, denunciando l'omessa comunicazione alle Oo.Ss. prevista dagli artt. 4 e 24 della legge n. 223/1991, nonché il mancato rispetto dei criteri di scelta; chiedono, pertanto, l'applicazione della tutela reale o, in subordine, il pagamento in proprio favore di un'indennità onnicomprensiva tra le 2,5 e le 12 mensilità.

La domanda è rigettata, in quanto la fattispecie in esame non è regolata dalla legge n. 223/1991 invocata dai ricorrenti, bensì dalla specifica disciplina dettata dall'art. 14 del d.lgs. n. 18/1999. I licenziamenti intimati in occasione di un trasferimento di attività – conclude il Tribunale – non si inseriscono nell'ambito di un licenziamento collettivo, ma integrano la fattispecie del licenziamento individuale plurimo.

2. — La legge 28 giugno 2012, n. 92, come noto, disciplina (*ex art. 1, commi 48-68*) un procedimento «accelerato» esperibile in caso di impugnazione dei licenziamenti che rientrino nelle ipotesi regolate dall'art. 18 Stat. lav. All'indomani della entrata in vigore della citata legge non sono apparse del tutto chiare le concrete modalità di applicazione del neointrodotta procedimento (Per una disamina delle più rilevanti questioni e delle relative soluzioni accolte in giurisprudenza, cfr. M. Biasi, *Il cd. «rito Fornero» nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, n. 6, pp. 1449 ss.).

Tra gli aspetti maggiormente dibattuti si annovera il carattere obbligatorio o facoltativo del nuovo rito. La giurisprudenza e la dottrina prevalenti (Cfr. D. Dalfino, *Il licenziamento dopo la legge n. 92 del 2012: profili processuali*, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, p. 66; E. Raimondi, *Il rito per i licenziamenti tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, n. 1, I, pp. 83 ss.) si sono espresse a favore dell'obbligatorietà, valorizzando l'interpretazione letterale delle relative disposizioni normative, nonché la *ratio* della riforma che mira a garantire la ragionevole durata del processo: interesse generale, in quanto tale sottratto alla disponibilità della parte che assume l'iniziativa processuale (Cfr. P. Curzio, *Il nuovo rito per i licenziamenti*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 158/2012, pp. 15-16. Tuttavia, secondo alcuni Autori le parti possono concordemente omettere la fase sommaria: cfr. P. Sordi, *L'ambito di applicazione del nuovo rito per l'impugnazione dei licenziamenti e disciplina della fase di tutela urgente*, relazione al corso organizzato dal Csm a Roma, 29-31 ottobre 2012, pp. 5 ss. *Contra*, R. Tiscini, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, in F.P. Luiso, *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 87. La legge tace, inoltre, sulle conseguenze derivanti da un eventuale errore nella scelta del rito. È opinione diffusa che in tali casi il giudice debba disporre il mutamento del rito, cfr. F.P. Luiso, *Il processo speciale per l'impugnazione del licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, pp. 134 ss.).

La facoltatività del cd. rito Fornero è stata sostenuta, invece, dal Tribunale di Firenze, che ha addotto a sostegno del proprio orientamento, da un lato, l'indirizzio giurisprudenziale consolidatosi intorno al procedimento sommario *ex art. 28* Stat. lav., ritenuto alternativo rispetto al giudizio introdotto nelle forme ordinarie e, dall'altro, la necessità di salvaguardare il lavoratore dal rischio di moltiplicazione dei processi (Cfr. linee guida della Sezione lavoro del Trib. Firenze 17 ottobre 2012, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, pp. 540-541; cfr., in dottrina, C. Consolo, D. Rizzardo, *Vere o presunte novità sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Il corriere giuridico*, 2012, n. 6, pp. 735-736).

Il Tribunale di Napoli aderisce al menzionato filone minoritario. In particolare, il giudice, pur ammettendo l'esclusività del nuovo procedimento, nega che esso abbia carattere obbligatorio. Al contrario, il cd. rito Fornero deve ritenersi alternativo e concorrente rispetto a quello ordinario; conclusione, questa, imposta da una interpretazione sistematica della novella legislativa (Cfr. M. De Luca, *Procedimento specifico in materia di licenziamenti: per una lettura coerente con la strumentalità del processo*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, n. 4-5, I, pp. 815 ss., il quale ricostruisce le problematiche sottese all'applicazione del nuovo rito secondo una interpretazione costituzionalmente orientata). Concentrandosi sulla fase sommaria, il Tribunale la definisce «normativamente non necessaria», argomentando che, sostenendo la tesi dell'obbligatorietà, si incorrerebbe in una grave violazione del principio dispositivo delle prove, dei principi costituzionali del giusto processo, nonché del principio di effettività della tutela giurisdizionale – garantito dagli artt. 6 e 13 della Cedu – anche in considerazione della moltiplicazione dei processi cui sarebbe obbligato il lavoratore.

Pur essendo condivisibili le esigenze di tutela del lavoratore – definito nella sentenza in commento «parte non già debole, ma in posizione di massima debolezza» –, l'orientamento accolto dal giudice partenopeo a favore della facoltatività del cd. rito Fornero si scontra, tuttavia, con la chiarezza del dettato normativo che non sembra lasciare margini di dubbio circa il carattere obbligatorio del nuovo procedimento, rischiando, altresì, di vanificare le ragioni di celerità e speditezza processuale cui la riforma si ispira.

3. — Nel caso di cd. cambio appalto, le disposizioni contenute nei Ccnl impongono spesso in capo al nuovo appaltatore l'obbligo di assumere il personale alle dipendenze dell'operatore uscente.

In tali ipotesi, controversa è la modalità di estinzione dei rapporti di lavoro tra l'appaltatore uscente e i suoi dipendenti. Secondo l'indirizzo maggioritario, la stipulazione di un nuovo contratto di lavoro con l'operatore subentrante non può considerarsi una manifestazione tacita della volontà del lavoratore di risolvere il rapporto con il precedente appaltatore, essendo, invece, necessario un formale atto di recesso da parte di quest'ultimo (*Contra*, A. Vallebona, *Sucessione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, pp. 217 ss., il quale invoca l'istituto della risoluzione consensuale. La fattispecie del licenziamento – individuale o collettivo, qualora sussistano i presupposti di cui alla legge n. 223/1991 – ricorre soltanto ove il lavoratore non accetti di passare alle dipendenze del nuovo appaltatore).

La sentenza in epigrafe si pone in linea con l'indirizzo prevalente. Il Tribunale di Napoli – a fronte dell'eccezione della società resistente – rileva che, nel caso concreto, il rapporto di lavoro non può ritenersi consensualmente risolto. Il fatto che i ricorrenti abbiano accettato di essere assunti dalla società subentrante non può essere valutato quale «espressione inequivoca di una volontà solutoria», essendo «collegato solo da un lato all'obbligo di adoperarsi per diminuire le conseguenze della eventuale illegittimità del recesso e, dall'altro, dalla necessità di procurarsi i mezzi di sostentamento».

Nella pronuncia in commento il giudice, inoltre, esclude l'applicabilità della legge n. 223/1991 in materia di licenziamenti collettivi, considerando i recessi impugnati dai ricorrenti quali licenziamenti individuali plurimi. Sul punto si è espresso in passato il ministero del Lavoro precisando che i licenziamenti intimati a seguito della perdita di un appalto devono essere qualificati alla stregua di licenziamenti individuali plurimi per giustificato motivo oggettivo, con conseguente applicazione della legge n. 604/1966. In nessun caso gli stessi possono essere ricondotti alla fattispecie del licenziamento collettivo, neppure in presenza del requisito numerico e delle altre condizioni prescritte dalla legge n. 223/1991 che deve ritenersi, pertanto, non invocabile (Cfr. circolare n. L/01 del 28 maggio 2001, richiamata nella recente risposta a interpello n. 22/2012 del 1° agosto 2012 del ministero del Lavoro. Critica la soluzione adottata nella citata circolare del 2001 F. Scarpelli, *Cessazione degli appalti di servizi e licenziamenti collettivi*, in *Dir. prat. lav.*, 2001, n. 31, pp. 2063 ss.). Siffatta impostazione deve coordinarsi con il quadro normativo delineato dall'art. 7, comma 4-bis, del d.l. 31 dicembre 2007, n. 248 (convertito in legge 28 febbraio 2008, n. 31), in base al quale la disciplina sui licenziamenti collettivi non si estende ai lavoratori riassunti dall'impresa subentrante (a parità di condizioni economiche e normative) in occasione di un cambio appalto.

Nel caso di specie, il Tribunale riconduce la vicenda nell'ambito di un trasferimento di attività; ipotesi che si pone al confine con la cessione del ramo d'azienda (Cfr., sul punto, M. Aimò, *Stabilità del lavoro e tutela della concorrenza. Le vicende circolatorie dell'impresa alla luce del diritto comunitario*, in *Lav. dir.*, 2007, n. 3, pp. 417 ss.) e che è regolata dalla specifica disciplina di cui all'art. 14, d.lgs. n. 18/1999.

La domanda è rigettata poiché fondata su un presupposto errato, ossia sull'applicabilità della legge n. 223/1991. A parere del giudicante, l'art. 14, d.lgs. n. 18/1999, è l'unica norma che può trovare applicazione e, a conforto della propria tesi, adduce un'ulteriore persuasiva considerazione: al pari della legge n. 223/1991, anche il citato art. 14 contempla espressamente il coinvolgimento delle parti sociali; previsione, quest'ultima, che si tradurrebbe in una inutile duplicazione laddove si ritenesse invocabile la legge n. 223/1991. Di conseguenza, conclude il giudice, i licenziamenti intimati a seguito di un trasferimento di attività non possono considerarsi licenziamenti collettivi, ma devono essere ricondotti alla fattispecie del licenziamento individuale plurimo, con applicazione, nel caso concreto, dell'art. 14, d.lgs. n. 18/1999.

4. — La successione nella gestione di un appalto determina rilevanti ricadute sulla posizione lavorativa dei dipendenti dell'appaltatore uscente. La materia, trascurata dal legislatore (Fatti salvi l'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, e l'art. 7, comma 4-bis, d.l. n. 248/2007, che dettano una disciplina «in negativo», cfr. A. Lima, *La successione negli appalti e le possibili conseguenze per i lavoratori: prosecuzione del rapporto, licenziamento, risoluzione consensuale, nuova assunzione. Riflessioni dopo la cd. riforma Fornero*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, n. 3, p. 636), è regolata dalla contrattazione collettiva che in molti casi predispone una disciplina garantistica a tutela dei lavoratori attraverso la previsione di cd. «clausole di riassunzione».

Nel settore dei servizi aeroportuali di assistenza a terra il cd. cambio appalto trova una regolamentazione anche sul piano legislativo ai sensi dell'art. 14, d.lgs. 13 gennaio 1999, n. 18, invocato dal giudice nella pronuncia in commento. Tale decreto è stato emanato al fine di recepire la Direttiva del Consiglio n. 96/67/Ce del 15 ottobre 1996 che vincolava gli Stati membri alla liberalizzazione del mercato dei servizi di assistenza a terra a beneficio dei vettori aerei. Originariamente, il menzionato art. 14 – introducendo una cd. clausola sociale – imponeva a carico dell'appaltatore subentrante l'obbligo di assumere una parte del personale dipendente dall'appaltatore uscente in base alla quota di traffico o di attività acquisita (Per un'attenta analisi sulla origine, funzione ed evoluzione delle clausole sociali, cfr. E. Ghera, *Le cd. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, n. 2, pp. 133 ss.). La norma è stata censurata dalla Corte di Giustizia Ce (Cfr. sentenza 9 dicembre 2004, causa C-460/2002, e sentenza 14 luglio 2005, causa C-386/2003, in q. *Riv.*, 2006, n. 1, II, pp. 22 ss., con nota di M. Pallini, *Il diritto del lavoro e la libertà di concorrenza: il caso dei servizi aeroportuali*) in quanto il necessario passaggio del personale dal precedente appaltatore a quello subentrante limitava fortemente gli obiettivi della Direttiva n. 96/67/Ce ostacolando l'accesso ai mercati di assistenza a terra di nuovi operatori.

