

PARTE II
GIURISPRUDENZA

Sonia Fernández Sánchez (*)

LA CARTA SOCIALE EUROPEA QUALE STRUMENTO DI TUTELA DEI DIRITTI SOCIALI IN AMBITO NAZIONALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2.1. Il contratto a tempo indeterminato di sostegno agli imprenditori alla luce dei principi costituzionali e della Cse: a) i profili di costituzionalità e le pronunce della Corte costituzionale. — 2.2. *Segue*: b) la sentenza del Juzgado de lo Social n. 2 di Barcellona del 19 novembre 2013 (n. 412/2013). — 2.2.1. Il precedente relativo a un'analoga disciplina introdotta in Grecia. — 2.2.2. Un analogo caso, in Francia, sulla base del contrasto tra diritto interno e le convenzioni Oil. — 2.3. *Segue*: c) le motivazioni della sentenza del Tribunale di Barcellona. — 3. Conclusioni.

1. — *Introduzione* — Questo lavoro, prendendo lo spunto da una sentenza del Tribunale di Barcellona, intende esplorare le potenzialità della Carta sociale europea (d'ora in avanti, Cse), e più in generale delle norme internazionali, nella tutela dei diritti sociali in un contesto che vede la loro progressiva erosione in nome delle misure di contrasto alla crisi economica. Si potrà osservare come il diritto del lavoro, ben lungi dal porsi come fonte autarchica e autosufficiente, deve sempre più fare i conti con altre fonti, gerarchicamente superiori: in primo luogo la Costituzione e poi la normativa dell'Ue o di altri organismi internazionali.

Per lungo tempo, l'ordinamento giuridico spagnolo, come del resto quello italiano, ha trascurato il ricorso alle fonti internazionali per il semplice fatto che l'ordinamento interno accordava tutele di gran lunga superiori a quelle stabilite dalle fonti internazionali (1). Non a caso, il dibattito, piuttosto che invocare l'applicazione delle direttive, si è incentrato sull'interpretazione delle clausole di non regresso (2).

Le cose son cambiate. L'attuale crisi economica mondiale ha indotto i Governi ad adottare politiche fortemente restrittive, con una consistente ri-

(*) Assegnista di ricerca presso l'Università di Cagliari.

(1) C. Alfonso Mellado, *El derecho del trabajo. Referentes constitucionales e internacionales*, in *Estudios Fundación 1° de mayo*, 2013, n. 75, p. 2.

(2) M. Roccella, *Diritto comunitario, ordinamento nazionali, diritto del lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.INT, n. 23/2004.

duzione dei diritti dei lavoratori e del *welfare*, sulla base del presupposto, peraltro indimostrato (3), che l'eccesso di tutela possa aver contribuito all'aggravarsi della crisi e che una politica di austerità possa essere il rimedio. La Grecia, il Portogallo e la Spagna sono stati i principali paesi «colpiti» dall'imposizione di inflessibili direttive stabilite principalmente dalla *Troika* (Fondo monetario internazionale, Commissione europea e Banca centrale europea), quale condizione per l'aiuto finanziario di cui necessitavano.

L'introduzione di riforme regressive in materia di diritto del lavoro, in Spagna come negli altri paesi culturalmente più vicini, produce frizioni con le norme costituzionali e sopranazionali (4). Così il legislatore, ma soprattutto i Tribunali, incominciano a far riferimento alla normativa europea e internazionale, cioè a quelle norme, articolate prevalentemente per principi e per trattamenti minimi, sino a ora largamente trascurate.

Le normative sovranazionali, in linea di principio costituiscono un vincolo per gli Stati. L'adesione ai trattati o alle convenzioni, che in molti casi impone agli Stati di conformarsi, può contenere, per un verso, l'obbligo di adottare le misure indicate dalle autorità sovranazionali di riferimento e, per altro verso, quello di garantire l'applicazione della disciplina internazionale. Può accadere che le nuove normative introdotte dal legislatore in ossequio ai vincoli imposti da organismi sovranazionali (5) possano far venir meno diritti riconosciuti ai lavoratori sulla base di altre obbligazioni internazionali. Poiché gli obblighi internazionali sono formulati prevalentemente mediante principi, solo a seguito di un processo interpretativo sarà possibile appurare se le nuove norme siano in contrasto con la disciplina contenuta nelle fonti internazionali applicabili all'interno dello Stato. Con l'ulteriore complicazione derivante dal fatto che, a sua volta, è sulla base di principi generali quali la proporzionalità e la ragionevolezza che sarà possibile valutare la legittimità di una norma che si discosti da quanto stabilito dalla normativa internazionale.

Recentemente, il Comitato europeo dei diritti sociali, che è l'organismo deputato a vigilare sull'applicazione della Carta sociale europea, ha formalmente dichiarato che molte delle recenti riforme adottate da alcu-

(3) R. Realfonzo, *Deregolamentare per crescere? Epl, quota salari e occupazione*, in q. *Riv.*, 2013, n. 3, I, pp. 487 ss.

(4) M.C. Salcedo Beltrán, *El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional*, in *Revista de derecho social*, 2013, n. 62.

(5) La ratifica del Trattato di stabilità, coordinamento e *governance* sottoscritto a Bruxelles il 2 febbraio 2012 è stata imposta alla Spagna, non diversamente da quanto avvenuto in altre occasioni per la Grecia o il Portogallo, in quanto condizione per la concessione di aiuti finanziari.

ni dei paesi dell'Ue violano apertamente i diritti dei lavoratori e che il rispetto della Cse rappresenta un ostacolo alle riforme di austerità o di «miglioramento della competitività» (6). Lo stesso Comitato europeo, con la decisione sul merito del 3 luglio 2013 (reclamo n. 85/2012), ha dichiarato che la cd. *lex Laval*, adottata dal parlamento svedese (7) in ossequio alla dottrina della Corte di Giustizia europea, viola la Cse (8). Tale linea interpretativa si pone in evidente contrasto sia con le politiche imposte dalla *Troika* che con la recente giurisprudenza della Corte di Giustizia europea. Si evidenzia così «l'esistenza di due livelli europei diversi e attualmente opposti» (9): il primo, riferibile alla Commissione europea, e sostenuto da una recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, è ispirato alla valorizzazione del mercato e delle libertà economiche, mentre l'altro, espresso dal Comitato europeo dei diritti sociali, afferma solennemente che la crisi economica non può essere invocata quale giustificazione per la riduzione delle tutele del lavoro. Questa linea di pensiero ha ispirato anche un gruppo di giuristi europei che, nel gennaio del 2013, ha sottoscritto un manifesto nel quale si afferma che «l'attuale Commissione europea, assieme alla *Troika*, non sta rispettando elementi fondamentali del modello sociale europeo e lo spirito della Dichiarazione di Filadelfia» (10).

Questa constatazione implica un secondo livello di ragionamento, che porta la dottrina e la giurisprudenza a interrogarsi sulle modalità di appli-

(6) Non soltanto nel contesto delle norme lavoristiche, visto che la Spagna è stata condannata all'inizio del 2014 dal Comitato dei diritti sociali del Consiglio d'Europa per aver ritirato la tessera sanitaria ad alcuni lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno. Vedi M.B. Cardona Rubert, C. Salcedo Beltrán, *Gobierno y Carta social europea: por las buenas o por las malas*, in blog *Al revés y al derecho*, 17 febbraio 2014, <http://alrevesyalderecho.infolibre.es>.

(7) Dopo la nota sentenza della Corte di Giustizia europea del 18 dicembre 2007 (C-341/05), come conseguenza del conflitto tra l'impresa lettone Laval e i rappresentanti sindacali più importanti del settore dell'edilizia svedesi, che ha notevolmente limitato il diritto alla contrattazione collettiva nell'ambito del distacco transnazionale di lavoratori, la Svezia ha dovuto modificare la normativa nazionale attraverso l'approvazione della legge del 25 marzo 2010, n. 228, cd. *lex Laval*.

(8) M.C. Salcedo Beltrán, *El Consejo de Europa frente a la Unión europea: vulneración de la Carta social europea pro «Lex Laval»*, in *Estudios Fundación 1º de mayo*, 2014, n. 77.

(9) M.C. Salcedo Beltrán, *Instrumento para la defensa de los derechos sociales: Carta social europea*, in *Estudios Fundación 1º mayo*, 2013, n. 60, p. 5.

(10) L'iniziativa di tale Manifesto è partita dall'Istituto sindacale europeo (Etui) ed è stato redatto da un gruppo di esperti che lavorano da tempo con questo Istituto (Niklas Bruun, Klaus Lörcher, Simon Deakin, Csilla Kollonay-Lehoczy, Isabelle Schömann). Si può vedere in <http://www.etui.org/News/Blind-austerity-undermines-fundamental-social-rights>.

cazione della normativa sovranazionale all'interno dell'ordinamento spagnolo; si tratta di una problematica che, pur con qualche differenza, è comune a paesi come la Francia e l'Italia.

2.1. — *Il contratto a tempo indeterminato di sostegno agli imprenditori alla luce dei principi costituzionali e della Cse: a) i profili di costituzionalità e le pronunce della Corte costituzionale* — L'occasione per un'ampia riflessione sulle tematiche appena enunciate, che ha interessato dottrina e giurisprudenza, è stata fornita dall'introduzione nell'ordinamento spagnolo a opera della legge di riforma del 2012 (decreto legge n. 3/2012, 10 febbraio, convertito in legge n. 3/2012, 6 luglio, recante misure urgenti per la riforma del mercato di lavoro) di un nuovo istituto, denominato «contratto a tempo indeterminato di sostegno agli imprenditori» che, contrariamente a quanto enunciato nella dichiarazione d'intenti, aggiunge una nuova forma di precariato (grazie alla norma che consente «in qualsiasi caso» la previsione di un periodo di prova di un anno, indipendentemente dalle mansioni svolte e dalla qualifica del lavoratore) (11) e consente di licenziare *ad nutum* il lavoratore, in assenza di qualsivoglia giustificazione, senza obbligo di preavviso e senza diritto ad alcuna indennità. La riforma del 2012, per quanto riguarda questa tipologia contrattuale, deroga la norma dello Statuto dei lavoratori spagnolo che non consente in alcun caso un periodo di prova superiore ai sei mesi (12). Nell'esposizione dei motivi che precede l'articolato, la nuova figura contrattuale si giustifica con la necessità di una maggiore flessibilità in ingresso che dovrebbe favorire l'assunzione di nuovi lavoratori, con contratto a tempo indeterminato, da parte delle imprese. In realtà, si tratta di una sorta di contratto a termine di 12 mesi con possibilità di licenziamento a costo zero. Una durata così lunga, infatti «diminuisce la funzione specifica del patto di prova», cioè snatura la sua stessa ragion d'essere (13), trasformandolo, in realtà, «in un contratto a termine ca-

(11) M.C. Aguilar del Castillo, *La constitucionalidad del periodo de prueba en el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores*, comunicazione presentata alle XXXI Jornadas andaluzas de Derecho del trabajo y Relaciones laborales, «Constitución española y relaciones laborales ante el actual escenario social y económico», Cádiz, 13 e 14 dicembre 2012, p. 11.

(12) L'art. 14.1 del *Estatuto de los trabajadores* stabilisce che il «periodo di prova non potrà eccedere i sei mesi per i tecnici laureati, né i due mesi per gli altri lavoratori. Nelle imprese con meno di venticinque lavoratori il periodo di prova non potrà eccedere i tre mesi per i lavoratori che non siano tecnici laureati».

(13) I. Beltrán Heredia Ruíz, *Ley n. 3/2012, desistimiento y derecho al trabajo*, in Garrido Pérez (coordinato da), *Constitución Española y relaciones laborales ante el actual escenario económico y productivo*, Consejo andaluz de Relaciones laborales, Sevilla, 2013.

ratterizzato dal riconoscimento di una libera facoltà di recesso da parte dal datore di lavoro» (14). L'originaria finalità della prova viene svuotata convertendo il contratto in un mero strumento di flessibilizzazione (15). La possibilità di recedere liberamente dal contratto, entro 12 mesi, senza alcuna procedura, senza bisogno di giustificazione e, quindi, senza alcun rischio di controllo giudiziale lo rende particolarmente appetibile (16); non a caso gli è stato imposto il nome di contratto di sostegno agli imprenditori. L'obiettivo reale, in definitiva, non è affatto la stabilità, bensì proprio la precarietà (17). La scelta del legislatore, in altri termini, è stata quella di sostenere gli imprenditori che accettano il rischio di creare nuova occupazione in un momento di crisi economica, sacrificando i diritti dei lavoratori.

In effetti, posto che la fissazione di un periodo secco di un anno è teleologicamente incompatibile con la finalità dell'istituto della prova, sarebbe stato più coerente consentire all'imprenditore di recedere liberamente dal contratto, senza formalità e senza giustificazione, durante i primi 12. Ma tale concessione, all'interno di un rapporto dove l'*intuitus personae* non può esser considerato determinante, come avviene per i dirigenti, si sarebbe rivelata palesemente incostituzionale per difetto di giustificazione del licenziamento.

La dottrina ha subito osservato, in maniera pressoché unanime, che la previsione di un periodo di prova di un anno dev'essere ritenuta incostituzionale (18), per contrasto con il diritto al lavoro di cui all'art. 35.2 della Costituzione spagnola, così come interpretato dalla Corte cost., che nella

(14) A.L. De Val Tena, *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1998.

(15) S. Ruesga Benito (diretto da), *Instrumentos de flexibilidad interna en la negociación colectiva*, ministero de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2012, p. 22.

(16) J. Pérez Rey, *El contrato de apoyo a los nuevos emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo*, in *Revista de derecho social*, 2012, n. 57, pp. 51-70.

(17) Questo contratto a tempo indeterminato di sostegno agli imprenditori ha avuto successo. La ragione di tale successo, tuttavia, non risiede nel suo carattere di contratto a tempo indeterminato, bensì nella possibilità di assumere un lavoratore con un periodo di prova di un anno. Ciò è dimostrato dal fatto che l'85% dei contratti di questo tipo firmati tra febbraio 2012 e agosto 2013 sono stati sottoscritti con la rinuncia delle detrazioni fiscali che la legge riconosce solo nel caso che il contratto preveda una durata di almeno tre anni (Bocg, Congreso de los Diputados, 30 ottobre 2013, n. 350, pp. 536 ss.). Nel gennaio del 2014, sono stati registrati 7.408 nuovi contratti di sostegno agli imprenditori. In totale, da quando è entrata in vigore la norma si sono registrate 163.389 assunzioni. Il 40% ha riguardato giovani di età inferiore ai 30 anni (dati aggiornati al febbraio 2014).