Adeguandosi all'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia Ce, il legislatore ha modificato l'art. 14, d.lgs. n. 18/1999, espungendo dal dettato normativo l'obbligo di riassunzione a carico del nuovo appaltatore. Tuttavia, la vigente disciplina fa salva la possibilità che un simile obbligo sia contemplato dalla contrattazione collettiva. A fronte di tale previsione, l'art. G3 del Ccnl per il personale di terra del trasporto aereo e delle attività aeroportuali prevede che, in caso di trasferimento di attività, debba essere attivata una specifica procedura sindacale al termine della quale è disposto il passaggio del personale dal precedente appaltatore a quello subentrante, analogamente a quanto inizialmente statuito dal menzionato art. 14 (Si è dubitato in dottrina circa la compatibilità di tale previsione collettiva con i principi dell'Ue: cfr., in tal senso, S. Costantini, *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle cd. «clausole sociali»*, in *Ianus*, 2011, n. 5, pp. 250 ss.).

Nella sentenza in epigrafe il Tribunale nega l'applicabilità della legge n. 223/1991 alla fattispecie in esame e individua l'art. 14, d.lgs. n. 18/1999, quale unica disposizione invocabile, senza fare menzione alcuna della disciplina collettiva di settore. La conclusione cui giunge il giudice partenopeo è condivisibile laddove si consideri che il menzionato art. 14, attraverso la previsione del coinvolgimento dei soggetti sociali, nonché attraverso il richiamo alle clausole del contratto collettivo (che, a loro volta, introducono meccanismi di protezione), offre un sufficiente livello di tutela dei lavoratori, legittimando, in tal modo, la mancata applicazione della legge in materia di licenziamenti collettivi alle ipotesi di trasferimento di attività nel settore dei servizi aeroportuali.

Luisa Monterossi

Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro presso la «Sapienza» Università di Roma

SICUREZZA SOCIALE

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, 8 ottobre 2013, ricorsi n. 62235/12 e n. 57725/12, Seconda Sezione – Pres. Raimondi – António Augusto da Conceição Mateus e Lino Jesus Santos Januário (avv. X) c. Portogallo (avv. Y).

Pensione – Crisi economica e finanziaria – Misure di austerità – Ingerenza nel pacifico godimento di un bene – Proporzionalità.

Alla luce dell'eccezionale crisi economica e finanziaria affrontata dal Portogallo e data la portata limitata e transitoria degli effetti prodotti dall'art. 25 della Lei do Orçamento de Estado para 2012 (legge di bilancio del 2012 del Portogallo), la Corte europea dei diritti dell'uomo ritiene che tale disposizione non generi, per le persone interessate, un onere sproporzionato ed eccessivo. La disposizione in questione, nel ridurre i sussidi feriali e natalizi o le prestazioni equivalenti da corrispondere alle categorie di pensionati del regime del settore pubblico la cui pensione mensile è pari o superiore a euro 600 e non supera l'importo di euro 1100, non pregiudica l'essenza del diritto dei pensionati al pacifico godimento del loro trattamento pensionistico, e comunque si applica solo per un triennio. «Non spetta alla Corte decidere se avrebbero potuto essere previste migliori misure alternative per ridurre il disavanzo del bilancio statale». (1)

(*) Il testo della sentenza è pubblicato in www.ediesseonline.it/riviste/rgl.

(1) CORTE EDU VERSUS TROIKA. CRONACA DI UNA SCONFITTA ANNUNCIATA, OPPURE NO?

SOMMARIO: 1. Il contesto. — 2. Le pronunce del Tribunale costituzionale portoghese. — 3. L'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo. — 4. Le pronunce delle Corti europee sui diritti sociali al tempo della crisi.

1. — *Il contesto* — La decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo che qui si commenta si inserisce all'interno dell'articolata vicenda che ha visto protagoni-

sta il Portogallo, a seguito della crisi finanziaria mondiale scatenata dal fallimento di *Lehman Brothers*. Il settore bancario portoghese è fortemente dipendente dai finanziamenti esterni, e si è visto sempre più preclusa la possibilità di finanziarsi sui mercati. Peraltro, a causa dei «ribassi consecutivi del *rating* dei titoli di Stato portoghesi da parte delle agenzie di *rating*, il paese non è più stato in grado di rifinanziarsi a tassi che fossero compatibili con la sostenibilità delle finanze pubbliche a lungo termine» (Considerando n. 1, decisione di esecuzione del Consiglio del 17 maggio 2011 sulla concessione di assistenza finanziaria dell'Unione al Portogallo). Conseguentemente, il 7 aprile 2011 il Portogallo ha chiesto assistenza finanziaria all'Ue e al Fondo monetario internazionale (d'ora in poi: Fmi).

Il 3 maggio 2011 è stato raggiunto un Accordo tra il Governo portoghese, la Commissione, il Fmi, e la Banca centrale europea (d'ora in poi: Bce) su un programma di assistenza economica e finanziaria per il periodo 2011-2014. Il 17 maggio 2011 il programma è stato autorizzato dal Consiglio Ecofin (decisione di esecuzione del Consiglio del 17 maggio 2011 sulla concessione di assistenza finanziaria dell'Unione al Portogallo). Nello stesso giorno, il Governo portoghese ha firmato, con la Commissione europea, la Bce e il Fmi (cd. Troika), un *Memorandum* di politiche economiche e finanziarie, un *Memorandum* d'intesa su specifiche condizioni di politica economica e due documenti allegati (il *Memorandum* tecnico d'intesa e l'Accordo sul prestito). Il programma prevede un prestito di 78 miliardi di euro a favore del Portogallo (1), così suddivisi: 26 miliardi di euro dal meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria, 26 miliardi di euro dal fondo europeo di stabilità finanziaria (2) e circa 26 miliardi di euro dal Fmi (3). A fronte del prestito ottenuto, il Portogallo si impegna ad adottare una serie di misure di politica economica e sociale, puntualmente elencate nei *Memoranda*, dirette a ridurre la spesa pubblica e a incrementare le entrate.

Fra le misure dirette al taglio della spesa pubblica figurano: la riduzione delle assunzioni nella pubblica amministrazione; la riduzione dei costi di funzionamento della pubblica amministrazione e dei salari dei pubblici impiegati; il controllo della spesa sanitaria; la sospensione dell'applicazione delle norme di indicizzazione delle pensioni e la riduzione dei trattamenti pensionistici; la riduzione dell'importo dell'indennità di disoccupazione e del periodo in cui è erogata. Il Portogallo si è impegnato, altresì, a interventi in materia di mercato del lavoro, quali l'estensione delle ipotesi di legittimo licenziamento, la limitazione dell'importo dell'indennità di licenziamento, la riduzione degli incrementi salariali connessi allo straordinario, l'obbligo di legare l'evoluzione salariale agli incrementi di

(1) Il prestito deve essere restituito in varie tappe, l'ultima delle quali dovrebbe avere luogo nel 2042. I dettagli del programma di assistenza finanziaria al Portogallo sono indicati sul sito: http://ec.europa.eu/economy_finance/assistance_eu_ms/portugal/index_en.htm.

(2) Il meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria e il fondo europeo di stabilità finanziaria sono stati sostituiti, a partire dall'8 ottobre 2012, dal meccanismo europeo di stabilità, costituito con il Trattato che istituisce il meccanismo europeo di stabilità, firmato dai paesi dell'eurozona il 2 febbraio 2012.

(3) Va segnalato che, di questi 78 miliardi, 12 sono destinati a potenziali esigenze di ricapitalizzazione del settore bancario.

produttività, la flessibilità delle disposizioni relative all'orario di lavoro. Nel 2011, inoltre, il meccanismo diretto a estendere *erga omnes* l'efficacia dei contratti collettivi nazionali di lavoro è stato sospeso ed è stato sostituito, l'anno successivo, da un accordo che prevede criteri più rigorosi per l'estensione (4).

In attuazione del programma di assistenza economica e finanziaria, il Parlamento portoghese ha adottato, nel dicembre 2011, la legge n. 64-B/2011 sul bilancio statale (*Lei do Orçamento de Estado para 2012*, d'ora in poi: legge di bilancio del 2012), con cui disponeva la sospensione, per gli anni 2012-2014, dei sussidi feriali o natalizi e di qualsiasi altra prestazione corrispondente alla tredicesima e alla quattordicesima mensilità, da corrispondere alle categorie di pensionati del regime del settore pubblico la cui pensione mensile è superiore a euro 1100 (art. 25). Per i pensionati la cui pensione mensile è pari o superiore a euro 600 e non supera l'importo di euro 1.100, i trattamenti suddetti erano soggetti a una riduzione progressiva (art. 25).

È su questa disposizione che si concentra il giudizio della Corte Edu. Tuttavia, prima di passare all'analisi della specifica vicenda che ha visto l'intervento della Corte, va chiarito che, dal maggio 2011, la Troika opera un controllo trimestrale sulle misure adottate dal Governo e dal Parlamento portoghese, al fine di verificare il puntuale adempimento del programma di assistenza economica e finanziaria. L'esito positivo delle verifiche periodiche è condizione vincolante per l'erogazione delle diverse *tranches* di finanziamento (5). Nel corso delle verifiche sono stati inoltre negoziati i necessari aggiornamenti dei *Memoranda*.

L'erogazione dei finanziamenti è dunque soggetta a una rigorosa condizionalità (6). Le condizioni imposte dal programma di assistenza riflettono una precisa ideologia secondo cui i diritti dei lavoratori costituiscono un ostacolo allo sviluppo economico, e l'apparato pubblico, così come le prestazioni pubbliche di sicurezza sociale, devono essere ridotti al minimo, per limitare l'imposizione fiscale (7). L'assistenza finanziaria erogata al Portogallo non è dunque «spirata a considerazioni riconducibili al raggiungimento di condizioni di eguaglianza sostanziale tra individui o tra Stati» (8). Peraltro, le misure di austerità imposte dall'Ue in risposta alla crisi economica e finanziaria hanno determinato, in tutti gli Stati membri, un incremento delle diseguaglianze (9).

(4) L'insieme degli interventi legislativi per realizzare il programma concordato con la Troika è indicato nel rapporto *Tackling the Jobs Crisis in Portugal*, redatto dalla *task force* sui paesi europei in crisi dell'Organizzazione internazionale del lavoro (2013) (pp. 77 ss.).

(5) Il dettaglio dei finanziamenti ricevuti dal Portogallo è indicato nel rapporto *Tackling the Jobs Crisis in Portugal*, redatto dalla *task force* sui paesi europei in crisi dell'Organizzazione internazionale del lavoro (2013) (pp. 74 ss.).

(6) G. Fontana, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in W.P. Csle «Massimo D'Antona».INT, n. 104/2014, p. 11.

(7) Mariya Aleksynska (*Deregulating labour markets: How robust is the analysis of recent IMF working papers?*, *Conditions of Work and Employment Series* n. 47, OI, 2014) ha recentemente evidenziato i numerosi errori metodologici e la manipolazione dei dati operata dai ricercatori del Fmi per sostenere la «bontà» del mercato del lavoro flessibile.

(8) M. Dani, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Cedam, Padova, p. 344.

(9) Per i dati sull'incremento della diseguaglianza vd., da ultimo: *Working for the Few*. Po-

Va inoltre sottolineato che molte delle previsioni indicate nei *Memoranda* si sono rivelate errate (10). In particolare, il crollo della domanda interna ha determinato un incremento della disoccupazione di gran lunga superiore alle previsioni della Troika (11). Nel contempo, le minori entrate fiscali dovute alla recessione e le maggiori spese sociali connesse alla crescente disoccupazione hanno ulteriormente aggravato i disavanzi pubblici: il debito pubblico portoghese è continuato a salire fino a raggiungere, nel 2013, il 127,8% del Pil (a fronte dell'atteso 115,3%).

Nel rapporto redatto dalla *task force* dell'Organizzazione internazionale del lavoro sui paesi europei in crisi (12), si legge poi che, nel 2011, il numero di pensionati a rischio di povertà in Portogallo era del 19,2 % (a fronte di una media europea del 14,7 %), e che circa il 40% della spesa pensionistica era destinata al 5% della popolazione più agiata (p. 23) (13).

2. — *Le pronunce del Tribunale costituzionale portoghese* — Il 19 gennaio 2012, un gruppo di parlamentari portoghesi ha sollevato, davanti alla Corte costituzionale, la questione di legittimità degli articoli 21 e 25 della legge di bilancio del 2012, in relazione all'art. 3 della Costituzione (principio di uguaglianza) (14).

Nella decisione pronunciata il 5 luglio 2012, la Corte costituzionale portoghese ha ritenuto che la riduzione del pagamento dei sussidi feriali e natalizi per entrambe le categorie di pensionati del regime del settore pubblico violasse il principio di uguaglianza proporzionale e fosse pertanto incostituzionale (*acórdão* n. 353/2012).

litical capture and economic inequality, *Oxfam briefing paper* n. 178, Oxfam International, 2014, e gli interventi pubblicati su *Inequality. The challenge of the century*, *Journal for a Progressive economy*, issue n. 2, 2014.

(10) *Committee study on the The Troika and financial assistance in the euro area: successes and failures*, elaborato dai ricercatori del *think tank* *Bruegel*, 2014.

(11) Nei *Memoranda* è indicato un aumento della disoccupazione fino al 2012. In realtà, il tasso di disoccupazione portoghese continua a salire e si attesta, nel 2014, al 17,7 % (contro il 13,4% atteso dalla Troika). Gli effetti prodotti, in Portogallo, dalle misure di austerità sono denunciati anche nel rapporto della Caritas Europa, *A study of the impact of the crisis and austerity on people, with a special focus on Greece, Ireland, Italy, Portugal and Spain*, 2013.

(12) *Tackling the Jobs Crisis in Portugal*, 2013, p. 23.

(13) Per ulteriori informazioni circa il programma di assistenza economica e finanziaria portoghese vd. *Portugal: Rethinking the State - Selected Expenditure Reform Options*, *Imf Country Report* n. 13/6, 2013; *Portugal: Selected Issues Paper*, *Imf Country Report* n. 13/19, 2013; M. do Rosário Palma Ramalho, *Portuguese labour law and industrial relations during the crisis*, *Working Paper* n. 54, Oil, 2014.

(14) Si è trattato, in questo caso, di un controllo di costituzionalità astratto successivo che viene effettuato dalla Corte costituzionale, su richiesta del Presidente della Repubblica, del Presidente del Parlamento, del Presidente del Consiglio, del difensore civico, del procuratore generale della Repubblica, di un decimo dei membri del Parlamento, o di certe autorità delle Regioni autonome (Azzorre e Madera). «L'eventuale dichiarazione di incostituzionalità ha efficacia vincolante generale (*força obrigatória general*) e produce il suo effetto di annullamento dalla data di entrata in vigore della norma o norme discusse» (A. Monteiro Fernandes, *L'austerità e l'uguaglianza proporzionale*). *Una sentenza della Corte costituzionale portoghese*, in *Lav. dir.*, 2013, p. 341).

A parere della Corte, «la libertà del legislatore di tagliare i salari e le pensioni di persone che ricevono denaro proveniente da fondi pubblici, al fine di conseguire un equilibrio del bilancio, anche nel contesto di una grave crisi economica e finanziaria, non può essere illimitata». In particolare, il sacrificio imposto ai pensionati del regime del settore pubblico deve essere proporzionato ai motivi che lo giustificano e non eccessivo. I giudici portoghesi ritengono eccessiva la misura delineata dall'art. 25 della legge di bilancio del 2012 in quanto, per ridurre il disavanzo pubblico ai livelli concordati nei *Memoranda*, avrebbero potuto essere adottate misure alternative. La Corte costituzionale sottolinea inoltre che l'art. 25 della legge di bilancio del 2012 produce effetti continui e cumulativi per 3 anni, e non può dunque considerarsi una misura temporanea per fronteggiare l'eccezionale situazione di emergenza (15).

La Corte costituzionale ha deciso, tuttavia, che la sua decisione non avrebbe dovuto produrre effetti nel 2012. A parere dei giudici portoghesi, il bilancio del 2012 era già in uno stadio di attuazione avanzato e sarebbe stato impossibile adottare delle misure alternative per rispettare le condizioni imposte per ricevere i prestiti concordati con l'Ue e il Fmi (16). In sostanza, i giudici portoghesi vogliono evitare che, a causa della dichiarazione di incostituzionalità, si metta in pericolo il programma di erogazione dei finanziamenti concordato con l'Ue e il Fmi e conseguentemente la solvibilità dello Stato.

A causa dell'applicazione, nel 2012, dell'art. 25 della legge di bilancio del 2012, António Augusto da Conceição Mateus e Lino Jesus Santos Januário, pensionati aventi diritto a ricevere prestazioni previdenziali in base al regime pensionistico del settore pubblico, hanno perso, rispettivamente, euro 1102,40 e euro 1368,04 (17). I due decidono dunque di rivolgersi alla Corte Edu, invocando la violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione.

Prima di passare all'esame della sentenza della Corte Edu, va osservato che i ricorsi alla Corte costituzionale da parte del Presidente della Repubblica, del difensore civico e dei parlamentari di opposizione, contro le misure di austerità adottate in adempimento dei *Memoranda*, sono continuati anche nel 2013 [*acórdão* n. 187/2013 del 5 aprile 2013 (18); n. 474/2013 del 29 agosto 2013; n. 602/2013 del

(15) Il medesimo orientamento è stato espresso, fino di recente, dalla Corte costituzionale italiana, la quale ha ravvisato nel carattere eccezionale, transeunte, non arbitrario, consentaneo allo scopo prefissato, nonché temporalmente limitato, dei sacrifici richiesti, e nella sussistenza di esigenze di contenimento della spesa pubblica, le condizioni per escludere la irragionevolezza delle misure che modificano *in peius* i trattamenti erogati (sentenze n. 245/1997, n. 299/1999, n. 223/2012 e n. 116/2013). Vd. però il diverso orientamento espresso nella sentenza n. 310/2013.

(16) Sul punto, vd. A. Monteiro Fernandes, *L'austerità e l'«uguaglianza proporzionale»*. Una sentenza della Corte costituzionale portoghese, in *Law. dir.*, 2013, p. 345.

(17) António Augusto da Conceição Mateus percepiva, nel 2012, una pensione mensile di euro 722,87, mentre Lino Jesus Santos Januário percepiva, nello stesso periodo, una pensione mensile di euro 910,92.

(18) Su cui vd. T. Abbiate, *Tribunale costituzionale portoghese al tempo della crisi: una nuova pronuncia in materia di bilancio*, in *Quad. cost.*, 2013, p. 439; D. Butturini, *Portogallo: le norme nazio-*

26 settembre 2013; n. 794/2013 del 21 novembre 2013; n. 862/2013 del 19 dicembre 2013] e continuano nel 2014 (19). La Corte costituzionale ha, di regola, basato le pronunce di incostituzionalità su due principi: l'uguaglianza proporzionale e il legittimo affidamento. La prima è stata per lo più invocata per dichiarare incostituzionali le misure di austerità dirette contro i pubblici dipendenti. A parere della Corte, l'argomento dell'efficacia certa e immediata delle misure dirette nei confronti dei dipendenti pubblici, al fine di ridurre la spesa pubblica (utilizzato dalla Corte costituzionale nell'*acórdão* n. 396/2011), non può giustificare le misure previste nel terzo esercizio di bilancio che dà applicazione al programma di assistenza finanziaria. «Una riduzione dei salari del settore pubblico, sotto il pretesto dell'eccezionalità della situazione economica, dovrebbe [dunque] essere accompagnata da misure alternative di riduzione della spesa pubblica» (*acórdão* n. 187/2013, p. 41).

Il principio costituzionale di legittimo affidamento viene, di regola, invocato per la difesa dei trattamenti pensionistici (20). A parere della Corte, «arrivato il momento nel quale viene a cessare la vita lavorativa e diventa esigibile il diritto alla prestazione, il pensionato non dispone più di meccanismi di autotutela e di adattamento della propria situazione alle nuove circostanze, il che produce una situazione che impone il rispetto del principio di affidamento che si lega al principio di stabilità dell'ordine giuridico e di mantenimento delle regole che servono a definire il contenuto del diritto alla pensione» (*acórdão* n. 187/2013, p. 65). Deve dunque essere tutelata la legittima aspettativa alla continuità nel percepimento di una pensione di un determinato importo (*acórdão* n. 862/2013).

A ogni pronuncia di incostituzionalità della Corte è seguita l'immediata reazione del Presidente del Consiglio portoghese per tranquillizzare la Troika e i mercati finanziari circa l'impegno del Governo ad adottare misure sostitutive, dirette a garantire il rispetto dei vincoli di bilancio concordati nel programma di assistenza economica e finanziaria, nonché l'adozione effettiva delle nuove misure promesse (21).

nali imposte dall'austerità europea di fronte al giudizio di costituzionalità, in http://www.forum-costituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/telesco-pio/0054_butturini.pdf; G. Coelho, P. Caro de Sousa, «La morte dei mille tagli». Nota sulla decisione della Corte costituzionale portoghese in merito alla legittimità del bilancio annuale 2013, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2013, p. 527; A. Monteiro Fernandes, *L'austerità e l'«uguaglianza proporzionale»*. Una sentenza della Corte costituzionale portoghese, in *Lav. dir.*, 2013, p. 339.

(19) La Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi anche sulla legittimità costituzionale della legge di bilancio del 2014 (il ricorso è stato presentato dai parlamentari di opposizione nel gennaio 2014).

(20) La tutela del legittimo affidamento si ritrova anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana. A parere del nostro giudice delle leggi, il legislatore può emanare disposizioni che modifichino in senso sfavorevole la disciplina dei rapporti di durata, anche se l'oggetto di questi sia costituito da diritti soggettivi perfetti, sempre che tali disposizioni «non trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto» (sentenze n. 166/2012, n. 302/2010, n. 236/2009 e n. 206/2009).

(21) La cronologia degli interventi è indicata nel rapporto *Tackling the Jobs Crisis in Portu-*

La percezione delle pronunce della Corte costituzionale portoghese da parte della Commissione europea e del Fmi è ben descritta nei rapporti che chiudono le verifiche trimestrali:

«*Despite renewed challenges posed by another unfavourable ruling of the Constitutional Court in relation to public sector reform, the Portuguese authorities remain determined to achieve the objectives of the Programme*» (Commissione europea, Direzione generale per l'economia e gli affari finanziari, in *The Economic Adjustment Programme for Portugal Tenth Review*, 2014, p. 3);

«*Beginning in mid-2012, legal challenges to fiscal measures have become recurrent, and – with key elements of the 2014 budget law now submitted to the Constitutional Court for review – these challenges have intensified in recent months. This significantly complicates the authorities' efforts to rebalance the fiscal consolidation effort toward expenditure-based measures, undermines the quality of the resulting fiscal adjustment, and introduces high policy uncertainty, with an attendant negative impact on output and employments*» (*Imf Country Report n. 14/56, in Portugal. Tenth Review*, 2014, p. 2).