(18) I. Beltrán Heredia Ruíz, *op. ult. cit.*

sua dimensione individuale dev'essere inteso sia come il diritto a un licenziamento giustificato (19), sia come il diritto a una tutela giudiziale effettiva. La stabilità nell'impiego è parte del diritto al lavoro nella misura in cui implica la causalità nel licenziamento. La presenza del periodo di prova, già di per sé, condiziona il diritto alla stabilità (20): in mancanza di una «reazione adeguata contro il licenziamento si indebolirebbe pericolosamente la consistenza del diritto al lavoro e si svuoterebbe tale diritto della sua funzione tipica di tutela, nella dimensione sociale, caratteristica essenziale dello Stato di diritto, la cui finalità è quella di compensare la diseguaglianza tra imprenditore e lavoratore quando si tratti di disciplinare le condizioni e il contenuto di questo rapporto mutuo o sinallagmatico» (21). Una durata così estesa del periodo di prova, in assenza di ogni riferimento all'attitudine del lavoratore e senza alcuna giustificazione del recesso che intervenga durante i primi 12 mesi, può esser considerata, a ragione, contraria all'ordinamento costituzionale.

Sulla base di tale, diffuso, orientamento sono state sollevate diverse eccezioni di incostituzionalità, in relazione a diverse norme contenute nella riforma, tra le quali, per quanto direttamente ci interessa, quella relativa alla introduzione di un periodo di prova di un anno nel contratto di sostegno agli imprenditori che, di fatto, consente il licenziamento libero per i primi 12 mesi.

Nelle more della decisione sul merito delle eccezioni sollevate dal Tsj del País Vasco, la Corte costituzionale aveva già lasciato intendere il proprio orientamento a rigettare tutte le eccezioni di incostituzionalità relative alla riforma, nel dichiarare inammissibile la questione di incostituzionalità, presentata da un giudice di Madrid, con riguardo a diversi aspetti della riforma (decisione n. 43 del 12 febbraio 2014, Boe 11 marzo 2014). La decisione della Corte cost. era incentrata soprattutto sull'ammissibilità dello strumento d'urgenza rappresentato dal regio decreto per legiferare in materia di riforma del lavoro ma, nell'ammettere la legittimità del ricorso al-

(19) La Costituzione non contiene un esplicito riferimento al principio per cui l'estinzione del rapporto di lavoro debba essere giustificata, ma la Corte cost., da sempre, deduce tale diritto dall'art. 35 Cost.: Stc 2 luglio 1981, n. 22; 4 giugno 1990, n. 103; 27 gennaio 1994, n. 20; 27 ottobre 2003, n. 192.

(20) A. Martín Valverde, *El período de prueba en el contrato de trabajo*, Montecorvo, Madrid, 1976, pp. 19-20. Nello stesso senso, A. Montoya Melgar, *La estabilidad en el empleo en el Derecho del trabajo en España*, in *Revista de política social*, 1978, n. 118, pp. 57-58; M. Rodríguez-Piñero Royo, *El período de prueba*, in *Revista española de derecho del trabajo*, 2000, n. 100, pp. 466 e 479.

(21) Stc 27 gennaio 1994, n. 20, fondamento giuridico 2°.

lo strumento d'urgenza, argomentando che la gravità della crisi economica e occupativa in atto giustificerebbe la straordinaria e urgente necessità di adottare disposizioni legislative provvisorie (art. 86.1 Cost.), aveva lasciato intendere che, sulla base di analoghe esigenze, non sarebbero incappati nella dichiarazione di incostituzionalità neppure altri profili della riforma su cui si sarebbe dovuta ancora pronunciare.

Tale decisione ha indotto una parte della dottrina a parlare di una sorta di «decostituzionalizzazione» del diritto del lavoro (22). La particolare difficoltà del momento è confermata dalla forte divisione interna che si è verificata in occasione della decisione. Dei dodici componenti *in plenum*, infatti, quattro si sono dissociati con una dichiarazione di voto (*voto particular*) contraria alla decisione assunta dalla maggioranza, secondo quanto consentito dalla normativa spagnola.

Successivamente, le pessimistiche previsioni scaturite dalla decisione del febbraio 2014 hanno trovato piena conferma con la sentenza della Corte cost. del 16 luglio 2014, con la quale la Corte ha dichiarato infondate tutte le eccezioni di incostituzionalità relative alla riforma del lavoro del 2012 sollevate dal Tsj del País Vasco. Per quanto più direttamente interessa il nostro argomento, ha ritenuto costituzionalmente legittimo anche il periodo di prova di 12 mesi relativo al contratto di sostegno agli imprenditori, invertendo così una consolidata dottrina della stessa Corte che, sino a questo momento, aveva considerato insito nel diritto al lavoro costituzionalmente garantito l'obbligo di giustificazione del licenziamento (23). Anche in questo caso, la Corte cost., attualmente presieduta da un giuslavorista, il prof. De los Cobos, ha deciso con il voto contrario di tre componenti, tra i quali l'ex presidente dell'associazione dei giuslavoristi spagnoli, il prof. Valdés dal Ré.

2.2. — Segue: *b) la sentenza del Juzgado de lo Social n. 2 di Barcellona del 19 novembre 2013 (n. 412/2013)* — La decisione del giudice di Barcellona del novembre 2013 si inserisce nell'ambito di quell'orientamento che vede nella libertà di recesso del nuovo contratto di sostegno agli imprenditori un *vulnus* del diritto a una motivazione del licenziamento ma, piuttosto che percorrere la strada dell'incostituzionalità, che pure prende in considerazione, ritiene che l'illegittimità di un eccessivo periodo di prova, così come stabilito dal r.d. del 2012, possa essere direttamente fondato sul

(22) A. Baylos Grau, *La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral del 2012*, in *Revista de derecho social*, 2013, n. 61, pp. 19-41.

(23) J. Cruz Villalón, *Giro cualitativo*, in *El País* del 16 luglio 2014.

contrasto con la normativa internazionale applicabile in Spagna, e precisamente con la Cse. Riporta così alla ribalta la tematica della normativa internazionale e della gerarchia delle fonti.

Il tema del contrasto con la Cse non è nuovo. Non a caso, i precedenti relativi alle misure adottate in Grecia hanno fornito non pochi spunti interpretativi al giudice di Barcellona.

È da notare che il contrasto con la Cse può essere sollevato «direttamente» in quanto applicabile per via della ratifica della Carta da parte della Spagna, oppure «indirettamente», cioè per contrasto con la disciplina dell'Ue, a seguito dell'incorporazione della Cse nel diritto dell'Ue. Il giudice di Barcellona ha seguito la prima strada, mentre la seconda strada è stata invocata da uno dei magistrati del Tsj del País Vasco (24) nell'ambito dell'eccezione di incostituzionalità sollevata da tale tribunale in relazione alla durata del periodo di prova nei nuovi contratti di sostegno agli imprenditori. Il magistrato in questione, pur dichiarandosi d'accordo con tutti i profili d'illegittimità sollevati dalla maggioranza dei componenti del tribunale, in virtù dei quali è stata sollevata l'eccezione di incostituzionalità, ha sostenuto, con dichiarazione di voto particolare, che non sarebbe stato necessario attendere la decisione della Corte cost., potendosi assumere una decisione immediata in quanto «esiste una normativa comunitaria di applicazione diretta» costituita, appunto, dalla Cse.

Il caso è stato sollevato da un lavoratore assunto con contratto a tempo indeterminato di sostegno agli imprenditori. Si trattava di un lavoro da svolgersi a tempo pieno (25). Le mansioni del lavoratore erano quelle di selezionare gli pneumatici usati per avviarli alla successiva fase di lavorazione. Il contratto, come si è detto, prevedeva un periodo di prova di 12 mesi. Sette giorni prima che si compissero i 12 mesi di durata massima, l'impresa ha comunicato al lavoratore la propria decisione di estinguere il contratto per il mancato superamento del periodo di prova. Il lavoratore aveva presentato ricorso eccependo il superamento del periodo di prova stabilito, per tali mansioni, dal contratto collettivo applicabile (art. 10 del contratto collettivo di *recuperación de residuos sólidos y materias primas secundarias*), secondo il quale il periodo di prova è di due mesi, eventualmente ampliabile sino a un massimo di sei mesi. A fronte di tale pretesa, il Tribunale di Barcellona, giudice di prima istanza, ha dichiarato l'illegittimità del li-

(24) Tsj del País Vasco n. 2018/2013.

(25) M.C. Salcedo Beltrán, *Incumplimiento por España de los tratados internacionales: Carta social europea y Período de prueba (A propósito de la Sjs nº 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013)*, in *Revista de derecho social*, 2013, n. 64, pp. 1-16.

enziamento ritenendo la clausola contenuta nella legge spagnola del 2012, che consente, per tale tipo contrattuale, un periodo di prova di 12 mesi, contraria alla Cse del 1961. Il giudice ha dichiarato di dover disapplicare la normativa nazionale perché in contrasto con la disciplina internazionale applicabile. In definitiva, il giudice di Barcellona ha operato un controllo di convenzionalità (26), che consiste nell'applicazione diretta della normativa internazionale applicabile anche in mancanza di atti interni volti a dare concreta esecuzione alla normativa internazionale.

2.2.1. — *Il precedente relativo a un'analoga disciplina introdotta in Grecia* — Tale decisione si ispira a un precedente relativo a un caso analogo riguardante la Grecia. La legge greca cui si fa riferimento prevedeva per tutti i lavoratori, senza distinzioni, un periodo di prova di un anno, durante il quale il datore di lavoro poteva recedere dal contratto senza giustificazione, senza preavviso e senza che fosse prevista un'indennità per il lavoratore. La normativa spagnola è del tutto analoga a quella greca. L'unica differenza risiede nel fatto che, secondo la legge greca, il periodo di prova di 12 mesi si applica a tutti i lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato mentre, in Spagna, riguarda soltanto i lavoratori assunti con il contratto di sostegno agli imprenditori. Comune è anche la dinamica che, sulla base delle pressioni dell'Ue, ha portato all'approvazione delle rispettive riforme (27).

Il Comitato europeo, in risposta a un reclamo collettivo presentato dai sindacati greci, dei diritti sociali, con la Risoluzione, adottata all'unanimità, del 5 febbraio 2013 (28), ha stabilito che la legge greca, stabilendo il periodo di prova di un anno, indipendentemente dalle caratteristiche del

(26) J.F. Akandjokombé, *De l'invocabilité des sources européennes et internationales du droit social devant le juge interne*, in *Droit social*, 2012, nn. 11-12, pp. 1-20, e L. Jimena Quesada, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derecho*, Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 24-25.

(27) La Decisione del Consiglio dell'8 giugno 2010 (n. 2010/320/Ue) indirizzata alla Grecia, nell'ambito della supervisione finanziaria, aveva avvertito la Grecia circa l'opportunità di adottare misure volte alla riduzione del deficit. Con tale decisione veniva richiesto alla Grecia di adottare «una riforma della legislazione di protezione dell'impiego, con l'indicazione di ampliare sino a un anno il periodo di prova dei nuovi contratti» (art. 2.3, lett. e). Come conseguenza, la Grecia aveva approvato la legge 17 dicembre 2010, n. 3899, recependo in pieno l'indicazione.

(28) Reclamo n. 65/2011 [Federazione generale dei lavoratori dell'impresa nazionale di elettricità (Genop-Dei) e Confederazione di lavoratori pubblici (Adedy) contro la Grecia]; decisione sul merito del 23 maggio 2012.

concreto posto di lavoro e in assenza delle condizioni che possano giustificare un suo allungamento, viola l'art. 4.4 della Cse del 1961.

A ben vedere, la situazione greca non è diversa da quella spagnola. La risoluzione del Comitato, considerando che sia la Grecia che la Spagna hanno ratificato la Cse del 1961 (29), riguarda sia il caso greco che quello spagnolo. La differenza sta solo nel fatto che la Spagna non ammette la procedura del reclamo collettivo, ma una volta che il Comitato abbia adottato una risoluzione, questa costituisce un'interpretazione autentica della Carta e, pertanto, a essa dovrà farsi riferimento (30). Nonostante le decisioni del Comitato non abbiano carattere giurisdizionale, le sue decisioni sono tuttavia vincolanti. A volte, anzi, nel far riferimento alle decisioni del Comitato, viene utilizzata l'espressione «giurisprudenza». Utilizza tale espressione anche il Tribunale di Barcellona, nella sentenza in esame. Secondo alcuni Autori, l'utilizzo di tale espressione non sarebbe impropria, soprattutto quando si tratti di decisioni assunte a seguito di un reclamo collettivo. In tale procedimento, infatti, il Comitato europeo dei diritti sociali «adotta parametri di tipo giurisdizionale (fase d'inammissibilità e fase di giudizio in quanto al merito) e adotta decisioni di contenuto che presentano la stessa struttura delle sentenze giudiziali» (31). Di conseguenza sarebbe corretto ritenere che le decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali, laddove interpreta le norme della Cse, costituiscano giurisprudenza. Si tratta di decisioni che, nel corso del procedimento, possono essere rilevate d'ufficio o a istanza di parte e che vincolano i tribunali nazionali (32).

(29) La Cse del 1961 è stata ratificata dalla Spagna il 6 maggio 1980. Tuttavia, la Spagna non ha ancora ratificato la Cse nella formulazione del 1996 né il Protocollo addizionale del 22 giugno 1995, che disciplina il sistema dei reclami collettivi. Ciò per le reticenze dell'Ue di fronte alla possibilità di decisioni divergenti tra i tribunali di Giustizia dell'Ue e il Comitato europeo dei diritti sociali a ragione della procedura dei reclami collettivi che può comportare decisioni sul merito di carattere vincolante. C. Milione, *¿Es razonable que España no haya ratificado todavía la Cse revisada en 1996?*, in *Revista jurídica de los derechos sociales Lex social*, 2012, n. 2, p. 124.

(30) T. Freixes Sanjuán, *La justiciabilidad de la Carta social europea*, in *Estudios sobre derecho europeo de los derechos sociales*, L. Jimena Quesada (coordinato da), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 113 ss.