3. — *L'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo* — Come già annunciato, i ricorrenti del giudizio in esame hanno invocato la violazione, da parte dello Stato portoghese, dell'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione che, al comma 1, così dispone: «ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale».

Secondo la giurisprudenza della Corte Edu, l'art. 1, Prot. n. 1, può essere invocato anche in relazione al diritto di ottenere prestazioni sociali. A parere della Corte, la disposizione in esame non garantisce «il diritto a una pensione di un particolare importo», né «pone alcun limite alla libertà dello Stato contraente di decidere se disporre o meno di qualsiasi tipo di regime di previdenza sociale, o di scegliere il tipo o l'importo delle prestazioni da fornire in base a tale regime. Se, tuttavia, in uno Stato contraente vige una legislazione che prevede di diritto il pagamento di una pensione – subordinata o meno al precedente versamento di contributi – si deve ritenere che tale legislazione generi un interesse patrimoniale che rientra nell'ambito dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 per le persone che soddisfano i suoi requisiti» [*Da Conceição Matens e Santos Januário c. Portogallo*, nn. 62235/12 e 57725/12, par. 18; *Stec c. Regno Unito*, nn. 65731/01 e 65900/01; *Kjartan Ásmundsson c. Islanda*, n. 60669/00, par. 39; *Carson e altri c. Regno Unito* (Grande Camera), n. 42184/05, par. 64] (22). «La

gal, redatto dalla *task force* sui paesi europei in crisi dell'Organizzazione internazionale del lavoro (2013) (pp. 76 ss.). Sulla dura reazione del Governo portoghese alle sentenze della Corte costituzionale vd. anche A. Monteiro Fernandes, *L'austerità e l'«uguaglianza proporzionale»*. Una sentenza della Corte costituzionale portoghese, in *Law. dir.*, 2013, p. 340.

(22) In virtù dell'art. 1, Prot. n. 1, un interesse patrimoniale viene tutelato quando, pur non essendo titolare di un diritto, la persona può vantare una legittima aspettativa in relazione a un valore patrimoniale [M.L. Padelletti, *Art. 1, Prot. 1*, in S. Bartole, P. De Sena e V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012, p. 794; P. Herzfeld Olsson, *Every*

riduzione o la sospensione di una pensione può pertanto costituire un'ingerenza nei beni che deve essere giustificata» (*Da Conceição Mateus e Santos Januário c. Portogallo*, nn. 62235/12 e 57725/12, par. 18; *Valkov e altri c. Bulgaria*, nn. 2033/04, 19125/04, 19475/04, 19490/04, 19495/04, 19497/04, 24729/04, 171/05 e 2041/05, par. 84; *Rasmussen c. Polonia*, n. 38886/05, par. 71; *Panfîle c. Romania*, n. 13902/11, par. 15).

L'art. 1 del Protocollo n. 1 esige che «qualsiasi ingerenza di un'autorità pubblica nel pacifico godimento dei beni debba essere prevista dalla legge» (*Da Conceição Mateus e Santos Januário c. Portogallo*, nn. 62235/12 e 57725/12, par. 20). Qualsiasi ingerenza nel pacifico godimento dei beni deve inoltre perseguire «un fine legittimo di interesse pubblico» [*Da Conceição Mateus e Santos Januário c. Portogallo*, nn. 62235/12 e 57725/12, par. 22; *Hutten-Czapka c. Polonia* (Grande Camera), n. 35014/97, par. 163-164]. I giudici di Strasburgo annoverano, fra gli interessi pubblici rilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 1, Prot. n. 1, l'esigenza di ridurre la spesa pubblica e di risanamento economico, per fronteggiare l'eccezionale crisi economica e finanziaria del paese (*Da Conceição Mateus e Santos Januário c. Portogallo*, nn. 62235/12 e 57725/12, par. 25 e 26; *Koufaki e Adedy c. Grecia*, nn. 57665/12 e 57657/12, par. 38).

Peraltro, quando vengono invocate misure generali di politica economica e sociale, la Corte riconosce agli Stati membri, «un ampio margine di apprezzamento» (*Da Conceição Mateus e Santos Januário c. Portogallo*, nn. 62235/12 e 57725/12, par. 22). Di regola, infatti, le autorità nazionali sono «in una posizione migliore del giudice internazionale per valutare ciò che corrisponde all'interesse pubblico, per ragioni sociali o economiche, e la Corte rispetterà generalmente la scelta politica del potere legislativo a meno che essa non sia “manifestamente priva di un fondamento ragionevole”» [*Da Conceição Mateus e Santos Januário c. Portogallo*, nn. 62235/12 e 57725/12, par. 22; *Stec e altri c. Regno Unito* (Grande Camera), nn. 65731/01 e 65900/01, par. 52].

Il margine di apprezzamento è ancora «più ampio quando le questioni riguardano una valutazione delle priorità relative all'assegnazione di risorse statali limitate» (*Da Conceição Mateus e Santos Januário c. Portogallo*, nn. 62235/12 e 57725/12, par. 22; *Pentiacova e altri c. Moldavia*, n. 14462/03; *Huc c. Romania e Germania*, n. 7269/05, par. 64; *Koufaki e Adedy c. Grecia*, nn. 57665/12 e 57657/12, par. 31).

Il margine di apprezzamento di cui gli Stati godono non è tuttavia illimitato. La Corte valuta infatti se è stato raggiunto «un “giusto equilibrio” tra le esigenze di interesse generale della comunità e i requisiti di protezione dei diritti fondamentali dell'individuo», e accerta «se in ragione dell'ingerenza statale la persona interessata abbia dovuto sopportare un onere sproporzionato ed eccessivo» (*Da Conceição Mateus e Santos Januário c. Portogallo*, nn. 62235/12 e 57725/12, par. 23; *Koufaki e Adedy*, nn. 57665/12 e 57657/12, par. 42) (23).

Natural or Legal Person is Entitled to the Peaceful Enjoyment of His or Her Possession: Article 1, Protocol 1 to the European Convention on Human Rights, in F. Dorssemont, K. Lörcher e I. Schömann (a cura di), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Hart, Oxford and Portland, 2013, p. 399].

(23) La Corte deve valutare se esiste «un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e lo scopo che si intende perseguire con la misura impugnata» (*N.K.M. c. Ungheria*, n. 66529/11, par. 60).

Nel caso in esame, la Corte opera il controllo di proporzionalità in modo molto blando. A parere della Corte, «mentre una privazione totale dei diritti che comporti la perdita dei mezzi di sussistenza equivale in linea di massima alla violazione del diritto di proprietà, l'imposizione di una misura ragionevole e proporzionata non vi equivale» (*Da Conceição Mateus e Santos Januário c. Portogallo*, nn. 62235/12 e 57725/12, par. 24; *Janković c. Croazia*, n. 43440/98; *Schwengel c. Germania*, n. 52442/99; *Lakićević e altri c. Montenegro e Serbia*, nn. 27458/06, 37205/06, 37207/06 e 33604/07, parr. 62-63; *Apostolakis c. Grecia*, n. 39574/07, parr. 41-42; *Maggio e altri c. Italia*, nn. 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 e 56001/08, par. 63; *Frimu e 4 altri ricorsi c. Romania*, n. 45312/11, parr. 42-48).

L'art. 25 della legge di bilancio del 2012, nel sospendere i sussidi feriali o natalizi e qualsiasi altra prestazione corrispondente alla tredicesima e alla quattordicesima mensilità, non modifica l'importo della pensione di base; l'ingerenza nel diritto al pacifico godimento della pensione è dunque limitata in termini quantitativi (*Da Conceição Mateus e Santos Januário c. Portogallo*, nn. 62235/12 e 57725/12, par. 28). I tagli previsti dalla legge di bilancio del 2012 sono inoltre limitati nel tempo (*Da Conceição Mateus e Santos Januário c. Portogallo*, nn. 62235/12 e 57725/12, par. 28), e qui sorprende che la Corte faccia riferimento al triennio 2012-2014, senza considerare gli effetti della pronuncia di incostituzionalità della Corte costituzionale portoghese. I giudici di Strasburgo ci dicono, in sostanza, che, a fronte dell'eccezionale crisi economica e finanziaria, la riduzione triennale dei trattamenti pensionistici operata dall'art. 25 della legge di bilancio del 2012 non costituisce un onere sproporzionato ed eccessivo, in quanto non viene compromesso il contenuto essenziale del diritto alla pensione.

La decisione è in linea con quanto sostenuto qualche mese prima, in relazione alle misure greche di abolizione della tredicesima e della quattordicesima mensilità per gli impiegati pubblici. Anche in questo caso le misure di austerità non sono state ritenute eccessive in quanto non hanno un'entità tale da generare il rischio, per i destinatari, di avere insufficienti mezzi per vivere (*Koufaki e Adedy c. Grecia*, nn. 57665/12 e 57657/12, par. 46). Peraltro, nel caso da ultimo ricordato, i tagli erano permanenti, e dunque non poteva esserne invocata la «transitorietà».

In entrambe le decisioni della Corte Edu sulle misure di austerità in Grecia e Portogallo viene inoltre sottolineato che «non spetta alla Corte decidere se avrebbero potuto essere previste migliori misure alternative per ridurre il disavanzo del bilancio statale» (*Da Conceição Mateus e Santos Januário c. Portogallo*, nn. 62235/12 e 57725/12, par. 28; *Koufaki e Adedy c. Grecia*, nn. 57665/12 e 57657/12, par. 48).

Nella lettura della pronuncia in esame (ma vd. anche *Koufaki e Adedy c. Grecia*, nn. 57665/12 e 57657/12), sorprende il mancato riferimento ai numerosi elementi di diritto internazionale e alla relativa interpretazione da parte dei competenti organi, di cui la Corte deve tenere conto nell'interpretazione della Convenzione e dei relativi protocolli [*Demir e Baykara c. Turchia* (Grande Camera), n. 34503/97, par. 85]. L'interpretazione dell'art. 1, Prot. n. 1, alla luce della Carta sociale europea e della giurisprudenza del Comitato europeo dei diritti sociali (d'ora

in poi: Ceds) avrebbe forse permesso alla Corte Edu di operare lo scrutinio di proporzionalità in modo più rigoroso (24).

Nelle numerose decisioni sui reclami collettivi (25) dei sindacati greci contro le misure di flessibilizzazione del mercato del lavoro e i tagli della spesa pubblica adottati nel loro paese a seguito degli accordi con la Troika, il Ceds ha sempre affermato che «la crisi economica non dovrebbe avere come conseguenza la riduzione della protezione dei diritti riconosciuti dalla Carta. Pertanto, i Governi sono vincolati ad adottare tutte le misure necessarie per assicurare che i diritti previsti dalla Carta siano effettivamente garantiti nel momento in cui i beneficiari necessitano, in misura maggiore, di una tutela» [*Federazione generale dei lavoratori della società nazionale per l'energia elettrica (Genop-Dei) e Confederazione dei sindacati greci dei dipendenti pubblici (Adedy) c. Grecia*, ricorso collettivo n. 65/2011, par. 16; *Federazione generale dei lavoratori della società nazionale per l'energia elettrica (Genop-Dei) e Confederazione dei sindacati greci dei dipendenti pubblici (Adedy) c. Grecia*, ricorso collettivo n. 66/2011, par. 12; *Federazione dei pensionati della Grecia (Ika-Etam) c. Grecia*, ricorso collettivo n. 76/2012, par. 75; *Federazione panellenica dei pensionati del servizio pubblico (Pops) c. Grecia*, ricorso n. 77/2012, par. 71; *Unione dei pensionati delle ferrovie Ateneo-Pireo (Isap) c. Grecia*, ricorso n. 78/2012; *Federazione panellenica dei pensionati della società pubblica per l'elettricità (Pos-Dei) c. Grecia*, ricorso n. 79/2012; *Unione dei pensionati della banca dell'agricoltura della Grecia (Ate) c. Grecia*, ricorso n. 80/2012] (26). Il fatto che uno Stato sia vincolato, in base ad accordi internazionali, ad adottare misure che comprimono i diritti garantiti dalla Carta sociale europea, non lo esenta dall'obbligo di rispettare le disposizioni della Carta cui è vincolato (27) [*Federazione dei pensionati della Grecia*

(24) Sul punto, vd. quanto sostenuto da A. Guazzarotti, *Crisi economica e ruolo delle Corti: quali contrappesi alla governance europea e internazionale?*, in corso di pubblicazione.

(25) I reclami collettivi possono essere sollevati dai sindacati nazionali e internazionali e dalle organizzazioni non governative (la lista dei soggetti abilitati è indicata sul sito http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/OrganisationsEntitled/OrgEntitled_en.asp). Le decisioni del Ceds sui reclami collettivi non sono immediatamente vincolanti, ma devono essere fatte proprie dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il quale, in caso di accertamento di una violazione, adotta a maggioranza dei due terzi una raccomandazione nei confronti dello Stato convenuto. Il Ceds non si pronuncia sulla violazione della Carta sociale da parte di specifiche disposizioni normative, ma valuta l'effetto complessivo degli interventi posti in essere. «Non si tratta, dunque, di decisioni facilmente traducibili in grappoli di ricorsi individuali dinanzi a un giudice nazionale (magari una Corte costituzionale) o alla stessa Corte Edu» (A. Guazzarotti, *Crisi economica e ruolo delle Corti: quali contrappesi alla governance europea e internazionale?*, in corso di pubblicazione).

(26) In caso contrario – prosegue il Comitato – «non solo si obbligherebbero i lavoratori a sopportare una parte eccessiva delle conseguenze della crisi ma si accetterebbero anche gli effetti prociclici responsabili del peggioramento della crisi e dell'incremento degli oneri a carico dei sistemi di welfare» [*Federazione generale dei lavoratori della società nazionale per l'energia elettrica (Genop-Dei) e Confederazione dei sindacati greci dei dipendenti pubblici (Adedy) c. Grecia*, ricorso collettivo n. 65/2011, par. 18].

(27) La Carta sociale europea permette agli Stati firmatari di scegliere a quali diritti vincolarsi, all'interno di un insieme prestabilito di *core rights* (C. Benelhocine, *The European social charter*, Council of Europe publishing, Strasburgo, 2012).

(*Ika-Etam*) c. Grecia, ricorso collettivo n. 76/2012, par. 50; *Federazione panellenica dei pensionati del servizio pubblico (Pops)* c. Grecia, ricorso n. 77/2012, par. 46].

Quando, in ragione della difficile situazione economica, uno Stato deve ridurre il livello di tutela accordato dal sistema di sicurezza sociale, lo Stato deve comunque mantenere tale sistema a un livello soddisfacente, «che tenga in considerazione le legittime aspettative dei beneficiari e il diritto all'effettivo godimento del diritto alla sicurezza sociale», di cui all'art. 12 della Carta sociale europea del 1961 [*Federazione dei pensionati della Grecia (Ika-Etam)* c. Grecia, ricorso collettivo n. 76/2012, par. 69].

Il Ceds ha individuato alcuni criteri in base ai quali deve essere condotto il controllo di proporzionalità delle misure che limitano le prestazioni sociali, fra cui spicca la valutazione degli effetti che essi producono [*Federazione dei pensionati della Grecia (Ika-Etam)* c. Grecia, ricorso collettivo n. 76/2012, par. 73] (28). Con riguardo a quest'ultimo aspetto, il Ceds ha preso in considerazione il rapporto sulla Grecia della delegazione dell'Organizzazione internazionale del lavoro nel quale vengono riportati i dati forniti dal Governo greco sulla popolazione a rischio di povertà e viene segnalata l'impossibilità, per le autorità greche, di discutere dell'impatto sociale dei programmi di assistenza economica e finanziaria nel corso delle verifiche trimestrali con la Troika [*Federazione panellenica dei pensionati del servizio pubblico (Pops)* c. Grecia, ricorso n. 77/2012, par. 32] (29). È stato inoltre contestato al Governo greco il fatto di non avere esaminato se, per adempiere ai programmi di assistenza, avrebbero potuto essere adottate altre misure, con effetti meno dannosi per i pensionati [*Federazione dei pensionati della Grecia (Ika-Etam)* c. Grecia, ricorso collettivo n. 76/2012, par. 76].

Il Ceds ha poi affermato che «il reddito delle persone anziane non dovrebbe essere inferiore alla soglia di povertà, pari al 50% della media ponderata dei redditi, calcolata sulla base del valore della soglia Eurostat delle persone a rischio di povertà» [*Federazione dei pensionati della Grecia (Ika-Etam)* c. Grecia, ricorso collettivo n. 76/2012, par. 74; *Federazione panellenica dei pensionati del servizio pubblico (Pops)* c. Grecia, ricorso n. 77/2012, par. 70].

Il Ceds ha dichiarato dunque l'illegittimità dei tagli alle pensioni operati in Grecia in quanto lesivi della «legittima aspettativa dei pensionati a che le modifiche relative ai loro trattamenti di sicurezza sociale siano realizzate in maniera tale da

(28) L'assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha invitato gli Stati a valutare gli effetti prodotti dai programmi di austerità sui processi decisionali democratici, sui diritti sociali, sui servizi sociali e sui sistemi di sicurezza sociale, a danno dei gruppi più vulnerabili (*Austerity measures – a danger for democracy and social rights*, risoluzione 1884 (2012) del 26 giugno 2012, assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, par. 10.3 e 10.6). La mancata valutazione dell'impatto sociale dei programmi di assistenza economica e finanziaria è denunciata dalla risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2014 sugli aspetti sociali e occupazionali del ruolo e delle operazioni della Troika (Bce, Commissione e Fmi) in riferimento ai paesi dell'area euro soggetti a un programma [2014/2007(Ini)] (punto n. 3).

(29) Il rapporto è stato menzionato anche nel 29° rapporto annuale presentato dal Comitato di esperti sull'applicazione delle convenzioni e delle raccomandazioni dell'Organizzazione internazionale del lavoro, in cui si segnano le violazioni, da parte della Grecia, della Convenzione Oit n. 102 sulla sicurezza sociale e del codice europeo di sicurezza sociale.

prendere in dovuta considerazione la loro vulnerabilità, l'aspettativa a una disponibilità finanziaria e il loro diritto a godere dell'accesso effettivo alla protezione sociale e alla sicurezza sociale» [*Federazione dei pensionati della Grecia (Ika-Etam) c. Grecia*, ricorso collettivo n. 76/2012, par. 82; *Federazione panellenica dei pensionati del servizio pubblico (Pops) c. Grecia*, ricorso n. 77/2012, par. 78] (30).

Altro elemento sorprendente nel caso *Da Conceição Mateus e Santos Januário c. Portogallo* è il mancato richiamo, da parte dei ricorrenti, dell'art. 14 della Convenzione, in relazione al differente trattamento dei pensionati del settore pubblico.

Come noto, l'art. 14 restringe l'ambito di applicazione del principio di uguaglianza al godimento dei diritti e delle libertà previste dalla Convenzione (31). Il principio di uguaglianza è violato se la distinzione introdotta non possiede una giustificazione oggettiva e ragionevole. La previsione di un diverso trattamento in relazione all'esercizio di un diritto garantito dalla Convenzione deve perseguire un fine legittimo, e tra i mezzi impiegati e il fine perseguito deve sussistere una ragionevole relazione di proporzionalità [*Carson e altri c. Regno Unito* (Grande Camera), n. 42184/05, par. 61].

Quando la restrizione del diritto al godimento di un bene si combina con l'art. 14, la Corte Edu, pur riconoscendo allo Stato un margine di apprezzamento, opera una scrutinio più rigoroso (32). Peraltro, una volta che il ricorrente provi l'esistenza di un trattamento differenziato a lui svantaggioso, spetta allo Stato convenuto dimostrare che lo stesso è giustificato [*Serife Yiğit v. Turkey* (Grande Camera), n. 3976/05, par. 71].

4. — *Le pronunce delle Corti europee sui diritti sociali al tempo della crisi* — Che i diritti sociali — al pari di ogni diritto — costino è fatto ormai assodato (33). Che le Corti si siano sempre poste il problema delle conseguenze economiche delle proprie pronunce, fino a elaborare stratagemmi argomentativi e tecniche decisorie per contenerne gli effetti, è circostanza altrettanto nota (34). Quello che invece è

(30) La tutela delle «legittime aspettative di coloro che agiscono in buona fede, nel rispetto della legge» è stata talora sostenuta anche dalla Corte Edu (vd., ad esempio, *N.K.M. c. Ungheria*, n. 66529/11, par. 75, relativo a una disposizione che aveva tassato al 90% l'indennità di licenziamento percepita da un dipendente pubblico).

(31) «Condizione necessaria, anche se non sufficiente, affinché una violazione dell'art. 14 sia configurabile è che i fatti in questione rientrino nella previsione di una norma della Convenzione», pur se non è richiesta una violazione di tale norma [*Sommerfeld c. Germania* (Grande Camera), n. 31871/96]. Sull'art. 14, vd. N. Bruun, *Prohibition of discrimination under Article 14 European Convention of Human Rights*, in F. Dorssemont, K. Lörcher e I. Schömann (a cura di), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Oxford e Portland, Hart.

(32) A. Guazzarotti, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 1, p. 9.

(33) R. Bin, *Diritti e fraintendimenti*, in *Rag. prat.*, 2000, 15.

(34) Sulle tecniche decisorie della Corte costituzionale italiana vd. M. D'Onghia, *La giustizia costituzionale materia di previdenza sociale: diritti sociali ed equilibrio finanziario*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2000, p. 111, e più di recente, C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali*, relazione al XXVIII convegno annuale dell'Aic, 2013, p. 31.

cambiato, a seguito dello scatenarsi della crisi economica e finanziaria, è la risonanza che le pronunce delle Corti hanno sui mercati finanziari globali e dunque sul rischio di *default* degli Stati (35).

Certo, le Corti non si dovrebbero fare intimidire dalle dure parole del Fmi e della Commissione europea. Non è dunque condivisibile quell'orientamento – espresso anche dalla Corte Edu nella pronuncia in esame e nell'analogo caso greco (*Konfaki e Adedy c. Grecia*, nn. 57665/12 e 57657/12) – che, a fronte della gravità della situazione economica, allarga le maglie del controllo di proporzionalità, dando, di fatto, carta bianca al legislatore sulle misure da adottare per affrontare la crisi (36).

Vero è che poco possono fare le Corti costituzionali nazionali, le cui pronunce su puntuali disposizioni che attuano i programmi di assistenza economica e finanziaria non possono mai mettere in discussione la legittimità di quei programmi. Lo stesso può dirsi della Corte Edu, fintanto che l'Unione non aderirà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (37).