(31) L. Jimena Quesada, *La jurisprudencia del Comité europeo de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 31-32. Il carattere giudiziale del Comitato europeo dei diritti sociali si è consolidato, a partire dal Protocollo di 1995 sui reclami collettivi, e così viene riflesso nel *web* ufficiale della Cse, cosicché l'attività del Comitato viene indicata come «giurisprudenza» (www.coe.int/socialcharter).

(32) M. Terol Becerra, L. Jimena Quesada, *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 450; M.C. Salcedo Beltrán, *Carta social eu-*

2.2.2. — *Un analogo caso, in Francia, sulla base del contrasto tra diritto interno e le convenzioni Oil* — Un conflitto tra l'ordinamento interno e quello internazionale si era già presentato anche in Francia. Il contratto in tal caso era relativo alla violazione della Convenzione dell'Oil n. 158, del 22 giugno 1982 (ratificata anche dalla Spagna il 26 aprile 1985), relativa alla disciplina del licenziamento, il cui art. 4 stabilisce che «un lavoratore non potrà essere licenziato senza che sussista un motivo valido di licenziamento legato all'attitudine o alla condotta del lavoratore, o fondato sulle necessità di funzionamento dell'impresa, dello stabilimento o del servizio» e ammette il recesso durante il periodo di prova, anche in mancanza di giustificazione, solo se «la durata sia stata fissata previamente e sia ragionevole».

In Francia, nel 2005, il *contrat nouvelle embauche*, di cui all'ordinanza 2 agosto, n. 893, prevedeva un periodo di «consolidamento» di due anni durante il quale il lavoratore poteva essere licenziato senza necessità di alcuna giustificazione (33). A parte la differente durata, l'analogia con il caso spagnolo è evidente: si trattava di un contratto a tempo indeterminato caratterizzato dalla possibilità di libero recesso nei primi due anni secondo lo schema del «contratto unico».

Il contrasto con la normativa internazionale, in tal caso, è stato dichiarato dalla Corte di Cassazione (34) per contrasto della norma del diritto interno con la convenzione internazionale dell'Oil, in quanto la privazione dei diritti del lavoratore in materia di licenziamento per un periodo di due anni è stata ritenuta irragionevole (35). La sentenza francese, sintomo di una rinnovata attenzione del carattere vincolante del diritto internazionale, precede un analogo orientamento che, anche in Spagna, superando la tradizionale marginalità del diritto internazionale, incomincia a tenerne conto quale fonte direttamente applicabile da parte del giudice nazionale (36).

Considerato che anche la Spagna ha ratificato la Convenzione Oil n. 158, il medesimo test di ragionevolezza potrebbe essere applicato anche al-

ropea: Instrumento para la defensa en el ámbito nacional de los derechos sociales, in *Informes Fundación 1° de mayo*, 2013, n. 60, p. 20.

(33) E. Gravel, Q. Delpech, *Normas del trabajo y complementariedad de los ordenamientos nacionales con el derecho internacional*, in *Revista de derecho internacional del trabajo*, 2008, vol. 127, n. 4.

(34) Corte di Cassazione, Sez. social, 1° luglio 2008, n. 1210.

(35) E. Gravel, Q. Delpech, *op. ult. cit.*, p. 454; G. Auzero, *El contrato de trabajo de nuevo empleo: una traducción francesa de la flexiseguridad*, in Aa.Vv., *Aportaciones al debate comunitario sobre Flexiseguridad*, La Ley, Madrid, 2007.

(36) E. Gravel, Q. Delpech, *op. ult. cit.*, p. 452.

la norma che, nel 2012, ha consentito un periodo di prova di 12 mesi nell'ambito del contratto di sostegno all'impresa (37). E infatti, i principali sindacati spagnoli hanno già inoltrato, il 10 maggio 2012, due istanze all'Oil: la prima, indirizzata al Comitato per la libertà sindacale, per violazione della libertà sindacale e del diritto alla contrattazione collettiva; la seconda per violazione dell'obbligo di giustificazione in caso di recesso anticipato.

2.3. — Segue: *c) le motivazioni della sentenza del Tribunale di Barcellona* — La sentenza del Tribunale di Barcellona, nel contesto appena illustrato, per un verso, ritiene che la situazione di crisi economica non possa giustificare un abbassamento delle tutele riconosciute ai lavoratori, per altro verso, sposta il terreno del dibattito al di fuori dei confini stabiliti dall'ordinamento interno, posto che dovrà tenersi conto anche di tutte le norme internazionali che possano trovare diretta applicazione in Spagna alla luce degli impegni internazionali assunti.

La Cse, che costituisce uno standard minimo di protezione dei diritti ivi contenuti, deve essere applicata da tutti gli Stati che l'abbiano ratificata salvo che non risulti applicabile, secondo quanto disposto dall'art. 32, una disciplina interna o internazionale che preveda un trattamento più favorevole.

Sotto un profilo più squisitamente tecnico, per quanto riguarda i diritti fondamentali contenuti nella Costituzione spagnola, la ratifica e la pubblicazione del testo della Cse del 1961 (che per effetto dell'art. 1.5 del cod. civ. entra a far parte dell'ordinamento giuridico interno) produce diversi effetti. Innanzitutto, la Cse assume un ruolo interpretativo vincolante, secondo l'art. 10.2 della Costituzione («le norme relative ai diritti fondamentali e alle libertà che la Costituzione riconosce devono essere interpretate in conformità con la Dichiarazione universale dei diritti umani e dei trattati e accordi internazionali sulle stesse materie ratificati dalla Spagna»). La norma costituzionale è assolutamente chiara: i giudici devono interpretare i diritti dell'ordinamento giuridico interno in conformità con lo standard di protezione minima stabilito (nel caso che ci interessa) dalla Cse. Alla luce di tale principio, la Corte cost. ha fatto ricorso alla Cse, in diverse occasioni, al fi-

(37) J.M. Miranda Boto, *El nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores*, in *Actualidad laboral*, 2012, n. 8, p. 914; J. Luján Alcaraz, F.A. González Díaz, J.M. Ríos Mestre, *Medidas para el fomento de la contratación indefinida y la creación de empleo*, in F. Cavas Martínez (coordinato da), *La reforma laboral de 2012*, Laborum, Murcia, 2012, pp. 88-89; R. Roqueta Buj, *Modalidades de contratación: el contrato indefinido de apoyo para emprendedores*, in *Relaciones laborales*, 2012, nn. 23-24, p. 42.

ne di giustificare le argomentazioni giuridiche contenute nelle proprie sentenze e ha affermato che i diritti fondamentali devono essere interpretati in conformità con quanto stabilito dai trattati o accordi internazionali (38).

In secondo luogo, ai sensi dell'art. 96 della Costituzione spagnola, la Cse possiede valore normativo in quanto «i trattati internazionali validamente celebrati, una volta pubblicati ufficialmente in Spagna, entreranno a far parte dell'ordinamento interno. Le loro disposizioni potranno essere abrogate, modificate o sospese secondo quanto stabilito negli stessi trattati o secondo le norme generali del diritto internazionale». Di conseguenza, dinanzi al caso che si è presentato al giudice di Barcellona, non poteva sussistere alcun dubbio circa la necessità di dare diretta applicazione alla norma più favorevole, e cioè all'art. 4 della Cse, piuttosto che alla meno favorevole norma contenuta nell'art. 4 della legge n. 3/2012, conformemente a quanto stabilito dall'art. 10.2 della Costituzione. Alla pronuncia del Tribunale di Barcellona manca il conforto di una giurisprudenza consolidata, ma dal punto di vista dei rapporti tra le fonti del diritto, non sussiste alcun dubbio circa l'obbligo di disapplicare la norma interna meno favorevole in presenza di una norma internazionale ratificata, anche non comunitaria (39). La dottrina internazionalistica, a conferma di tale orientamento, afferma che l'art. 96.1 della Costituzione spagnola («potranno essere abrogate, modificate o sospese secondo quanto stabilito dai trattati o secondo le norme generali del diritto internazionale») impedisce che una legge nazionale anche posteriore possa prevalere sulla disposizione di un trattato internazionale, per il cd. principio di sovralegalità dei trattati, in virtù di una prevalenza gerarchica normativa, almeno in termini materiali (40). La decisione del giudice di Barcellona applica anche il principio secondo il quale in presenza di due norme relative al diritto del lavoro è tenuto ad applicare quella norma minima più favorevole (41). Pertanto, se la Cse, se-

(38) Si veda, per tutte, la sentenza Corte cost. n. 11/1981 sul diritto di sciopero.

(39) A. de le Court, *La Carta social europea ante la vulnerabilidad de derechos sociales en tiempo de crisis: desarrollos recientes*, Comunicazione presentata alla XXV *Jornadas catalanas de derecho social* – 20 e 21 febbraio 2014.

(40) J.D. González Campos, L.I. Sánchez Rodríguez, P.A. Sáez de Santa María, *Curso de Derecho internacional público*, IV ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 340; P. Menéndez Sebastián, A. Ceinos Suárez, *Capítulo II: Norma internacional*, in *El sistema de fuentes de la relación laboral. Estudios ofrecidos al profesor Martín Valverde por el área de Derecho del trabajo de la Universidad de Oviedo*, J. García Murcia, Ediciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2007, p. 94.

(41) P. Menéndez Sebastián, A. Ceinos Suárez, *op. ult. cit.*, citando A. Martín Valverde, *Concurrencia y articulación de normas laborales*, in *Revista de política social*, 1978, n. 119, p. 29.

condo l'interpretazione fornita dal Comitato, contiene una più favorevole disciplina del periodo di prova rispetto alla norma interna, è la prima a dover essere applicata.

Il ragionamento è valido, anche indipendentemente dal fatto che la Cse sia stata successivamente recepita all'interno del diritto comunitario. Ma dal momento in cui è stata menzionata nel preambolo della Carta dei diritti fondamentali proclamata nel vertice di Nizza la Cse è entrata far parte del diritto dell'Ue. Ciò fa sì che gli Stati membri che l'abbiano ratificata sono vincolati alla sua applicazione sia per la celebrazione dell'accordo internazionale (la Spagna, come si è detto, limitatamente alla prima versione) sia in quanto parte del diritto europeo. Possiamo così notare che la Cse risulta direttamente applicabile sia sulla base della sua ratifica da parte della Spagna (così il Tribunale di Barcellona), sia in quanto normativa dell'Ue (così la dichiarazione di voto a margine della sentenza del Tsj del Paese basco).

3. — *Conclusioni* — La decisione del Tribunale di Barcellona, oltreché alcune ulteriori sentenze, costituiscono la cartina di tornasole del crescente disagio causato dall'attuale processo regressivo del diritto del lavoro. Tale processo, che allo stato appare inarrestabile, è ispirato e/o imposto sulla base dell'assunto secondo il quale una maggior flessibilità e la conseguente riduzione sia delle tutele che dei trattamenti minimi dei lavoratori possa costituire un antidoto alla crisi e uno strumento per il rilancio della crescita e per la creazione di nuova occupazione. Si tratta di un'impostazione che, per alcuni versi, trova accoglimento anche da parte della Corte di Giustizia europea, che, con alcune note sentenze, disegna una gerarchia all'interno dell'Ue che privilegia i diritti economici rispetto ai fondamentali diritti sociali. Il contenuto di queste sentenze rivela sia la presenza di un'opinione del tutto opposta nell'ambito del diritto europeo, sia la possibilità di strumenti idonei a contrastare l'attuale deriva.

In primo luogo, il Comitato europeo dei diritti sociali, garante della Cse, ha affermato a chiare lettere che la crisi economica non può in alcun modo giustificare una riduzione, da parte dei legislatori, dei diritti consacrati dalla Cse. I Governi hanno l'obbligo di assumere tutte le misure necessarie perché tali diritti siano garantiti in maniera effettiva, posto che, soprattutto nel momento del bisogno, si avverte in misura ancora maggiore il bisogno di protezione (42). Il Comitato europeo non ignora il fatto che una situazione di crisi possa compromettere il mantenimento di un siste-

(42) Conclusioni del Comitato europeo di diritti sociali XIX-2.

ma ideale di benessere sociale, ma comunque tutti i paesi, in ogni caso, non possono venire meno all'obbligo di mantenere o garantire un livello almeno soddisfacente. Tale argomentazione è utilizzata dal Comitato nella decisione relativa alla legge di riforma greca.

Il Comitato, in tal modo, offre un argomento alternativo alla visione ideologica dominante in Europa e presenta una lettura della Cse in chiave non regressiva, nell'affermare che il contenuto dei diritti sociali deve essere mantenuto allo stesso livello nel quale si trovava prima del manifestarsi della crisi economica (43).

Per altro verso, ed è quanto traspare soprattutto dalla sentenza del Tribunale di Barcellona, il Comitato europeo «offre» ai giudici una «giurisprudenza», nel senso in cui si è detto, grazie alla quale son tenuti a dare diretta applicazione alla normativa sovranazionale contenuta nella Cse, così come interpretata dal Comitato. Le norme interne contrastanti, così come affermato, anche in Italia, dalla Corte cost. in riferimento alle sentenze della Corte di Giustizia europea interpretative di norme del trattato, dovranno essere disapplicate.

JUZGADO DE LO SOCIAL DE BARCELONA n. 2, 19 novembre 2013, n. 412/13 (AS 2013, 2802) – Giud. Sanz Anchuela – C. Expósito Izquierdo c. A. Mesalles, S.A.

Licenziamento individuale – Contratto a tempo indeterminato di sostegno agli imprenditori – periodo di prova di un anno – Norma interna contraria a una normativa internazionale – Illegittimità del licenziamento.

Il contratto a tempo indeterminato di sostegno agli imprenditori, introdotto con la riforma del lavoro del 2012, consente un periodo di prova di un anno, indipendentemente da qualsiasi altra condizione. Il Tribunale di Barcellona ritiene tale disposizione in contrasto con la Cse di 1961, ratificata dalla Spagna, nella sua prima versione, il 29 aprile 1980, Il giudice fonda la propria decisione sulla base del fatto che la Cse sia una norma internazionale entrata a far parte del diritto interno secondo quanto stabilito dalla Costituzione spagnola. Pertanto, risultando gerarchicamente superiore, è vincolante per il giudice in

(43) J.P. Marguénaud, J. Mouly, *Le Comité européen des droits sociaux face au principe de non-régression en temps de crise économique*, in *Droit social*, 2013, n. 4, pp. 339-344.

quanto più favorevole rispetto alla norma interna. Il tribunale ritiene che le decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali, garante della corretta applicazione della Cse, laddove forniscano una interpretazione delle norme contenute nella Cse, siano da considerarsi giurisprudenza e, conseguentemente, vincolanti per gli organi giurisdizionali nazionali. Sulla base di tali premesse, il giudice prende atto della Risoluzione del Comitato europeo del 5 febbraio 2013, che ha risolto un caso analogo sollevato dai sindacati greci. In tale caso, il Comitato, sulla base delle disposizioni contenute nella Cse, aveva ritenuto che la fissazione di un periodo di prova di un anno, in quanto irragionevole, fosse in contrasto con il principio del diritto al lavoro previsto nella Cse del 1961. Sulla base della pratica identità del caso greco e di quello spagnolo, e considerando la decisione del Comitato europeo come giurisprudenza, direttamene applicabile in quanto relativa a una fonte internazionale ratificata dallo Stato spagnolo, il Tribunale di Barcellona dichiara inapplicabile la norma interna in quanto in contrasto con la norma contenuta nella Cse. Conseguentemente, considera applicabile la normativa dello Statuto dei lavoratori che rinvia alla durata del periodo di prova stabilita dal contratto collettivo applicabile, pari a due settimane, e dichiara illegittimo il licenziamento in quanto intervenuto dopo il superamento del periodo di prova e in assenza di un giustificato motivo. Sulla base della vigente normativa, l'impresa dovrà riassumere il lavoratore oppure, facoltativamente, corrispondergli un'indennità nella misura stabilita dalla legge. Il tribunale, tra l'altro, osserva che la norma che ammette un periodo di prova di 12 mesi, nella sostanza, indica che, comunque, la norma nazionale introdotta dalla riforma del 2012, in realtà, è contraria alla causalità nel contratto a termine, creando con un periodo di prova di un anno un contratto a termine acausale, vietato dalla normativa interna. (1)

LA CORTE COSTITUZIONALE LE DECISIONI NEL TRIMESTRE LUGLIO-SETTEMBRE 2014

SICUREZZA SOCIALE (a cura di Lorenzo Fassina)

SOMMARIO: 1. Indennità integrativa speciale e pensioni di reversibilità *post* 1995. — 2. Liquidazione di pensioni pubbliche ed errore di diritto. — 3. Requisiti per accesso all'indennità di mobilità a favore di lavoratori ex interinali. — 4. Requisito contributivo «agevolato» per pensionamento di vecchiaia.

1. — *Indennità integrativa speciale e pensioni di reversibilità post 1995* — La Corte costituzionale, con sentenza n. 227/2014 (1), ha dichiarato che è manifestamente infondata, in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e all'art. 1 del relativo Protocollo addizionale, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 774 e 776, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, nella parte in cui questi – interpretando l'art. 1, comma 41, della legge n. 335 del 1995, nel senso che, per le pensioni di reversibilità sorte a decorrere dall'entrata in vigore della stessa legge, l'indennità integrativa speciale già in godimento da parte del dante causa è attribuita nella misura percentuale prevista per il trattamento di reversibilità, indipendentemente dalla data di decorrenza della pensione diretta – incidono sui giudizi pendenti alla data della loro entrata in vigore, in violazione dei principi di certezza del diritto e dell'equo processo. Come già affermato nella sentenza Corte cost. n. 1 del 2011, le identiche norme ora denunciate sono effettivamente interpretative e assumono come referente un orientamento giurisprudenziale presente, seppur minoritario, scegliendo uno dei possibili significati della norma interpretata. Per

(1) Corte cost. 26 settembre 2014, n. 227 – Pres. Cassese, Est. Crisuolo:

Dichiara manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 774 e 776, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale – legge finanziaria 2007), sollevata dalla Corte dei conti, Sezione giurisdizionale d'Appello per la Regione siciliana, in riferimento all'art. 117, comma 1, della Costituzione, in relazione all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e all'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione medesima.

costante orientamento della Corte, infatti, il legislatore può adottare norme di interpretazione autentica non soltanto in presenza di incertezze sull'applicazione di una disposizione o di contrasti giurisprudenziali, ma anche «quando la scelta imposta dalla legge rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario, con ciò vincolando un significato ascrivibile alla norma anteriore». Inoltre, nella fattispecie, vengono in evidenza rapporti di durata, sicché non può parlarsi di un legittimo affidamento nella loro immutabilità; mentre, d'altro canto, le innovazioni apportate, pur senza trascurare i diritti acquisiti, hanno non irragionevolmente mirato all'armonizzazione e perequazione di tutti i trattamenti pensionistici, pubblici e privati. La Corte dei conti sostiene che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 1 del 2011, non avrebbe potuto tenere conto dell'ulteriore sviluppo, in tema di art. 6 della Cedu, della giurisprudenza della Corte Edu, nei termini contenuti nella sentenza emessa da tale organo in causa *Agrati e altri contro Italia* del 7 giugno 2011, specialmente con riferimento alla qualificazione dell'aspettativa, nei rapporti di durata, come «bene», dalla cui lesione deriverebbe la violazione dell'art. 6 della Cedu e dell'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione medesima. Tuttavia, come sostiene la Corte costituzionale, il giudice rimettente non ha chiarito quale incidenza avrebbe il nuovo sviluppo giurisprudenziale rispetto all'assetto normativo precedente, e la motivazione sul punto è essenziale, specialmente ove si consideri che le normative oggetto della sentenza di questa Corte n. 1 del 2011 e della citata pronuncia della Corte Edu sono differenti. Di qui la dichiarazione di manifesta infondatezza della questione.

2. — *Liquidazione di pensioni pubbliche ed errore di diritto* — Non contrasta con la Costituzione escludere, in caso di errore di diritto, la revoca o la modifica del provvedimento definitivo di liquidazione del trattamento pensionistico. La Corte costituzionale, con sentenza n. 208/2014 (2), ha respinto la questione di legittimità dell'art. 204 del d.P.R. 29 dicembre 1973, n. 1092, prospettata dalla Corte dei conti sulla base della presunta assimilabilità dell'errore di diritto a quello di fatto (o anche di calcolo). Tale presupposto – sostiene la Corte costituzionale – è infatti erroneo: mentre

(2) Corte cost. 16 luglio 2014, n. 208 – Pres. Cassese, Est. Carosi:

Dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 204 del decreto del Presidente della Repubblica 29 dicembre 1973, n. 1092 (Approvazione del Testo Unico delle norme sul trattamento di quiescenza dei dipendenti civili e militari dello Stato), sollevata, in riferimento agli artt. 3, 36, comma 1, 38, comma 2, e 97 della Costituzione, dalla Corte dei conti, Sezione III centrale d'Appello.

l'errore di fatto consiste nella falsa percezione, per equivoco o svista, di quanto emerge incontrovertibilmente dagli atti e quello di calcolo deriva dall'erronea applicazione delle regole matematiche sulla base di dati numerici certi, l'errore di diritto è concetto in ordine alla cui individuazione assumono un peso rilevante argomentazioni induttive e indagini ermeneutiche. L'oggettività e l'immediatezza che caratterizzano la rilevazione degli errori di fatto e di calcolo differiscono in modo sostanziale dai connotati del giudizio che accompagna la valutazione della violazione, falsa applicazione o erronea interpretazione di una norma. Non essendo comparabili le due situazioni relative alla nozione di «errore», non può di conseguenza sussistere la violazione dell'articolo 3 della Costituzione.

3. — *Requisiti per accesso all'indennità di mobilità a favore di lavoratori ex interinali* — Non è illegittimo escludere, per i lavoratori interinali successivamente assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato, la possibilità di cumulare, nell'anzianità aziendale utile ai fini del riconoscimento del diritto all'indennità di mobilità, anche il periodo prestatato in forza del contratto di lavoro interinale (*ex lege* n. 196 del 1997). La Corte costituzionale, con sentenza n. 215/2014 (3), ha quindi respinto la questione sottoposta dalla Corte d'Appello di Venezia per violazione degli artt. 3 e 38 Cost. da parte dell'art. 16 della legge 23 luglio 1991, n. 223. Il giudice delle leggi, citando il proprio consolidato principio secondo cui, «in materia di previdenza e assistenza sociale, il legislatore gode di ampia discrezionalità che, attraverso un bilanciamento dei valori contrapposti, incontra il solo limite del rispetto dei principi di eguaglianza e ragionevolezza», ha escluso che questi ultimi siano stati nella specie violati e ciò in ragione della disomogeneità delle situazioni poste a confronto (lavoratore interinale e lavoratore a tempo indeterminato di pari anzianità lavorativa all'interno dell'azienda). Nella specie, infatti, sono diversi i titolari, dal lato dei datori di lavoro, dei reiterati contratti «per prestazioni di lavoro temporaneo» (dal 19 giugno 2000 al 30 agosto 2002) e del successivo contratto di lavoro a tempo indeterminato (dal 2 settembre 2002 al 30 aprile 2003): sussiste, quindi, una diversità strutturale dei rapporti di lavoro messi a confronto. Inoltre, la continuità del rapporto

(3) Corte cost. 18 luglio 2014, n. 215 – Pres. Cassese, Est. Criscuolo:

Dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 16, comma 1, della legge 23 luglio 1991, n. 223 (Norme in materia di Cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunità europea, avviamento al lavoro e altre disposizioni in materia di mercato del lavoro), sollevate dalla Corte d'Appello di Venezia, Sezione lavoro, in riferimento agli artt. 3 e 38 della Costituzione.

di lavoro, ai fini del computo dell'anzianità aziendale utile per fruire della indennità di mobilità, presuppone lo svolgimento dell'attività lavorativa alle dipendenze del medesimo datore di lavoro che ha azionato la procedura. Nemmeno sussiste violazione dell'art. 38, comma 2, Cost., in quanto esso rimette alla discrezionalità del legislatore la determinazione dei tempi, dei modi e della misura delle prestazioni sociali sulla base di un razionale temperamento con la soddisfazione di altri diritti, anch'essi costituzionalmente garantiti, e nei limiti delle compatibilità finanziarie. La Corte, sulla base di questo principio, ha quindi stabilito che «l'aver condizionato l'insorgenza del diritto del lavoratore disoccupato alla indennità di mobilità alla sussistenza di una serie di condizioni prestabilite (anzianità aziendale di almeno dodici mesi, di cui almeno sei di lavoro effettivamente prestato, con un rapporto di lavoro a carattere continuativo e non a termine) costituisce una regola non irragionevole con cui il legislatore stesso ha temperato e bilanciato un trattamento (speciale) di disoccupazione maggiormente consistente, per importo e durata, rispetto a quello ordinario, con la necessità di una anzianità lavorativa minima, alle dipendenze del medesimo datore di lavoro, specificamente indicata dalle norme di legge».

4. — *Requisito contributivo «agevolato» per pensionamento di vecchiaia*
— Non è illegittimo prevedere (nel passaggio da 15 a 20 anni del requisito di anzianità contributiva operato nel 1992) un regime agevolato a 15 anni esclusivamente per i lavoratori a tempo determinato. La norma impugnata (art. 3, comma 1, lett. g, legge 23 ottobre 1992, n. 421), che demanda al legislatore delegato il riordino del sistema previdenziale dei lavoratori dipendenti privati e pubblici, nell'introdurre il criterio direttivo della «graduale elevazione da quindici a venti anni del requisito di assicurazione e contribuzione per il diritto a pensione dei lavoratori dipendenti e autonomi», ha contestualmente previsto di escludere, dall'applicazione del nuovo regime, i «soggetti che per un periodo non inferiore a dieci anni solari siano assicurati in relazione a rapporti di lavoro a tempo determinato inferiore a cinquantadue settimane per anno solare, purché risultino assicurati da almeno venticinque anni». Il sospetto d'incostituzionalità della Corte d'Appello di Firenze consiste nella possibile violazione, da parte della normativa delegata (art. 2, comma 3, lett. b, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 503), dell'art. 3 Cost. in ragione dell'esclusione di quei lavoratori (come nel caso di specie, a domicilio) che, sebbene occupati nell'intero anno solare, possano anch'essi far valere una contribuzione inferiore a 52 settimane per anno solare. La Corte costituzionale, nel respingere la questione in quanto

infondata con sentenza n. 203/2014 (4), ha confermato (sulla scorta di quanto sostenuto dalla Cassazione) che il tenore della norma delegante è inequivoco nel riferire, testualmente, il più favorevole regime contributivo ai soggetti titolari di «rapporti di lavoro a tempo determinato» inferiore a 52 settimane per anno solare, escludendo gli altri. In sostanza – sostiene la Corte – il requisito della ragionevolezza viene rispettato dalla norma impugnata in quanto «la posizione dei lavoratori a tempo determinato, con rapporti che non coprono l'intero anno solare, ha innegabili connotati di peculiare debolezza, che non ricorrono identicamente nella situazione di lavoratori che – ancorché in concreto impiegati per periodi inferiori alle cinquantadue settimane dell'anno solare – siano, però, comunque assistiti da un rapporto a tempo indeterminato» (come nel caso, appunto, dei lavoratori a domicilio).

(4) Corte cost. 16 luglio 2014, n. 203 – Pres. Cassese, Est. Morelli:

Dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, lettera g, della legge 23 ottobre 1992, n. 421 (Delega al Governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e di finanza territoriale), e dell'art. 2, comma 3, lettera b, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503 (Norme per il riordinamento del sistema previdenziale dei lavoratori privati e pubblici, a norma dell'articolo 3 della legge 23 ottobre 1992, n. 421), sollevata, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, dalla Corte d'Appello di Firenze.

Enrico Raimondi (*)

SOCIETÀ A CAPITALE PUBBLICO, REINTERNALIZZAZIONI E TIPOLOGIE FLESSIBILI DI MANODOPERA

SOMMARIO: 1. Società a capitale pubblico: problemi di diritto del lavoro. — 2. Le sentenze della Corte costituzionale n. 167 e n. 227 del 2013. — 3. La posizione assunta dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 23702/2013 e con l'ordinanza n. 4448 del 2014: in attesa delle Sezioni Unite. — 4. La giurisprudenza di merito. — 4.1. L'approccio sostanzialistico (Trib. Pescara 16 aprile 2013; Trib. Chieti 18 settembre 2013 e 3 ottobre 2013). — 4.2. La posizione intermedia (Trib. Salerno 1° ottobre 2013; Trib. Pescara 19 novembre 2013). — 4.3. L'approccio formalista (Trib. Lucca 10 gennaio 2013; Trib. Firenze 10 gennaio 2013; Trib. Massa 9 gennaio 2013). — 5. Considerazioni conclusive.