In questo momento in cui tutto sembra guidato da (apparentemente) algidi indicatori economici, alle Corti – e in particolare alla Corte Edu – spetta, tuttavia, il compito di mantenere saldi alcuni principi fondamentali, quali la garanzia del contenuto minimo dei diritti (e il connesso principio del legittimo affidamento) e l'esigenza di valutare l'impatto concreto delle misure di austerità nell'ambito del

(35) Come si legge nel *Committee study on the The Troika and financial assistance in the euro area: successes and failures* elaborato dai ricercatori del *think tank Bruegel* (2014), il «positivo sentimento dei mercati» nei confronti del Portogallo è generato da tre fattori: la fiducia dei mercati nella stabilità della zona euro; l'elevato grado di cooperazione tra le autorità portoghesi e la Troika; la fiducia nel fatto che il Portogallo uscirà, nel maggio di quest'anno, dal programma di assistenza economica e finanziaria.

(36) Tale orientamento ha, di recente, fatto capolino anche nelle pronunce della Corte costituzionale italiana. Nella pronuncia sul blocco degli scatti stipendiali per ricercatori e professori universitari (sentenza n. 310/2013), la Corte afferma che «il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, attraverso cui può attuarsi una politica di riequilibrio del bilancio, implicano sacrifici gravosi, quali quelli in esame, che trovano giustificazione nella situazione di crisi economica. In particolare, in ragione delle necessarie attuali prospettive pluriennali del ciclo di bilancio, tali sacrifici non possono non interessare periodi, certo definiti, ma più lunghi rispetto a quelli presi in considerazione dalle richiamate sentenze di questa Corte, pronunciate con riguardo alla manovra economica del 1992». Sul punto, vd. T. Abbiate, *Ancora in materia di misure anticrisi: il distinguishing della Corte (nota a sentenza Corte cost. n. 310/2013)*, in *Federalismi.it*.

(37) Diversa è la posizione della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che finora ha rifiutato di pronunciarsi sulla conformità alla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue delle misure di austerità adottate dagli Stati membri, in quanto, a parere della Corte, esse non sono state adottate in attuazione del diritto dell'Unione (Corte Giust., ord. 7 marzo 2013, C-128/12, e Corte Giust., sentenza 27 novembre 2012, C-370/2012, *Pringle*, par. 180; la Corte non si è invece ancora pronunciata sul caso sollevato da un sindacato portoghese, C-264/12). Come noto, infatti, i *Memoranda* della Troika non fanno parte del diritto dell'Unione. Non v'è dubbio però che, a seguito dell'adozione dell'insieme dei pacchetti di cui si compone la *governance* economica europea, l'orientamento della Corte dovrà cambiare (A. Guazzarotti, *Crisi economica e ruolo delle Corti: quali contrappesi alla governance europea e internazionale?*, in corso di pubblicazione).

controllo di proporzionalità (38). In entrambi i casi si tratta di raffinare le tecniche argomentative del controllo di proporzionalità, anche garantendo la più ampia circolazione delle decisioni delle Corti nazionali ed europee.

Ora poi che una folta schiera di economisti ha denunciato il prezzo delle diseguaglianze (39), fornendo dati precisi sugli effetti delle misure di austerità nei confronti dei gruppi più vulnerabili, sarebbe opportuno esplorare tutte le potenzialità del generale principio di uguaglianza (e dei connessi principi di non discriminazione), anche – soprattutto – in relazione al problema del pluralismo democratico (40).

I documenti del programma di assistenza economica e finanziaria, così come le numerose misure della *governance* economica europea, sono, tuttavia, frutto di precise scelte politiche e, come tali, necessitano di una reazione politica, che non può – ovviamente – provenire dalle Corti. Si vorrebbe che quella reazione fosse quanto più possibile democratica perché, come è stato ampiamente illustrato (41), sulla democraticità dei *Memoranda* della Troika e sulle altre misure della *governance* economica vi è assai da dubitare.

Silvia Borelli

Ricercatrice di Diritto del lavoro presso l'Università di Ferrara

(38) Su quest'ultimo punto, va segnalato che, dal 2013, sono inseriti, all'interno del *Joint Employment Report* che accompagna l'*Annual Growth Survey*, 5 indicatori della situazione occupazionale e sociale negli Stati membri [vd. anche la comunicazione della Commissione, *Potenziare la dimensione sociale dell'unione economica e monetaria*, Com(2013)690].

(39) Si vd. almeno J.K. Galbraith, *Inequality and Instability: A Study of the World Economy Just Before the Great Crisis*, Oup, New York, 2012; J. Stiglitz, *Il prezzo della disuguaglianza. Come la società divisa di oggi minaccia il nostro futuro*, Einaudi, Torino, 2013; R. Wilkinson e K. Pickett, *The Spirit of Level. Why Equality is Better for Everyone*, Penguin, Londra, 2010.

(40) Sul punto, vd. M. Barbera, *Il principio di uguaglianza nel sistema europeo «multilivello»*, in http://www.europeanrights.eu/public/commenti/04._Barbera_it.doc. Fino alla recente sentenza n. 310/2013, il principio di uguaglianza è sempre stato invocato dalla nostra Corte costituzionale quale limite agli interventi del legislatore, in situazioni di crisi. «Se, da un lato, l'eccezionalità della situazione economica che lo Stato deve affrontare è suscettibile di consentire il ricorso a strumenti eccezionali, nel difficile compito di contemperare il soddisfacimento degli interessi finanziari e di garantire i servizi e la protezione di cui tutti cittadini necessitano, dall'altro, ciò non può e non deve determinare ancora una volta un'obliterazione dei fondamentali canoni di uguaglianza, sui quali si fonda l'ordinamento costituzionale» (Corte cost., sentenza n. 116/2013 e n. 223/2012).

(41) Vd. i saggi pubblicati nel vol. 14, n. 5 del 2013, del *German Law Journal* e, da ultimo, il punto n. 2 della risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2014 sugli aspetti sociali e occupazionali del ruolo e delle operazioni della Troika (Bce, Commissione e Fmi) in riferimento ai paesi dell'area euro soggetti a un programma [2014/2007(Ini)].

INDICE

ANALITICO-ALFABETICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

APPALTO

Successione – Settore aeroportuale – Trasferimento di attività – Disciplina licenziamento collettivo – Non applicabile – Licenziamento individuale plurimo – Sussiste – Clausole sociali – Art. 14, d.lgs. n. 18/1999 – Applicabile (Tribunale Napoli, 25 settembre 2013, Sez. lav.). 334

ATTIVITÀ SINDACALE

Diritto di critica – Diffusione tramite i mezzi di informazione – Legittimità della condotta (Tribunale Arezzo, 3 ottobre 2013, Sez. lav., ord.). 332

CONTRATTO A TERMINE

Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce – Utilizzo abusivo da parte di un datore pubblico di una successione di contratti a tempo determinato – Previsione per il lavoratore unicamente del diritto al risarcimento del danno, subordinato all'obbligo di fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego – Eccessiva difficoltà nell'adempimento dell'onere probatorio – Compatibilità della normativa nazionale con le previsioni dell'Accordo quadro europeo – Non sussiste (Corte di Giustizia Ue, 12 dicembre 2013, causa C-50/13, Sez. Ottava, ord.). 242

Clausola n. 4, punto 1, dell'Accordo quadro europeo – Necessità di trattare in maniera identica l'indennità corrisposta in caso di illecita apposizione del termine e quella versata in caso di illecita interruzione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato – Non sussiste (Corte di Giustizia Ue, 12 dicembre 2013, causa C-361/12, Sez. Terza). 241

Clausola n. 4, punto 1, dell'Accordo quadro europeo – Nozione di «condizioni di lavoro» – Indennità prevista in relazione all'illecita apposizione del termine – Rientra nella nozione di «condizioni di lavoro» (Corte di Giustizia Ue, 12 dicembre 2013, causa C-361/12, Sez. Terza). 241

Direttiva n. 1999/70/Ce – Clausola 4, punto 1, dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato inserito in allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce del 28 giugno 1999 – Possibilità di applicazione diretta nei confronti di un ente pubblico – Sussiste – Natura di ente pubblico di Poste italiane Spa – Sussiste – Possibilità di far valere direttamente la clausola n. 4, punto 1, nei confronti di Poste italiane Spa – Sussiste (Corte di Giustizia Ue, 12 dicembre 2013, causa C-361/12, Sez. Terza). 241

Illegittima apposizione del termine – Nullità – Sussiste – Indennità *ex art. 32, legge n. 183/2010* – Natura risarcitoria – Interessi legali e rivalutazione monetaria – Decorrenza (Cassazione, 11 febbraio 2014, n. 3027, Sez. lav., sentenza). 255

Assunzione a termine nel pubblico impiego privatizzato – Violazione delle disposizioni in materia di contratto di lavoro a termine – Diritto alla costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato – Non sussiste – Diritto al risarcimento del danno – Sussiste (Cassazione, 2 dicembre 2013, n. 26951, Sez. lav., sentenza). 243

Lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche – Violazione delle disposizioni in materia di contratto di lavoro a termine – Riconoscimento del solo risarcimento del danno – Carattere speciale del regime sanzionatorio – Adeguatezza rispetto alle previsioni della Direttiva n. 1999/70/Ce – Sussiste (Cassazione, 2 dicembre 2013, n. 26951, Sez. lav., sentenza). 243

Impugnazione – Termine di decadenza – Ambito di applicazione (Tribunale Cosenza, 13 dicembre 2013, Sez. lav.). 327

CONTRATTO COLLETTIVO

Contratto collettivo aziendale – Durata non predeterminata – Facoltà di recesso unilaterale – Sussistenza – Condizioni – Diritti quesiti dei lavoratori – Mantenimento – Presupposti – Fattispecie in tema di personale collocato a riposo (Cassazione, 28 ottobre 2013, n. 24268, Sez. lav., sentenza). 298

DISCRIMINAZIONI

Art. 2, d.lgs. n. 216/2003 – Ordine di rimuovere gli effetti del comportamento discriminatorio tramite piano di assunzione dei lavoratori esclusi e assunzione dei lavoratori ricorrenti – Inammissibilità ricorso in Cassazione per sopravvenuta carenza di interesse ad agire della società cedente (Cassazione, 11 marzo 2014, n. 5581, Sez. lav.). 183

Art. 2, d.lgs. n. 216/2003 – Divieto di discriminazione in base alle convinzioni personali – Mancata assunzione in ragione dell'affiliazione sindacale – Sussistenza – Prova statistica – Ordine di rimuovere gli effetti del comportamento discriminatorio tramite piano di assunzione con riserva a favore dei lavoratori esclusi di una determinata percentuale nell'ambito dell'organico e assunzione dei lavoratori ricorrenti (Corte d'Appello Roma, 9 ottobre 2012, Sez. lav., ord.). 183

Art. 2, d.lgs. n. 216/2003 – Divieto di discriminazione in base alle convinzioni personali – Mancata assunzione in ragione dell'affiliazione sindacale – Sussistenza – Prova statistica – Ordine di rimuovere gli effetti del comportamento discriminatorio tramite piano di assunzione con riserva a favore dei lavoratori esclusi di una determinata percentuale nell'ambito dell'organico (Tribunale Roma, 21 giugno 2012, Sez. lav., ord.). 184

GRUPPO D'IMPRESA

Imputazione del rapporto al gruppo – Licenziamento per giustificato motivo oggettivo – Prova del *repechage* nell'intero gruppo (Cassazione, 16 gennaio 2014, n. 798, Sez. lav.). 260

LAVORO A PROGETTO

Indici subordinazione – Art. 69, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 – Trasformazione – Subordinazione (Tribunale Roma, 21 gennaio 2014, Sez. lav., ord.). 317

Recesso *ante tempus* – Licenziamento orale – Inefficacia – reintegrazione – Risarcimento danno (Tribunale Roma, 21 gennaio 2014, Sez. lav., ord.). 317