1. — *Società a capitale pubblico: problemi di diritto del lavoro* — La trasformazione delle modalità e delle forme di gestione dei servizi pubblici caratterizza, ormai da molti anni, uno degli ambiti privilegiati di intervento da parte del legislatore. A partire dagli anni novanta del secolo scorso, si è tentato di definire, dal punto di vista normativo, un nuovo modello regolativo in grado di aumentare la qualità dei servizi con una contemporanea riduzione dei costi per gli utenti e, quindi, per la pubblica amministrazione in generale (1). Questo obiettivo è stato perseguito mediante la costitu-

(*) Dottore di ricerca in Diritto del lavoro presso l'Università di Chieti-Pescara «G. D'Annunzio».

(1) Questo risultato è stato perseguito attraverso l'esternalizzazione dei servizi pubblici locali, che, «però, non può ridursi al semplice affidamento a soggetti esterni di fasi o attività che rappresentano una parte del complesso processo produttivo svolto dal Comune, poiché, a differenza di quanto può avvenire per le aziende private, costituisce una scelta strategica che presuppone la creazione di un rapporto di collaborazione e confronto con il soggetto terzo affidatario del servizio. Attraverso l'*outsourcing* si riesce a separare le funzioni di indirizzo, proprie del Comune, da quelle di gestione, riconducibili invece a logiche aziendali, con la conseguente riappropriazione, da parte del soggetto pubblico, delle funzioni di pianificazione e gestione sociale, politica ed economica del territorio» (così, testualmente, F.L. Figi, *I servizi pubblici locali: un modello di governance multidimensionale*, Franco Angeli, Milano, 2010, p. 9). In tal senso, cfr. anche C. Scarpa, P. Bianchi, B. Bortolotti, L. Pellizzola, *Comuni Spa. Il capitalismo municipale in Italia*, il Mulino, Bologna, 2009, p. 45, secondo i quali le imprese pubbliche locali possono essere considerate «strumenti di politica economi-

zione, da parte degli enti locali e della pubblica amministrazione in generale, di società di capitali a cui affidare lo svolgimento di attività che tradizionalmente sono state esercitate direttamente da soggetti pubblici (2).

Salvo rare eccezioni, però, i risultati sperati non sono stati perseguiti. Al contrario, si è assistito, in moltissime occasioni, a erogazioni di servizi meno efficienti e a costi superiori (3). Ciò spiega perché, negli ultimi anni, la tendenza alla privatizzazione si è arrestata di fronte a una sorta di «ripubblicizzazione» di quanto si era in precedenza deciso di affidare a società private a partecipazione, totalitaria o maggioritaria, pubblica (4).

Questo movimento ondulatorio, che ha condotto a una privatizzazione ibrida di molti servizi locali (5), è anche giustificato dalla giurisprudenza europea che, al fine di garantire che l'affidamento diretto di determinati servizi non potesse tradursi in una violazione della libertà di concorrenza (6), ha introdotto determinate nozioni, quali quelle di «controllo analogo» (7) e

ca», in quanto attraverso di esse la pubblica amministrazione, con modalità differenti rispetto al passato, interviene nell'economia.

(2) Il tema, assai ampio, non può essere affrontato in questa sede. Si rinvia, tuttavia, oltre agli Autori citati in precedenza, a G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, il Mulino, Bologna, 2005, e a G. Guzzo, *Società miste e affidamenti in house*, Giuffré, Milano, 2009.

(3) La Corte dei conti, Sezione delle autonomie, con la deliberazione n. 14 del 22 giugno 2010, nel confermare quanto già evidenziato nella relazione del 2008, ha constatato che, spesso, la costituzione e la partecipazione in società rappresenta uno strumento utilizzato per forzare le regole poste a tutela della concorrenza e per eludere i vincoli di finanza pubblica. Più di recente, la Corte dei conti è tornata sul tema, con un approfondimento maggiore sul costo del personale, che è mediamente di molto più elevato di quello dei dipendenti pubblici. Cfr., di recente, M. Cuttone, *Società partecipate, successione d'appalto e recesso, quali diritti per i lavoratori coinvolti; quale ruolo per il giudice del lavoro?*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, 2014, n. 197, pp. 6-7.

(4) Cfr. A. De Michele, *I processi pubblicizzazione delle società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali*, in *Istituzioni del Federalismo – Quaderni*, 2, 2011, pp. 69 ss.

(5) Secondo C. Scarpa, P. Bianchi, B. Bortolotti, L. Pellizzola, *op. ult. cit.*, p. 45, ci si trova di fronte a «una zona grigia tra pubblico e privato, nella quale i confini si stemperano e non pare più ovvio da quale parte del confine ci si trova».

(6) Preoccupazione che si è tradotta nell'introduzione di una categoria, quella dell'*in house providing*, che, a partire dalla sentenza *Teckal*, ha aperto un ampio e complesso dibattito. Tra i molti contributi in tema, cfr. F. Goisis, *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte europea di Giustizia e del legislatore nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2008, n. 1, pp. 396 ss.; F. Trimarchi Banfi, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2008, n. 5, pp. 1063 ss. B. Mameli, *L'in house tra regola ed eccezione*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, n. 10, p. 1949.

(7) Sulla elaborazione del concetto di controllo analogo cfr. G. Guzzo, *op. ult. cit.*, pp. 35 ss.

«organismo di diritto pubblico» (8), che hanno finito per influenzare l'attività interpretativa dei giudici di merito.

L'incessante produzione normativa di questi ultimi quindici anni, l'emergere di orientamenti giurisprudenziali tra di loro discordanti, l'influenza esercitata dal diritto europeo e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia pongono ancora oggi numerosi interrogativi, soprattutto in relazione alla qualificazione giuridica delle società partecipate e del regime giuridico a esse applicabile (9).

La questione, come dimostrano le sentenze in esame, non può non interessare il diritto del lavoro, che, fino a ora, ha indagato il tema delle società partecipate in relazione alle tecniche di tutela dei lavoratori interessati da processi di esternalizzazione (10), ovvero sotto il profilo delle relazioni industriali (11). Tuttavia, le innovazioni legislative degli ultimi anni, a partire soprattutto da quelle del 2008 (12), impongono anche al diritto del

(8) Ci si riferisce, in particolare, alle Direttive europee in materia di appalti pubblici (n. 18/2004 e n. 17/2004), mediante le quali è stata recepita la nozione, individuata dalla Corte di Giustizia, di «organismo di diritto pubblico». Cfr. B. Mamelì, *L'organismo di diritto pubblico. Profili sostanziali e processuali*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 117 ss.; M.A. Sandulli (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche. Natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale*, Giuffrè, Milano, 2004. In giurisprudenza, cfr. Cass., Ss.Uu., 7 aprile 2010, n. 8225, reperibile in *De Jure*, Giuffrè.

(9) Dibattito che ha interessato differenti settori del diritto. In proposito, si rinvia a F. Fimmanò, *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, in F. Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi e insolvenza*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 13 ss.

(10) M. Novella, *Nuove discipline delle trasformazioni dei servizi pubblici locali. Profili giuslavoristici*, in *Lav. dir.*, 2002, pp. 159 ss.; S. Bellomo, *Esternalizzazioni, norme a tutela dei lavoratori e normativa speciale in materia di servizi pubblici locali*, in *Lav. giur.*, 2010, 11.

(11) L. Zoppoli, *Le trasformazioni dei servizi pubblici e il diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2002, pp. 81 ss.

(12) Art. 18, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge n. 133 del 6 agosto 2008; art. 19, comma 1, d.l. 1° luglio 2009, n. 78; art. 9, d.l. 31 maggio 2010, n. 125, sul contenimento delle spese di personale applicabile anche alle società partecipate; art. 3-bis, comma 6, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, poi convertito in legge 24 marzo 2012, n. 27. Tali disposizioni sono state emanate, secondo una certa lettura del fenomeno, al fine «di introdurre, anche per le società private a capitale pubblico, regole di selezione più trasparenti, al fine di arginare, nei propositi del legislatore, un fenomeno ormai dilagante negli ultimi anni che vede le strutture pubbliche, in specie gli enti locali, intente nella creazione di società a capitale interamente pubblico nei settori dei servizi, con l'obiettivo di curarne la gestione secondo criteri manageriali più efficienti, ma che sovente finiscono per sconfinare in pratiche molto discutibili anche per ciò che riguarda l'accesso all'impiego e l'affidamento di consulenze e incarichi

lavoro di interrogarsi sull'esatta qualificazione giuridica del datore di lavoro, se in senso pubblicistico ovvero privatistico, e, di conseguenza, sulle modalità di selezione della disciplina applicabile ai singoli rapporti di lavoro (13). Si tratta di capire, quindi, se esistono profili di specialità del rapporto individuale di lavoro instaurato con una società partecipata, in ragione dell'esistenza di disposizioni di legge che estendono a tali soggetti discipline proprie del lavoro pubblico.

A questo si aggiunga che, come anticipato, per esigenze connesse alla necessità di salvaguardare la finanza pubblica (14), si assiste al ritorno alla gestione diretta da parte delle pubbliche amministrazioni di una serie di attività in precedenza esternalizzate. Sotto questo profilo, si pone il delicato problema di indagare circa la possibilità di garantire la continuità dei rapporti di lavoro nel caso di «reinternalizzazione» di attività in precedenza affidate a soggetti terzi alle pubbliche amministrazioni di riferimento.

Le sentenze in rassegna affrontano alcuni dei problemi appena segnalati e contribuiscono a risolvere alcuni dubbi interpretativi emersi in dottrina e in giurisprudenza.

2. — *Le sentenze della Corte costituzionale n. 167 e n. 227 del 2013* —

Con queste due sentenze, la Corte costituzionale ha affrontato la questione della legittimità costituzionale di due leggi regionali: una della Regione Lombardia; l'altra del Friuli Venezia Giulia. In entrambi i casi, le due Regioni avevano deciso il passaggio dei dipendenti di società partecipate alle dipendenze dirette delle rispettive amministrazioni regionali.

In particolare, la Regione Lombardia, con la legge n. 12 del 16 luglio 2012 – oggetto di valutazione di legittimità costituzionale nella sentenza n. 167 del 2013 –, aveva disposto l'inquadramento del personale di una società a partecipazione totalmente pubblica in un ruolo speciale a esaurimento di un'agenzia regionale, espressamente qualificata dalla relativa legge istitutiva come ente di diritto pubblico. La scelta è stata impugnata dal Governo italiano che ha eccepito la violazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione,

esterni» [G. Gentile, *Reclutamento del personale delle amministrazioni e società pubbliche*, in M. Cinelli, G. Ferraro (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare. Dal d.l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, tomo II, Utet, Torino, 2009, p. 366.

(13) Affronta indirettamente tale argomento M. Giaconi, *Il lavoro nei processi di riorganizzazione dei servizi pubblici locali*, Università di Milano «Bicocca», Tesi di dottorato, 2013.

(14) Tale è la finalità della previsione contenuta nell'art. 4 della legge 6 luglio 2012, n. 95, che prevede lo scioglimento, a determinate condizioni, di società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001.

dal momento che, a parere del Presidente del Consiglio, la legge regionale avrebbe violato il principio costituzionale del concorso pubblico, il cui espletamento è necessario per l'instaurazione del rapporto di lavoro. La Regione, tuttavia, ha eccepito che, di fatto, non vi sarebbe stata alcuna violazione di tale principio, dal momento che i dipendenti assunti dalla società partecipata sono stati selezionati, in ragione dell'art. 18 del d.l. n. 112/2008, mediante selezioni pubbliche, in conformità all'art. 35, d.lgs. n. 165 del 2001.

Il caso affrontato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 227 del 2013, invece, riguarda la legittimità della normativa della Regione Friuli Venezia Giulia, che aveva deciso il passaggio alle dipendenze della Regione del personale impiegato in una società a totale partecipazione pubblica posta in liquidazione, previa verifica del possesso, da parte dei lavoratori interessati a tale fenomeno di reinternalizzazione, dei requisiti per accedere ai ruoli dell'amministrazione regionale. Anche in questo caso lo Stato ha denunciato la violazione degli artt. 3 e 97, oltre all'art. 117, comma 3, Cost.

Secondo il Consiglio dei ministri, tuttavia, la normativa regionale si sarebbe posta, anche in questo caso, in contrasto con il principio del pubblico concorso, che rappresenta la forma ordinaria di reclutamento del personale da parte delle pubbliche amministrazioni. La legge regionale, inoltre, avrebbe potuto determinare risultati incompatibili con gli obiettivi di coordinamento di finanza pubblica, che impongono alle pubbliche amministrazioni di rispettare i vincoli che derivano dal patto di stabilità interno, sia per quanto riguarda le assunzioni, sia con riferimento ai trattamenti retributivi.

La Regione, nel resistere in giudizio, ha affermato la piena legittimità della propria normativa, in ragione del fatto che la società partecipata avrebbe dovuto considerarsi un ente strumentale dell'ente e che, nel caso concreto, è stata data applicazione alla normativa prevista dall'art. 31, d.lgs. n. 165 del 2001, in materia di trasferimento di attività. In sostanza, la posizione della Regione è quella di ritenere, in base a una certa giurisprudenza della Corte di Giustizia (15), che le società partecipate, quando presentino i requisiti dell'*in house providing*, rappresentano una *longa manus* dell'ente pubblico di riferimento e, dunque, una sua variante organizzativa (16).

(15) Emblematica è la posizione assunta dalla Corte di Giustizia con riferimento a Poste italiane Spa, che è stata espressamente qualificata come un «ente pubblico», in ragione del fatto che il capitale è interamente pubblico e che essa opera sotto il controllo e la vigilanza del ministero dell'Economia e delle Finanze (Corte Giust. Ue 12 dicembre 2013, causa C-361/12, *Carratù c. Poste italiane Spa*).

(16) La tesi è sostenuta, in particolare, dalla giurisprudenza contabile e amministrativa, ma anche dalla Corte costituzionale. Cfr., in particolare, Corte cost. 23 luglio

In entrambi i casi, la Corte costituzionale ha accolto il ricorso proposto dal Consiglio dei ministri e ha affermato alcuni principi che smentiscono una parte della giurisprudenza di merito che, come si vedrà, si è formata in materia. Nel ribadire il consolidato orientamento dell'indefettibilità del pubblico concorso quale canale di accesso alle dipendenze della pubblica amministrazione (17), essa ha negato che la partecipazione totalitaria di un ente pubblico al capitale sociale possa attribuire alla società partecipata natura pubblicistica o che ciò consenta di equipararla a una sorta di organo della pubblica amministrazione di riferimento (18). Di conseguenza, la natura privatistica della società impedisce che possa trovare applicazione l'art. 31, d.lgs. n. 165 del 2001, nel caso in cui il socio pubblico abbia deciso di tornare a organizzare in proprio funzioni e servizi in precedenza conferiti alla società partecipata.

Se condivisibile è la premessa, relativa alla qualificazione giuridica in senso privatistico delle società esaminate, sorge il problema di comprendere se, in caso di reinternalizzazione dei servizi in precedenza affidati al terzo, i dipendenti della società cessata possano essere reintegrati alle dipendenze dell'ente pubblico (19).

La questione è molto complessa e può essere soltanto accennata. Si segnala, però, che le Sezioni Riunite della Corte dei conti, con la sentenza 12 aprile 2010, n. 8, hanno dato risposta positiva al quesito, anche se a determinate e precise condizioni (20); prima fra tutte, quella che si tratti di di-

2013, n. 229; Corte conti, Sez. giurisd. reg., 14 giugno 2011, n. 153; Tar Bari, Sez. I, 2 aprile 2013, n. 458; Tar Bologna, Sez. I, 23 dicembre 2008, n. 4743; Cons. Stato, ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1; in sostanza, tutte le sentenze citate fanno coincidere la nozione di società *in house* con quella di «derivazione» o «*longa manus*» dell'ente di riferimento. Tale posizione, come si vedrà, è stata recepita anche da alcuni giudici del lavoro. In generale, sul tema, cfr. B. Mameli, *L'organismo di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 112 ss. Ma, in senso critico, G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, il Mulino, Bologna, 2005, p. 65.

(17) Sulla tematica cfr. U. Carabelli, M.T. Carinci, *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, Bari, 2010, pp. 155 ss.; G. Gentile, *Art. 35. Reclutamento del personale*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, L. Fiorillo, A. Maresca (a cura di), *Diritto del lavoro. Il lavoro pubblico*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 460 ss.

(18) La Corte costituzionale, quindi, ha espresso un parere differente da quello reso pochi mesi prima con la sentenza citata alla precedente nota 13.

(19) L'art. 31, d.lgs. n. 165 del 2001, infatti, non contempla l'ipotesi del trasferimento di attività da una società privata alla pubblica amministrazione.

(20) Secondo la Corte sono a tal fine necessari: a) la persistenza di una carenza organica nei ruoli e per le funzioni di competenza dei dipendenti già trasferiti presso la società; b) la disponibilità di risorse economiche per sostenere gli oneri connessi al reinquadramento; c) l'espressa volontà dell'amministrazione di coprire i posti vacan-

pendenti che già fossero stati in servizio presso la pubblica amministrazione a seguito di assunzione mediante concorso. Problema diverso è l'immissione in ruolo di lavoratori direttamente assunti dalla partecipata, in assenza di una procedura concorsuale. In questo caso, il principio dell'accesso al pubblico impiego mediante concorso impedirebbe il «passaggio automatico» dei rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione che procede alla reinternalizzazione di attività. Ancora differente è l'ipotesi in cui, invece, il personale della società partecipata sia stato assunto mediante una selezione concorsuale analoga a quella adottata dal socio. In questo caso, la cessione dei rapporti di lavoro a seguito del trasferimento dell'attività non violerebbe il principio concorsuale, con la conseguenza che i dipendenti dovranno essere inquadrati presso la pubblica amministrazione che è tornata a gestire direttamente il servizio in precedenza esternalizzato.

Le soluzioni suggerite, peraltro, sono compatibili con i requisiti desumibili dalla Direttiva n. 2001/23/Ce. La normativa europea, la cui applicazione prescinde dalla natura pubblica o privata dei soggetti coinvolti (21), può essere derogata esclusivamente in presenza di disposizioni nazionali di applicazione necessaria per il soggetto pubblico, come quelle dell'accesso al pubblico impiego mediante concorso (22).

3. — *La posizione assunta dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 23702/2013 e con l'ordinanza n. 4448 del 2014: in attesa delle Sezioni Unite* — La natura privatistica delle società a capitale pubblico è stata ribadita dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 23702 del 18 ottobre 2013, che, per giustificare le proprie conclusioni, ha espressamente fatto riferimento a quanto sostenuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 227 e in precedenza esaminata.

La questione affrontata dalla Cassazione riguarda le conseguenze sanzionatorie connesse all'illegittima utilizzazione, da parte di società partecipate, di lavoratori assunti con contratti di lavoro a tempo determinato (23).

ti mediante la riammissione dei dipendenti; d) l'inquadramento dei dipendenti nella medesima posizione giuridico-economica che avevano prima del trasferimento.

(21) Cfr. Corte Giust. Ce 11 novembre 2004, causa n. 425/2002, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, con nota di M. Garattoni; M. Giaconi, *Il lavoro nei processi di riorganizzazione dei servizi pubblici locali*, Università di Milano «Bicocca», Tesi di dottorato, 2013, pp. 294-297.

(22) Non è questa la sede, per evidenti ragioni, per potersi soffermare sull'argomento, che sarà di estrema attualità in futuro e che richiederebbe maggiori riflessioni.

(23) Questa pronuncia ha suscitato qualche perplessità nella parte in cui, incidentalmente, ha affermato che anche il contratto a tempo determinato acausale introdotto con la legge n. 92 del 2012 deve essere giustificato.

Sul tema, come dimostra l'ulteriore sentenza che si analizzerà in seguito, si confrontano due tesi tra di loro diametralmente opposte e che trovano il loro fondamento in una diversa qualificazione giuridica di tali società. In base a una prima ricostruzione, già ricordata, le società a partecipazione pubblica totalitaria devono essere considerate una sorta di *longa manus* della pubblica amministrazione, con la conseguenza che, al di là della veste giuridica privatistica, esse devono essere considerate quali enti pubblici (24). Di conseguenza, troverebbe applicazione l'art. 36, d.lgs. n. 165 del 2001, che, come è noto, impedisce che la violazione delle norme in materia di contratto a tempo determinato possa comportare la conversione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro. Allo stesso risultato, di fatto, perviene chi, pur non negando la qualificazione privatistica del soggetto, afferma che l'obbligo di procedere a selezioni pubbliche per l'assunzione di personale impedisce la conversione a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro a termine o la costituzione a tempo indeterminato di rapporti di somministrazione dichiarati irregolari.

La Corte di Cassazione, con la sentenza in esame, ha adottato una soluzione differente, che, come si vedrà, è stata fatta propria anche da parte della giurisprudenza di merito. Essa, infatti, ha affermato che «l'organizzazione di un servizio secondo un modello privatistico non solleva l'ente organizzatore dai vincoli di finanza pubblica ma non lo sottrae neppure, salva espressa eccezione, alla normativa civilistica propria del modello, come avviene appunto per le società per azioni».

La Corte, consapevole di aver adottato una soluzione che si discosta da altre precedenti, ha ritenuto opportuno chiarire la portata di quelle sue stesse pronunce che hanno ritenuto possibile qualificare in senso pubblicistico quelle società di capitali che, pur avendo uno statuto giuridico privatistico, assumono, in ragione dell'attività effettuata, un carattere strumentale rispetto al perseguimento di finalità pubblicistiche (25). Questa tesi implica che il giudice di merito dovrebbe, chiaramente in base alle allegazioni della parte interessata, indagare se, di fatto, l'ente societario svolge la propria attività

(24) La tesi, seguita da qualche giudice di merito (cfr. Trib. Chieti 18 settembre 2013; Trib. Chieti 3 ottobre 2013), non è condivisibile per le ragioni che saranno illustrate in seguito.

(25) Cfr. Cass. 24 giugno 2009, n. 14847. Con questa decisione, la Cassazione ha anche chiarito, in conformità a proprie precedenti sentenze, che «la partecipazione maggioritaria di capitale pubblico, così come l'eventuale erogazione di contributi pubblici, non costituiscono elementi decisivi per decider della natura pubblica di una compagine costituita secondo il comune modello di una società per azioni». Lo stesso principio è stato affermato in Cass. 26 maggio 2004, n. 10155.

non per il perseguimento di scopi propri, ma del soggetto pubblico di riferimento. Tuttavia, in quest'occasione, alla luce della pronuncia della Corte costituzionale analizzata in precedenza e senza smentire apparentemente il proprio orientamento assunto in precedenza, la Corte è giunta alla conclusione che, pur potendo sul piano economico-funzionale equiparare le società affidatarie di servizi pubblici come varianti organizzative degli enti pubblici, dal punto di vista giuridico non è possibile identificare i regimi di assunzione e di trattamento dei lavoratori dipendenti. In sostanza, un conto è la funzione economica che tali società svolgono; altro conto è la loro corretta qualificazione giuridica. Di conseguenza, le società di capitali, affidatarie di servizi pubblici locali, non perdono la loro qualificazione privatistica né per effetto del controllo che la pubblica amministrazione esercita nei loro confronti in ragione del capitale sociale, né per effetto di quelle disposizioni legislative che hanno esteso l'ambito di applicazione di determinate discipline pubblicistiche a queste società partecipate e né, infine, a causa della funzionalizzazione della loro attività al perseguimento di interessi pubblici. Sulla base di queste premesse, quindi, la Cassazione ha affermato che l'utilizzazione illegittima di dipendenti con contratti a tempo determinato, da parte di società a partecipazione pubblica totalitaria e affidatarie di servizi pubblici locali, comporta la loro conversione a tempo indeterminato. È necessario precisare che la Corte non si è pronunciata sulla portata applicativa dell'art. 18, d.l. n. 112/2008, che, in realtà, potrebbe giustificare conclusioni difformi da quelle appena ricordate.

A distanza di qualche mese, infatti, la Cassazione ha affermato un principio diametralmente opposto e ha ritenuto di rimettere la questione alle Sezioni Unite. Con l'ordinanza del 25 febbraio 2014, n. 4458, infatti, la Corte ha dovuto valutare la possibilità di conversione di un contratto a tempo determinato nullo sottoscritto da un ente pubblico economico, come tale sottratto dall'ambito di applicazione del d.lgs. n. 165 del 2001, ma obbligato, in ragione di una legge regionale, a selezionare il personale da assumere mediante un concorso pubblico. In questo caso, la Corte, nel dubitare sulla possibilità di accordare la conversione a tempo indeterminato, pone l'interrogativo se, a prescindere dalla natura pubblica o privata dell'ente datore di lavoro, l'estensione della disciplina in materia di assunzioni vigente per le amministrazioni pubbliche non comporti anche l'applicazione del divieto di conversione, che troverebbe la sua *ratio* proprio nell'obbligo del concorso pubblico. Essa, inoltre, per sostenere il proprio ragionamento, ha utilizzato un ulteriore argomento, che è quello del rispetto del vincolo di pareggio di bilancio previsto dall'art. 81 Cost. e che potrebbe essere violato in caso di conversione di rapporti a tempo indeterminato.

Questo tipo di sanzione, infatti, potrebbe pregiudicare l'esigenza di controllo e contenimento della spesa pubblica che viene garantita, tra le altre cose, dalla programmazione del fabbisogno di personale.

L'opportunità di una pronuncia delle Sezioni Unite è auspicabile, anche alla luce della giurisprudenza di merito che si è formata in questi anni e che presenta, come si vedrà, soluzioni molto differenziate.

4. — *La giurisprudenza di merito* — Nella giurisprudenza di merito, infatti, sono individuabili tre posizioni distinte. Una, più radicale o sostanzialista, che qualifica le società partecipate, che presentano determinate caratteristiche «di scopo», come enti pubblici. Una, intermedia, che, pur non negando la natura privatistica delle società partecipate, estende a esse il divieto di conversione a tempo indeterminato di cui all'art. 36, d.lgs. n. 165 del 2001. Una terza posizione, infine, che è possibile definire formalista, nega che l'estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 35, d.lgs. n. 165 del 2001, determini anche l'applicazione del divieto di conversione.

4.1. — *L'approccio sostanzialistico* (Trib. Pescara 16 aprile 2013; Trib. Chieti 18 settembre 2013 e 3 ottobre 2013) — La prima posizione è stata sostenuta dal Tribunale di Pescara, con la sentenza del 16 aprile 2013. La controversia decisa dal giudice ha riguardato la richiesta di conversione a tempo indeterminato di un contratto a termine sottoscritto da una società totalmente partecipata da un Comune e alla quale è stato affidato il servizio di riscossione dei tributi locali. Il magistrato ha ritenuto, quindi, che «la così delineata natura giuridica, i vincoli di scopo e l'assetto normativo [...], ai quali la evocata compagine societaria è tenuta a conformarsi, conducono all'inquadramento della stessa nel novero degli enti pubblici». Sulla base di questa premessa, il tribunale ha ritenuto di applicare direttamente l'art. 36, d.lgs. n. 165/2001, e di verificare la possibilità di riconoscere il risarcimento del danno al lavoratore per la sua illegittima utilizzazione a termine. Alle medesime conclusioni, ma con argomenti differenti, è pervenuto anche il Tribunale di Chieti in due diverse occasioni (26), in cui oggetto della controversia è stata l'illegittima utilizzazione con contratti di somministrazione di manodopera a tempo determinato di lavoratori da parte di una società a partecipazione pubblica comunale che si occupa di diverse attività in favore dell'ente locale di riferimento. I giudici, per sostenere la natura pubblica della società convenuta in giudizio, hanno fatto riferimento, da un lato, alla pronuncia della Corte costituzionale che ha affer-

(26) Trib. Chieti 18 settembre 2013; Trib. Chieti 3 ottobre 2013.

mato la permanenza del potere di controllo della Corte dei conti nei confronti delle società per azioni derivate dalla trasformazione dell'Iri, dell'Eni, dell'Ina e dell'Enel e, dall'altro, alla «nozione sostanziale di impresa pubblica» desumibile dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Questo indirizzo interpretativo, tuttavia, non è condivisibile, dal momento che esso si fonda su precedenti che non hanno nulla a che vedere con il fenomeno in esame e recepiscono acriticamente nozioni elaborate dalla giurisprudenza europea finalizzate a determinare l'ambito di applicazione di alcune direttive e che, per tale motivo, non possono essere utilizzate ai fini della qualificazione della natura del soggetto. Peraltro, l'orientamento appena riferito appare precluso alla luce delle sentenze della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione sopra esaminate ed è smentito dalla giurisprudenza di merito prevalente.