Call center – Art. 61, comma 1, d.lgs. n. 276/2003 – Trasformazione – reintegrazione – Risarcimento danno (Tribunale Latina, 17 dicembre 2013, Sez. lav.). 321

LICENZIAMENTO COLLETTIVO

Criteri di scelta – Restrizione al personale di un'unità o di un settore aziendale – Legittimità – Condizioni – Obbligo datoriale di motivazione – Comunicazione iniziale – Comparazione per l'avvio alla mobilità – Insussistenza (Cassazione, 11 novembre 2013, n. 25310, Sez. lav.). 284

LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

Mobbing e licenziamento per mancata prova – Diritto alla riservatezza e diritto di difesa – Contemperamento degli opposti interessi e adozione del cd. «criterio della gerarchia mobile» (Cassazione, 21 novembre 2013, n. 26143, Sez. lav.). 273

Risoluzione del rapporto per conseguimento dei requisiti pensionistici – Opzione del lavoratore per la prosecuzione del rapporto di lavoro fino ai settant'anni di età a norma dell'art. 24, comma 4, legge n. 214/2011 – Legittimità del recesso (Tribunale Roma, 5 novembre 2013). 365

Rito Fornero – Facoltatività – Interpretazione sistematica – Effettività della tutela giurisdizionale – Principi del giusto processo (Tribunale Napoli, 25 settembre 2013, Sez. lav.). 334

Risoluzione del rapporto per raggiungimento dei limiti di età per il conseguimento della pensione di vecchiaia – Discriminazione per età – Nullità del licenziamento e reintegrazione nel posto di lavoro (Tribunale Genova, 4 ottobre 2012). 365

PENSIONE

Crisi economica e finanziaria – Misure di austerità – Ingerenza nel pacifico godimento di un bene – Proporzionalità (Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 ottobre 2013, ricorsi n. 62235/12 e n. 57725/12, Seconda Sezione). 351

RAPPRESENTANZE SINDACALI AZIENDALI

Mancato riconoscimento diritti sindacali – Assenza firma contratto collettivo – Sentenza Corte cost. n. 231/2013 – Sindacato autonomo nazionale – Maggiore rappresentatività – Indici rivelatori – Partecipazione negoziale – Condotta antisindacale – Sussiste (Tribunale Brescia, 4 febbraio 2014, Sez. lav., decreto). 304

RISOLUZIONE CONSENSUALE

Assenza mutuo consenso – Comportamento concludente – Nuovo rapporto di lavoro (Tribunale Roma, 21 gennaio 2014, Sez. lav., ord.). 317

SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO

Generica indicazione della causale – Irregolarità della somministrazione – Costituzione del rapporto tra lavoratore e utilizzatore interponente a tempo indeterminato – Ricorrenza (Corte d'Appello Roma, 6 giugno 2013). 339

Irregolarità – Conversione – Non ricorrenza – Costituzione di un diverso rapporto di lavoro con l'utilizzatore – Sussistenza – Indennità ai sensi dell'art. 32, comma 5, della legge 4 novembre 2010, n. 183 – Non applicabilità (Corte d'Appello Roma, 6 giugno 2013). 339

TRASFERIMENTO DEL LAVORATORE

Incompatibilità ambientale – Commi 5 e 6 dell'art. 33 della legge n. 104/1992 – Violazione e falsa applicazione – Non sussiste (Cassazione, 5 novembre 2013, n. 24775, Sez. lav., sentenza). 278

TRASFERIMENTO DI AZIENDA

Art. 2112 cod. civ. – Ramo autonomo – Contratto in frode alla legge – Insussistente – Estremi (Cassazione, 5 dicembre 2013, n. 27277, Sez. lav., sentenza). 267

UNIONE EUROPEA

Direttiva n. 2002/14/Ce – Diritti di informazione e consultazione dei lavoratori – Criteri di calcolo delle soglie di personale ai fini della creazione di organismi di rappresentanza nei luoghi di lavoro (Corte di Giustizia Ue, 15 gennaio 2014, causa C-176/12, Grande Sezione). 211

Diritti di informazione e consultazione dei lavoratori – Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – Articolo 27 (Corte di Giustizia Ue, 15 gennaio 2014, causa C-176/12, Grande Sezione). 211

CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

2012

GIUGNO

Tribunale Roma, 21 giugno 2012, Sez. lav., ord. – Est. Baroncini – Fiom-Cgil nazionale (avv.ti Alleva, Ferrara, Focareta, Ingegneri, Martino, Panici, Piccinini, Poli, Recchi) c. Fabbrica Italia Pomigliano Spa (avv.ti. De Luca Tamajo, Dirutigliano, Olivieri). 184

OTTOBRE

Tribunale Genova, 4 ottobre 2012 – Est. Basilico – F.O. (avv. Califano) c. Coopservice Soc. coop. p.a. (avv.ti Siboldi, Sutich). 365

Corte d'Appello Roma, 9 ottobre 2012, Sez. lav., ord. – Pres. Torrice, Est. Orrù – Fabbrica Italia Pomigliano Spa *et al.* (avv.ti De Luca Tamaro, Dirutigliano, Olivieri, Ropolo) c. Fiom-Cgil nazionale (avv.ti Alleva, Ferrara, Focareta, Ingegneri, Martino, Panici, Piccinini, Poli, Recchi). 183

2013

GIUGNO

Corte d'Appello Roma, 6 giugno 2013 – Pres. Cannella, Est. D'Ancona – B. (avv. Pirani) c. Telecom Italia Spa (avv. Maresca). 339

SETTEMBRE

Tribunale Napoli, 25 settembre 2013, Sez. lav. – Est. Coppola – C.G., A.M., N.A., F.V. (avv.ti Migliaccio, Esposito) c. GH Napoli Spa (avv.ti Castiglione, De Rensis). 334

OTTOBRE

Tribunale Arezzo, 3 ottobre 2013, Sez. lav., ord. – Est. Picardi – Newlat Spa (avv.ti Cumani, Torino, Cherubini) c. Fai-Cisl Arezzo (avv. Borri), Flai-Cgil Arezzo (avv.ti Assennato, Fiore, De Angelis, Sacconi, Petruccioli), Uila-Uil Arezzo (avv. Borri), Cgil nazionale (avv. Di Celmo), agenzia Ansa (avv.ti Abati, Annunziata). 332

Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 ottobre 2013, ricorsi n. 62235/12 e n. 57725/12, Seconda Sezione – Pres. Raimondi – António Augusto da Conceição Mateus e Lino Jesus Santos Januário (avv. X) c. Portogallo (avv. Y). 351

Cassazione, 28 ottobre 2013, n. 24268, Sez. lav., sentenza – Pres. Miani Canevari, Est. Venuti, P.M. Fresa (conf.) – Compagnia napoletana illuminazione scaldamento gas Spa e altro (avv. Gentile) c. V.G. e altri (avv. Chiantera). 298

NOVEMBRE

Tribunale Roma, 5 novembre 2013 – Est. Mimmo – G.G. (avv.ti Longo, Caldi) c. Stretto di Messina Spa in liquidazione (avv.ti Maresca, Grassi). 365

Cassazione, 5 novembre 2013, n. 24775, Sez. lav., sentenza – Pres. Miani Canevari, Est. Venuti, P.M. Fresa (diff.) – L.F. (avv.ti Bersani, Vinzia) c. Edisu (avv. X). 278

Cassazione, 11 novembre 2013, n. 25310, Sez. lav. – Pres. Stile, Est. Tria, P.M. Romano – Sielte Spa (avv. Landi) c. S.M. (avv. Tedeschi). 284

Cassazione, 21 novembre 2013, n. 26143, Sez. lav. – Pres. Miani Canevari, Est. Berrino, P.M. Servello (conf.) – K.S. (avv.ti Palumbo, Abate) c. Azienda ospedaliera Ordine mauriziano di Torino (avv.ti Vesci, Pacchiana Parravicini). 273

DICEMBRE

- Cassazione, 2 dicembre 2013, n. 26951, Sez. lav., sentenza – Pres. Rosselli, Est. Venuti, P.M. Fresa (conf.) – Azienda sanitaria Regione Umbria Usl (*Omissis*) (avv.ti Caldara, Zingarelli) c. P.M. (avv.ti Riommi, Falla Trella). 243
- Cassazione, 5 dicembre 2013, n. 27277, Sez. lav., sentenza – Pres. Vidiri, Est. Napoletano, P.M. Servello (diff.) – B.R. + altri (avv.ti Mottalini, Sinibaldi, Medina) c. Saipem Spa (avv. Morriconi) e Ghizzoni Spa. 267
- Corte di Giustizia Ue, 12 dicembre 2013, causa C-361/12, Sez. Terza – Pres. Ilesič, Est. Toader, Avv. Gen. N. Wahl – Carmela Carratù c. Poste italiane Spa. 241
- Corte di Giustizia Ue, 12 dicembre 2013, causa C-50/13, Sez. Ottava, ord. – Pres. Fernlund, Est. Ó Caoimh, Avv. Gen. J. Kokott – Rocco Papalia c. Comune di Aosta. 242
- Tribunale Cosenza, 13 dicembre 2013, Sez. lav. – Est. Ferrentino – M.G. (avv. Cundari) c. C.G. Spa (avv.ti Falcone, Grasselli, Zambelli). 327
- Tribunale Latina, 17 dicembre 2013, Sez. lav. – Est. Marotta – I.T.F. (avv.ti Panici, Salvagni) c. Energy Esain Srl (avv. Lana). 321

2014

GENNAIO

- Corte di Giustizia Ue, 15 gennaio 2014, causa C-176/12, Grande Sezione – Avv. Gen. P. Cruz Villalón – Association de médiation sociale contro Union locale des syndicats Cgt e altri. 211
- Cassazione, 16 gennaio 2014, n. 798, Sez. lav. – Pres. Vidiri, Est. Bandini, P.M. Ceroni (conf.) – De Luca Group Italy Spa (avv.ti Cardillo, Guglielmucci) c. B.W.C.F. (avv. Barbetti). 260
- Tribunale Roma, 21 gennaio 2014, Sez. lav., ord. – Est. Canè – G.C. (avv. Salvagni) c. Tecnoindex Spa (avv. Giordano). 317

FEBBRAIO

- Tribunale Brescia, 4 febbraio 2014, Sez. lav., decreto – Est. Mancini – Anmirs (avv. Brugatelli) c. Fondazione Poliambulanza (avv. X). 304
- Cassazione, 11 febbraio 2014, n. 3027, Sez. lav., sentenza – Pres. Roselli, Est. Balestrieri, P.M. Matera (conf.) – Poste italiane Spa (avv. Pessi) c. V.G. (avv.ti Colucci, Monaldi). 255

MARZO

- Cassazione, 11 marzo 2014, n. 5581, Sez. lav. – Pres. Miani Canevari, Est. Bandini, P.M. Matera (diff.) – Fabbrica Italia Pomigliano Spa (avv.ti De Luca Tamajo, Dirutigliano, Mastroianni, Olivieri) c. Fiom-Cgil (avv.ti Alleva, Cossu, Ferrara, Focareta, Martino, Panici, Piccinini, Poli, Recchi). 183

PRINCIPALI FONTI NORMATIVE
E CONTRATTUALI

COSTITUZIONE

– art. 1	234
– art. 2	234, 275, 307
– art. 3	165, 224, 234, 275, 282, 286, 307, 349, 367
– art. 4	194, 234, 258, 367
– art. 13	275
– art. 14	275
– art. 24	239, 258, 277, 286, 341
– art. 25	219
– art. 32	330
– art. 35	234, 367
– art. 36	194, 218, 234, 300
– art. 37	234, 367
– art. 38	234
– art. 39	234, 307
– art. 40	234, 330
– art. 41	269, 282, 330
– art. 51	234
– art. 81	213
– art. 97	213, 282
– art. 111	258
– art. 117	213