4.2. — *La posizione intermedia* (Trib. Salerno 1° ottobre 2013; Trib. Pescara 19 novembre 2013) — Alcune sentenze, come quella della Tribunale di Salerno del 1° ottobre 2013, pervengono al risultato di ritenere applicabile il divieto di conversione senza dover procedere alla qualificazione in senso pubblicistico delle società a partecipazione pubblica. In questa occasione, il giudice, dopo aver analizzato la disciplina contenuta nel Testo Unico degli enti locali sulle forme di gestione dei servizi pubblici locali, ha ricordato che, in base all'art. 18, d.l. n. 112/2008, una società pubblica, se sottoposta al controllo analogo da parte dell'unico socio ente locale, è tenuta a rispettare i divieti e le limitazioni alle assunzioni di personale eventualmente previste dalla normativa in vigore in relazione all'ente controllante. Essa, inoltre, deve adeguare le proprie politiche sulla gestione del personale alle disposizioni vigenti per l'ente controllante, sia in materia di contenimento degli oneri contrattuali sia in relazione alle altre voci di natura retributiva. Secondo il magistrato, la previsione appena ricordata ha avviato un «percorso di cd. omogeneizzazione rispetto alle politiche vigenti nell'ente pubblico che controlla le società», come dimostra l'espressa estensione dell'art. 35, comma 3, d.lgs. n. 165/2001, alle società controllate. Ed è proprio quest'ultimo argomento che ha indotto il giudice a ritenere che, in caso di somministrazione illegittima, non è possibile l'imputazione dei loro rapporti al soggetto utilizzatore, dal momento che esso può costituire rapporti di lavoro soltanto a seguito di un pubblico concorso (27).

(27) Identica posizione è stata sostenuta, in occasione di un procedimento cautelare ex art. 700 cod. proc. civ., da Trib. Catania 24 giugno 2012, ordinanza.

A conclusioni analoghe è giunto, sulla base di premesse differenti, il Tribunale di Pescara, con due sentenze emesse il 19 novembre 2013 (28). In entrambi i casi, le controversie hanno avuto a oggetto l'illegittimità del termine apposto a una serie di contratti di lavoro e la richiesta di conversione a tempo indeterminato del primo contratto a termine sottoscritto il 10 gennaio 2007. Il giudice del lavoro ha negato la prospettata natura pubblica della società partecipata dall'ente locale e ha affermato che la norma limitativa contenuta nell'art. 36, d.lgs. n. 165 del 2001, che impedisce la conversione a tempo indeterminato dei rapporti a termine, si applica soltanto ai soggetti individuati nell'art. 1 del Testo Unico. Tale disciplina, quindi, deve essere interpretata, secondo il giudice, «in senso rigorosamente restrittivo, in quanto essa pone una deroga al principio generale della conversione dei contratti a tempo determinato illegittimamente stipulati, posta dal d.lgs. n. 368/2001, avente valore di principio generale dell'ordinamento in recepimento di direttive dell'Unione a loro volta direttamente cogenti» (29). Tuttavia, secondo il Tribunale di Pescara, l'art. 18 della legge n. 133/2008, avvenuta il 22 ottobre 2008, impedisce che i contratti a termine illegittimi stipulati dopo la sua entrata in vigore possano essere convertiti a tempo indeterminato, dal momento che – secondo questa disposizione – le società a partecipazione pubblica sono tenute ad assumere mediante procedure selettive a evidenza pubblica. In pratica, i contratti a termine illegittimamente stipulati prima dell'entrata in vigore dell'art. 18, legge n. 133/2008, sono convertibili a tempo indeterminato, mentre quelli sottoscritti successivamente conferiscono il diritto esclusivamente al risarcimento del danno (30).

La posizione sostenuta in queste sentenze, a bene vedere, si pongono all'interno dello stesso percorso interpretativo seguito dalla Cassazione nel febbraio 2014, che, come si vedrà, non è pienamente condivisibile.

4.3. — *L'approccio formalista (Trib. Lucca 10 gennaio 2013; Trib. Firenze 10 gennaio 2013; Trib. Massa 9 gennaio 2013)* — Vi sono, inoltre, alcune posizioni, che possono essere definite maggiormente formalistiche, che negano che l'estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 35 alle società partecipate impedisca di riconoscere il diritto alla conversione a tempo indeter-

(28) A conferma della complessità del tema, il medesimo ufficio giudiziario ha adottato due soluzioni differenti.

(29) Non è questa la sede per valutare questo passaggio della sentenza che, in realtà, appare molto discutibile, proprio alla luce della giurisprudenza europea.

(30) Altro discorso, che meriterebbe una trattazione separata, è sui criteri da seguire per la liquidazione del danno e, in particolare, se essi possano essere quelli, in realtà non desumibili, dell'art. 36, d.lgs. n. 165 del 2001.

minato di rapporti a termine nulli. In particolare, il Tribunale di Lucca, con la sentenza del 10 gennaio 2013, ha affermato espressamente che l'estensione operata dall'art. 18, d.l. n. 112/2008, non è sufficiente a far ritenere operativo il divieto di cui all'art. 36, d.lgs. n. 165 del 2001, dal momento che «tali disposizioni si limitano a estendere alle società a totale partecipazione pubblica criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi, i divieti o limitazioni all'assunzione di personale; non vi è una norma che estenda a tali società anche la (distinta e ulteriore) previsione, di carattere eccezionale, che esclude, in caso di violazione delle disposizioni in tema di assunzione, la costituzione di rapporti di lavoro a tempo determinato *ex art. 36, d.lgs. n. 165/2001*. L'estensione delle modalità di assunzione non comporta di per sé l'estensione anche del divieto di costituzione di rapporti a tempo indeterminato in caso di violazione di tali regole; si tratta di aspetto diverso, per il quale doveva ritenersi necessaria una previsione espressa». Il Tribunale di Firenze ha espresso un principio analogo, quando ha ritenuto che le norme in esame «si rivolgono alla disciplina delle assunzioni nelle società *in house*, mancando invece un espresso richiamo normativo e derogatorio al diverso fenomeno (qui in esame) della costituzione/conversione di un rapporto di lavoro subordinato, nel caso di violazione *ex art. 27, d.lgs. n. 276/2003*. In altri termini, per le società a partecipazione pubblica non esiste una disposizione quale l'articolo 36, decreto legislativo 165/2001, né a questa rinvia alcuna delle norme di settore» (31). Anche il Tribunale di Massa, nel dichiarare la conversione a tempo indeterminato di contratti a termine illegittimi, ha ritenuto che «deve evidenziarsi che la partecipazione del capitale pubblico in imprese commerciali e la conseguente necessità di stringenti controlli di provenienza pubblica ha suggerito al legislatore l'introduzione di norme derogatorie onde garantire trasparenza e obiettività nelle assunzioni dei dipendenti e limiti nella contrazione delle spese (anche per evitare che gli enti territoriali aggirino i vincoli di spesa attraverso la costituzione di società controllate); che peraltro si tratta di deroghe (necessariamente espresse), di norme speciali, di stretta portata, inidonea a snaturare la fisionomia di una società commerciale e a determinare l'inapplicabilità delle tutele di legge» (32).

La posizione assunta da questa parte della giurisprudenza sembra essere quella maggiormente condivisibile, per le ragioni che saranno subito illustrate.

(31) Trib. Firenze 10 gennaio 2013.

(32) Trib. Massa 9 gennaio 2013. La medesima posizione è stata assunta da Trib. Roma 27 aprile 2012.

5. — *Considerazioni conclusive* — Dalle decisioni esaminate è possibile trarre almeno una conseguenza: l'impossibilità di negare la natura privatistica delle società partecipate (33). L'estensione a tali soggetti, almeno dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 112/2008, dell'obbligo di procedere ad assunzioni mediante selezioni pubbliche e dei vincoli di spesa propri del socio non consente di considerare questo tipo di società degli enti pubblici non economici. Tale soluzione, del resto, comporterebbe l'attrazione, nell'ambito di applicazione dell'intero d.lgs. n. 165/2001, di tutte le società *in house* che svolgono servizi pubblici (34).

Non è questa, tuttavia, la scelta adottata dal legislatore. L'art. 18, comma 2-*bis*, d.l. n. 112 del 2008, così come modificato dall'art. 1, comma 557, della legge n. 147 del 2013, prescrive, infatti, che «le disposizioni che stabiliscono, a carico delle amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2 [...] divieti o limitazioni alle assunzioni di personale si applicano [...] alle società a partecipazione pubblica totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione di supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, così come individuate dall'Istituto nazionale di statistica». La stessa disposizione, inoltre, al comma 2, prevede che le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo adottano criteri e modalità di reclutamento del personale nel rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità.

L'estensione di norme dettate per il settore pubblico alle società partecipate, quindi, non pone il problema di «scoprirne la vera natura. Si tratta, piuttosto, di verificare caso per caso quali norme orizzontalmente riferite alle amministrazioni e agli enti pubblici siano applicabili, sulla base delle finalità perseguite e degli interessi tutelati» (35).

(33) In conformità all'indirizzo prevalente della giurisprudenza di legittimità Cass., Ss.Uu., 3 novembre 2009, n. 23202, in *Red. Mass. giust. civ.*, 2009, 11.

(34) Se fosse stata questa l'intenzione del legislatore, lo avrebbe detto espressamente mediante l'inserimento delle società a partecipazione pubblica nell'elenco di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165/2011.

(35) G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, il Mulino, Bologna, 2005, p. 68. L'Autore osserva anche che «la presenza nell'ordinamento di disposizioni che prescindono dalla natura del soggetto e dalle forme di esercizio dell'attività, come quelle che fanno riferimento alla gestione di servizi pubblici, inoltre, non ne giustifica letture espansive: né ai fini di un'integrale applicazione delle stesse, né ai fini di un'automatica estensione dell'insieme delle norme dirette alle pubbliche amministrazioni e alla loro attività istituzionale» (p. 76).

La prima distinzione, quindi, è tra società che svolgono servizi pubblici senza gara e «le altre» che effettuano attività di carattere commerciale o industriale. In questo secondo caso, non c'è alcuna estensione di disposizioni valevoli per il pubblico impiego, ma esclusivamente l'obbligo di selezione dei contraenti in base a procedure a evidenza pubblica, con la conseguenza che è difficilmente sostenibile l'impossibilità di non applicare integralmente le conseguenze sanzionatorie connesse all'illegittima utilizzazione di tipologie flessibili di manodopera previste dalle singole leggi speciali.

Discorso differente, invece, deve essere svolto con riferimento alle società che hanno le caratteristiche previste dal comma 3-*bis*. In questo caso, infatti, si potrebbe desumere che le «limitazioni» o i «divieti» di assunzione che valgono per le pubbliche amministrazioni si riferiscono anche alle previsioni contenute nell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001. Questo tipo di interpretazione, tuttavia, non è pienamente convincente, dal momento che l'estensione alle società partecipate dei divieti e delle limitazioni di assunzione risponde a una ragione differente da quella imposta dall'art. 97 Cost. e che, secondo la giurisprudenza, giustifica la disparità di trattamento tra lavoratori in regime di pubblico impiego privatizzato e quelli del settore privato. Nel caso delle società partecipate, in realtà, il legislatore ha tentato di evitare che la mancanza di trasparenza nelle assunzioni e nella gestione del personale potesse determinare, come è sovente accaduto, una lievitazione eccessiva e non giustificata del costo per il personale e la conseguente necessità di interventi finanziari da parte del socio pubblico per «coprire» eventuali debiti di bilancio. Ma, sul punto, si attende la decisione delle Sezioni Unite.

RAPPORTO DI LAVORO

CORTE DI GIUSTIZIA UE, 13 febbraio 2014, causa C-596/12, Sez. Seconda
– Avv. Gen. E. Sharpston – Commissione europea c. Repubblica italiana.

Licenziamento collettivo – Direttiva n. 98/59/Ce – Artt. 4 e 24, legge n. 223/1991 – Dirigente – Esclusione – Inadempimento dello Stato italiano.

Avendo escluso, mediante l'articolo 4, paragrafo 9, della legge del 23 luglio 1991, n. 223 – recante norme in materia di Cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunità europea, avviamento al lavoro e altre disposizioni in materia di mercato del lavoro – la categoria dei «dirigenti» dall'ambito di applicazione della procedura prevista dall'articolo 2 della Direttiva n. 98/59/Ce del Consiglio, del 20 luglio 1998, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi a essa incumbenti in forza dell'articolo 1, paragrafi 1 e 2, di tale Direttiva. (1)

(1) IL LICENZIAMENTO COLLETTIVO DEI DIRIGENTI

1. — Con la sentenza del 13 febbraio 2014, C-596/12, la Corte di Giustizia dell'Unione europea torna a occuparsi sia della legge 23 luglio 1991, n. 223, sia della nozione di lavoratore nel diritto comunitario e dichiara l'inadempimento dell'Italia per aver escluso la categoria dei dirigenti dall'ambito di applicazione della normativa sui licenziamenti collettivi. La Corte afferma che la legge italiana contrasta con l'art. 1, parr. 1 e 2, della Direttiva n. 98/59/Ce, che assicura forme di tutela indistintamente a tutti i lavoratori, a prescindere dalla qualifica o dalle mansioni svolte.

Il caso in esame trae origine dalla iniziativa della Commissione europea che, con lettera del 29 maggio 2008, invita la Repubblica italiana a presentare osservazioni in merito alla propria legislazione di recepimento delle procedure di tutela dei lavoratori in caso di licenziamento collettivo previste dalla Direttiva n. 98/59/Ce.