UNIONE EUROPEA

Trattato Ce

– art. 5	289
----------------	-----

Trattato Ue

– art. 6	165
----------------	-----

Trattato di Lisbona

– art. 6	372
----------------	-----

Trattato sul funzionamento dell'Ue

– art. 9	209
– art. 157	169
– art. 267	186

Direttiva n. 1975/129	285
-----------------------------	-----

Direttiva n. 1992/56	286
Direttiva n. 1996/67/Ce	338
Direttiva n. 1998/50/Ce	268
Direttiva n. 1998/59	
– art. 1	286
– art. 2	288
– art. 6	289
Direttiva n. 1999/70/Ce	241, 330, 347
Direttiva n. 2000/78/Ce	203, 366
– art. 1	164
– art. 2	164, 373
– art. 6	373
Direttiva n. 2001/86/Ce	176, 189
Direttiva n. 2002/14	185
– art. 3	189
Direttiva n. 2002/38/Ce	176
Direttiva n. 2009/38/Ce	176
Direttiva n. 2001/23/Ce	262, 268
Risoluzione del Consiglio d'Europa n. 1884 (2012) del 26 giugno 2012	
– par. 10.3	361
– par. 10.6	361
Risoluzione del Parlamento europeo	361
n. 2014/2007(Ini) del 26 giugno 2012	
– punto 2	364
Accordo quadro sul lavoro Unice, Ceep, Ces	347
sul lavoro a tempo determinato del 18 marzo 1999	
– Clausola 4	247
– Clausola 4.1	241
– Clausola 5	245, 330
– Clausola 5.1	245
– Clausola 8.1	248
– Clausola 8.3	249
Accordo tra Governo portoghese, Commissione	352
europea, Fmi, e Banca centrale europea 3 maggio 2011	
Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ...	163, 283
– art. 10	166
– art. 12	176
– art. 21	166, 198, 373
– art. 27	171, 185
– art. 28	194
– art. 30	372

– art. 31	208
– art. 35	192
– art. 37	192
– art. 47	247
– art. 51	169, 186
– art. 52	166, 186
– art. 53	174

Carta sociale europea del 1961	359
--------------------------------------	-----

– art. 12	361
-----------------	-----

Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo
e delle libertà fondamentali

– art. 6	247, 336
– art. 8	275
– art. 9	166
– art. 11	163
– art. 13	336
– art. 14	362
— Protocollo addizionale	
– art. 1	355
– art. 2	166

Decisione di esecuzione del Consiglio del 17 maggio
2011 sulla concessione di assistenza finanziaria
dell'Unione al Portogallo

– Considerando n. 1	352
---------------------------	-----

CONVENZIONI E ACCORDI INTERNAZIONALI

Convenzione Oil n. 102 del 1952	361
---------------------------------------	-----

Convenzione Onu 13 dicembre 2006 sui diritti dei disabili	283
--	-----

Trattato istitutivo del Mes del 2 febbraio 2012	352
---	-----

PRELEGGI

– art. 14	330
-----------------	-----

CODICE CIVILE

– art. 1175	270
-------------------	-----

– art. 1292	263
-------------------	-----

– art. 1337	313
– art. 1339	346
– art. 1343	264, 269
– art. 1344	264, 269
– art. 1345	269
– art. 1346	302
– art. 1372	320
– art. 1373	302
– art. 1375	270
– art. 1414	264
– art. 1424	345
– art. 2073	301
– art. 2094	262, 342
– art. 2103	279
– art. 2104	273
– art. 2105	273
– art. 2106	234
– art. 2112	267, 300
– art. 2118	365
– art. 2119	273
– art. 2127	346

CODICE PROCEDURA CIVILE

– art. 112	236
– art. 409	323
– art. 429	257
– art. 700	332

CODICE PENALE

– art. 51	333
-----------------	-----

CODICE PROCEDURA PENALE

– art. 653	226
------------------	-----

LEGGI E DECRETI

r.d. 30 gennaio 1941, n. 12	
– art. 65	349
d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3	225
– art. 117	226
d.P.R. 14 luglio 1960, n. 1019	286

legge del 1960, n. 1369	341
– art. 1	346
legge 15 luglio 1966, n. 604	
– art. 1	371
– art. 2	238
– art. 3	264
– art. 5	376
– art. 6	329
– art. 7	238
– art. 8	256, 340
– art. 11	286, 367
legge 20 maggio 1970, n. 300	
– art. 7	238, 280
– art. 14	333
– art. 15	366
– art. 18	186, 229, 257, 265, 270, 317, 334, 366
– art. 19	304
– art. 22	282
– art. 28	180, 305, 335
legge 9 dicembre 1977, n. 903	
– art. 4	367
d.P.R. 25 ottobre 1981, n. 737	225
d.l. 22 dicembre 1981, n. 791	
– art. 6	367
legge 26 febbraio 1982, n. 54	367
legge 7 febbraio 1990, n. 19	
– art. 9	226
legge 11 maggio 1990, n. 108	285
– art. 4	366
legge 15 dicembre 1990, n. 395	
– art. 1	225
– art. 21	224
legge 29 dicembre 1990, n. 407	
– art. 6	367
legge del 1990, n. 428	
– art. 47	311
legge 23 luglio 1991, n. 223	235, 267
– art. 4	236, 285, 334
– art. 5	285
– art. 24	286, 334
legge del 1992, n. 104	
– art. 33	278
legge 23 ottobre 1992, n. 421	
– art. 1	222
d.lgs. 30 ottobre 1992, n. 449	
– art. 6	226

– art. 7	213
– art. 24	225
d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502	
– art. 3	223
– art. 3- <i>bis</i>	222
d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 503	368
legge Regione Abruzzo del 1994, n. 91	215
decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 19 luglio 1995, n. 502	
– art. 1	214
d.lgs. 26 maggio 1997, n. 151	286
legge 24 giugno 1997, n. 196	340
d.lgs. del 1998, n. 80	
– art. 36	243
d.lgs. 13 gennaio 1999, n. 18	
– art. 14	334
d.lgs. del 2000, n. 267	
– art. 78	282
legge 24 marzo 2001, n. 89	259
d.lgs. del 2001, n. 151	
– art. 54	231
d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165	
– art. 2	225
– art. 3	225
– art. 33	216
– art. 34- <i>bis</i>	216
– art. 36	243
– art. 52	218
d.lgs. del 2001, n. 368	
– art. 1	246, 327, 342
– art. 2	327
– art. 3	327
– art. 4	327
– art. 5	244, 328
– art. 10	348
d.lgs. del 2003, n. 196	275
– art. 5	276
– art. 7	276
– art. 8	276
– art. 17	276
– art. 18	275
– art. 19	275
– art. 20	276
– art. 21	276
– art. 22	276
– art. 23	275
– art. 24	276

– art. 25	276
– art. 26	276
– art. 27	276
– art. 45	276
– art. 123	275
– art. 126	275
– art. 129	275
– art. 130	275
– art. 167	275
d.lgs. del 2003, n. 215	
– art. 5	168
d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216	
– art. 2	164
– art. 4	366
– art. 5	168
d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276	
– art. 20	341
– art. 21	342
– art. 27	339
– art. 29	337
– art. 32	268
– art. 61	318, 321
– art. 63	323
– art. 64	324
– art. 65	324
– art. 66	324
– art. 67	324
– art. 69	317, 325
d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198	
– art. 30	368
– art. 35	266
– art. 40	376
legge del 2006, n. 296	
– art. 178	322
d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 25	189
d.l. 31 dicembre 2007, n. 248	
– art. 6	369
– art. 7	337
legge 28 febbraio 2008, n. 31	337, 369
legge del 2009, n. 18	283
legge 31 dicembre 2009, n. 196	
– art. 17	213
d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 5	369
d.l. 31 maggio 2010, n. 78	369
– art. 9	219
– art. 12	347
legge 30 luglio 2010, n. 122	369

– art. 1	219
legge 4 novembre 2010, n. 183	247
– art. 32	249, 255, 327, 339
d.l. del 2011, n. 98	
– art. 32	238
d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150	
– art. 28	376
d.l. 6 dicembre 2011, n. 201	
– art. 24	230, 366
d.m. ministero dell'Economia	369
e delle Finanze 6 dicembre 2011	
legge 22 dicembre 2011, n. 214	230
– art. 24	365
legge Provincia autonoma di Bolzano	213
17 gennaio 2011, n. 1	
– art. 5	219
– art. 7	219
– art. 8	219
– art. 12	219
– art. 15	219
d.l. 22 giugno 2012, n. 83	322
legge 28 giugno 2012, n. 92	229, 266, 322, 328, 334
– art. 1	256, 290, 317, 324, 335, 344, 376
– art. 2	286
– art. 4	320
legge del 2012, n. 98	
– art. 1	265
legge del 2012, n. 111	238
legge 7 agosto 2012, n. 134	
– art. 24- <i>bis</i>	322
d.d.l. Senato 10 ottobre 2012, n. 3515	
legge Regione Molise 26 gennaio 2012,	221
n. 2	
legge Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia	
13 dicembre 2012, n. 25	
– art. 8	213
legge Regione Abruzzo 28 dicembre 2012, n. 71	213
– art. 1	215
– art. 2	215
d.l. 28 giugno 2013, n. 76	320, 325
legge 9 agosto 2013, n. 99	320, 325
legge Regione Molise 17 gennaio 2013, n. 4	213
– art. 12	219
– art. 34	219
Testo Unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014	308
Statuto Provincia autonoma di Bolzano	

– art. 8	219
– art. 9	219

ACCORDI SINDACALI

Ccnl collaboratori a progetto dei <i>call centers outbound</i> . . .	324
22 luglio 2013 (AssoCall e Ugl)	
Ccnl collaboratori a progetto dei <i>call centers outbound</i> . . .	324
1° agosto 2013 (Assotelecomunicazioni-Asstel, Assocontact e Slc-Cgil, Fistel Cisl e Uilcom Uil)	
Ccnl dipendenti da imprese esercenti servizi di pulizia	232
Ccnl dirigenza regionale 22 febbraio 2006	
– art. 16	217
Ccnl personale di terra del trasporto aereo e delle attività aeroportuali	
– art. G3	338
Ccnl Tlc	324

ACCORDI INTERCONFEDERALI

Accordo interconfederale del 20 dicembre 1950	286
Accordo interconfederale del 5 maggio 1965	286
Accordo interconfederale 20 dicembre 1993	306
Protocollo d'intesa Confindustria, Cgil, Cisl e Uil	308
del 31 maggio 2013	

CIRCOLARI MINISTERIALI

circolare ministero del Lavoro del 28 maggio 2001 . . .	337
n. L/01	
circolare ministero del Lavoro e della Previdenza	322
sociale n. 17/2006	
circolare ministero del Lavoro e della Previdenza	325
sociale n. 4/2008	
circolare ministero del Lavoro e delle Politiche sociali	323
n. 14/2013	

CIRCOLARI ISTITUTI PREVIDENZIALI

circolare Inps del 26 maggio 1982, n. 121	368
circolare Inps del 25 marzo 1991, n. 80	368
circolare Inps del 15 gennaio 2008, n. 5	369

LEGGI DELLA REPUBBLICA DI FRANCIA

Codice del lavoro	
art. L. 1111-3.	186

LEGGI DELLA REPUBBLICA DI PORTOGALLO

Costituzione	
– art. 3	354
legge n. 64-B/2011 (legge di bilancio 2012)	
– art. 21	354
– art. 25	351
legge di bilancio 2014	356

pubblicità Unipol

pubblicità Unipol

pubblicità Unipol