Come è noto, la legge 23 luglio 1991, n. 223, recante norme in materia di Cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione, attuazione di direttive della

Comunità europea, avviamento al lavoro e altre disposizioni in materia di mercato del lavoro, attua la Direttiva n. 75/129/Ce concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi, per l'inottemperanza alla quale l'Italia è stata condannata per ben due volte dalla Corte di Giustizia (Corte Giust. Ce 8 giugno 1982, C-91/81; Corte Giust. Ce 6 novembre 1985, C-131/84). Successivamente, la Direttiva n. 92/56/Ce modifica e integra la direttiva previgente ampliando la nozione di licenziamento collettivo. In ultimo, la Direttiva n. 98/59/Ce abroga le due direttive precedenti e codifica la disciplina del licenziamento collettivo senza apportare ulteriori modificazioni (Considerando n. 1).

Nel caso in esame, la Commissione contesta alla Repubblica italiana di non avere trasposto correttamente la Direttiva n. 98/59/Ce in quanto esclude la categoria dei dirigenti dalla procedura prevista dal combinato disposto degli artt. 4 e 24 della legge n. 223/1991. Detta esclusione, giustificata dallo Stato italiano in base al principio della prevalenza della disposizione più favorevole di cui all'art. 5 della Direttiva, non è valsa a evitare la condanna in quanto la tutela di carattere economico prevista dal contratto collettivo in caso di licenziamento del dirigente non è considerata norma di miglior favore (Vd. *infra*, par. 2).

2. — Emanata a norma dell'art. 94 TCe, la Direttiva n. 98/59/Ce ha lo scopo di attenuare le ripercussioni che le divergenze tra le discipline nazionali in materia di licenziamenti collettivi possono avere sul funzionamento del mercato interno (Considerando n. 4). Essa mira a rafforzare la tutela dei lavoratori nell'ipotesi di licenziamento collettivo mediante l'armonizzazione delle legislazioni dei vari Stati membri in tema di licenziamento collettivo (Considerando n. 2).

La trasposizione della Direttiva n. 98/59/Ce nel nostro ordinamento è stata di difficile applicazione. Oltre ai casi sopra citati, la Corte di Giustizia nel 2003 condanna nuovamente la Repubblica italiana per aver limitato la nozione di datore di lavoro di cui all'art. 1 della Direttiva ai soli datori di lavoro imprenditori di cui all'art. 2082 cod. civ. (Corte Giust. Ce 16 ottobre 2003, C-32/02). In questo contesto, interviene il d.lgs. 8 aprile 2004, n. 110, che modifica l'art. 24 della legge n. 223/1991 al fine di estendere l'applicazione della disciplina del licenziamento collettivo anche ai datori di lavoro che nell'ambito della propria attività non perseguono fine di lucro (L. Valente, *Licenziamenti collettivi e nozione di datore di lavoro nel diritto comunitario: da una sentenza di inadempimento al d.lgs. 8 aprile 2004, n. 110*, in q. *Riv.*, 2004, n. 4, I, p. 705).

Dalla sentenza in esame, emerge come l'*iter* logico-deduttivo seguito dalla Corte di Giustizia si basa sull'assunto secondo il quale l'ambito soggettivo di applicazione della Direttiva n. 98/59/Ce comprende tutti i lavoratori subordinati, senza eccezione alcuna (par. 16). Sulla scorta di quanto affermato, la nozione di lavoratore di cui all'art. 1, parr. 1 e 2, della Direttiva non può «essere definita mediante un rinvio alle legislazioni degli Stati membri», bensì occorre fare riferimento alla nozione comunitaria di lavoratore incentrata sull'esercizio del potere direttivo (Corte Giust. Ce 12 ottobre 2004, C-55/02).

A tal proposito, appare opportuno evidenziare come il legislatore comunitario non fornisca una definizione di lavoratore subordinato. È noto che l'ordinamento comunitario elabora una tale definizione esclusivamente ai fini dell'accesso dei lavoratori alla garanzia della libera circolazione del mercato comune di cui all'art. 45 TfUe (*ex art.*

39 TCe). Tuttavia, al fine di evitare interpretazioni restrittive e disparate, la Corte di Giustizia provvede a elaborare una nozione di subordinazione di «portata comunitaria» poiché plasmata sui principi fondamentali comuni ai diversi Stati membri [S. Giubboni, *La nozione comunitaria di lavoratore subordinato*, in S. Sciarra, B. Caruso (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in G. Ajani, G.A. Benacchio (diretto da), *Trattato di Diritto privato dell'Unione europea*, vol. 5, Giappichelli, Torino, 2009, p. 35]. Tale nozione, a parere della Corte di Giustizia, «deve essere definita in base a criteri oggettivi che caratterizzano il rapporto di lavoro sotto il profilo dei diritti e degli obblighi delle persone interessate» (par. 17) e «non deve essere interpretata in modo restrittivo» (Corte Giust. Ce 3 luglio 1986, C-66/85; Corte Giust. Ce 21 giugno 1988, C-197/86; Corte Giust. Ce 26 febbraio 1992, C-3/90).

La Corte di Giustizia considera lavoratore subordinato «chiunque svolga, in posizione di soggezione nei confronti di un altro soggetto e dietro corrispettivo, un'attività lavorativa» (*Ex multis*, Corte Giust. Ce 19 marzo 1974, C-75/63; Corte Giust. Ce 7 settembre 2004, C-456/02). Emerge come la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro subordinato sia la circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un altro soggetto e sotto la direzione di quest'ultimo, prestazioni di lavoro dietro retribuzione (Corte Giust. Ue 11 novembre 2010, C-232/09). In altri termini, ai fini della qualificazione della subordinazione, condizione necessaria è l'esistenza di un rapporto di lavoro a prescindere dalla sua natura giuridica e dallo scopo da esso perseguito.

La Corte di Giustizia opera, dunque, un'interpretazione estensiva della nozione di lavoratore, al punto di qualificare lavoratore subordinato anche il tirocinante poiché fornisce una prestazione in contropartita della quale riceve una retribuzione, a prescindere dalla natura giuridica del rapporto di lavoro (Corte Giust. Ce 3 luglio 1986, C-66/85), la persona impegnata nell'effettiva ricerca di un impiego (Corte Giust. Ce 12 maggio 1998, C-85/96) o il lavoratore che, dopo aver svolto attività lavorative, intraprenda studi universitari a condizione che sussista un nesso di continuità tra l'attività lavorativa precedentemente esercitata e gli studi intrapresi (Corte Giust. Ce 12 maggio 1998, C-85/96), o ancora il soggetto inserito in un percorso socio-professionale, ma a condizione che l'attività esercitata presenti carattere reale ed effettivo (Corte Giust. Ce 7 settembre 2004, C-456/02).

Tanto premesso, se l'art. 2094 cod. civ. si pone perfettamente in linea con la nozione comunitaria di subordinazione, poiché qualifica il prestatore di lavoro subordinato come colui che «si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore», la legge n. 223/1991 restringe la portata della nozione di subordinazione comunitaria, allorché consente di limitare l'applicazione di alcune tutele soltanto a determinate categorie di prestatori di lavoro, posto che la divisione dei lavoratori subordinati nelle categorie legali di cui all'art. 2095 cod. civ. non è neutra.

In questo contesto normativo l'art. 4, comma 9, della legge n. 223/1991, riconoscendo all'impresa la facoltà di collocare in mobilità soltanto gli impiegati, gli operai e i quadri eccedenti escludendo la categoria dei dirigenti dalle garanzie procedurali previste per il licenziamento collettivo, contrasta con l'ordinamento comunitario che consente di includere i dirigenti nel novero dei lavoratori protetti. Ne segue il restringimento dell'ambito soggettivo della tutela garantita dalla normativa comunitaria.

ria. A parere della Commissione, tale esclusione «non sarebbe soltanto contraria all'ambito di applicazione generale della direttiva, ma anche del tutto ingiustificata: la categoria dei dirigenti nell'ordinamento italiano sarebbe assai ampia e comprenderebbe anche lavoratori non dotati di particolari poteri di gestione nell'ambito dell'impresa e definiti dirigenti solo in quanto dotati di qualifiche professionali elevate» (cd. falsi dirigenti).

Lo Stato italiano sostiene di non essere venuto meno agli obblighi comunitari in quanto i contratti collettivi interni rappresentano «disposizioni più favorevoli» per i dirigenti. In effetti, la contrattazione collettiva prevede, nell'ipotesi di licenziamento ingiustificato del dirigente, il pagamento a carico del datore di lavoro della cosiddetta indennità supplementare, il cui ammontare varia in relazione al Ccnl di riferimento. Tuttavia, a parere della Corte di Giustizia, la tesi dello Stato italiano non è sostenibile, in quanto la tutela normativo-contrattuale prevista per i dirigenti costituisce disposizione più favorevole soltanto dal punto di vista economico, poiché incide esclusivamente sulle conseguenze derivanti dal licenziamento e non sulla procedura preventiva. L'esclusione operata dal legislatore nazionale, inoltre, origina da quel retaggio storico-culturale che ritiene speciale la categoria del dirigente rispetto agli altri lavoratori, in quanto *alter ego* dell'imprenditore, e dunque non assoggettabile a vincoli in ordine al recesso. Tale assunto non può ritenersi congruo, specie se si consideri che il licenziamento collettivo si basa su ragioni organizzative e produttive dell'impresa che prescindono dalle peculiarità dei singoli lavoratori, i quali, al contrario, rilevano per la loro «valenza oggettiva» [L. Spagnuolo Vigorita, L. Guaglione, F. Scarpelli, *La fattispecie dei licenziamenti collettivi per riduzione del personale*, *Commento all'art. 24*, in M. Persiani (a cura di), *Norme in materia di Cassa integrazione, mobilità, trattamento di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunità europea, avviamento al lavoro e altre disposizioni in materia di mercato di lavoro*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, p. 1110].

Non è certamente questa la *ratio* della Direttiva n. 98/59/Ce. La norma comunitaria si propone di «ravvicinare le disposizioni nazionali dei vari Stati membri in ordine alle procedure da seguire in caso di licenziamento collettivo», a prescindere dalle misure di carattere sociale disposte in favore dei lavoratori e finalizzate ad attenuare l'impatto negativo derivante dalla risoluzione dei rapporti di lavoro (par. 22). A tal fine l'art. 2, par. 1, della Direttiva sancisce l'obbligo per il datore di lavoro di procedere in tempo utile a consultazioni con i rappresentanti dei lavoratori, con l'obiettivo di giungere a un accordo. Dal testo della sentenza emerge come tali consultazioni devonno «vertere, in particolare, sulla possibilità di evitare o di ridurre i licenziamenti collettivi previsti» (par. 21).

Come è noto, la normativa comunitaria, sin dalla fine degli anni ottanta, eleva la procedura di informazione e consultazione dei rappresentanti dei lavoratori a «evento strutturale e fisiologico nella gestione dell'impresa» (M. Magnani, *Direttive comunitarie di vecchia e nuova generazione e trasformazioni dell'impresa*, in *Dir. lav.*, 2005, I, p. 137) ed «è concepita a favore dei lavoratori intesi come collettività e presenta quindi natura collettiva» (Corte Giust. Ce 16 luglio 2009, C-12/08).

3. — La Direttiva n. 98/59/Ce non ammette né in modo esplicito né in modo tacito alcuna possibilità per gli Stati membri di escludere dal suo ambito di applicazione questa o quella categoria di lavoratori subordinati, a eccezione dei casi previsti dal-

l'art. 1, par. 2, il quale esclude dalla sfera di operatività della Direttiva n. 98/59/Ce alcune ipotesi puntualmente individuate.

In sintonia con quanto disposto dalla norma comunitaria, la legge n. 223/1991, art. 24, comma 4, esclude l'applicazione della normativa sul licenziamento collettivo in primo luogo «nel caso di scadenza di rapporti di lavoro a termine». La norma, a differenza dell'art. 4, comma 14, che invece prevede l'esclusione della disciplina sulla mobilità per «i lavoratori assunti con contratto di lavoro a tempo determinato», lascia spazio sia per ritenere che devono ritenersi esclusi dal suo ambito di applicazione i contratti a termine *tout court*, sia per sostenere l'applicabilità della predetta disciplina solo quando tali contratti siano in svolgimento. In tale ultima ipotesi, nella procedura di riduzione del personale devono ritenersi inclusi i lavoratori licenziati con contratto a termine non ancora scaduto [M. Del Conte, *Lavoratori con contratto a termine non ancora scaduti*, in M. Persiani (a cura di), *Commentario alla legge 23 luglio 1991, n. 223*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, p. 1119]. È opportuno evidenziare come la norma non parli di contratto a tempo determinato, bensì di «rapporti di lavoro a termine»; ne deriva che devono ritenersi esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina sul licenziamento collettivo tutti i rapporti di lavoro cui sia annesso un termine; basti pensare agli assunti in prova o con contratti di formazione [M. Miscione, *I licenziamenti per riduzione del personale e la mobilità*, in F. Carinci (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti*, Jovene, Napoli, 1991, p. 321].

La seconda esclusione prevista dal legislatore nazionale riguarda i casi di «fine lavoro nelle imprese edili», intendendosi per tali l'esaurimento di una fase dei lavori in relazione all'esecuzione dei quali i lavoratori erano stati assunti anche in ragione delle loro professionalità (Cass. 26 settembre 1998, n. 9657). Al contrario, «il graduale esaurimento di una singola fase lavorativa non può rientrare nella previsione di cui al citato art. 24 perché, non trattandosi del licenziamento di tutti i lavoratori utilizzati in tale fase ma solo di una percentuale, è necessario che i licenziamenti avvengano secondo predeterminati criteri di scelta» (Cass. 6 febbraio 2008, n. 2782, con nota di L. Valente, *Fine lavoro nelle costruzioni edili e licenziamenti collettivi*, in q. *Riv.*, 2008, n. 3, II, p. 563).

La terza ipotesi prevista dalla legge n. 223/1991 concerne i casi di «attività stagionali o saltuarie», il cui carattere di stagionalità deve essere dimostrato da parte del datore di lavoro. È importante, inoltre, precisare che per attività stagionali si intendono sia le ipotesi di lavoro a tempo determinato a norma della legge 18 aprile 1962, n. 230, sia i rapporti di lavoro a tempo indeterminato (Trib. Napoli 24 gennaio 1994, in *Mass. giur. lav.*, 1994, p. 568).

La legge n. 223/1991 non recepisce, invece, come ipotesi di esclusione dalla disciplina sul licenziamento collettivo gli equipaggi di navi marittime. Tuttavia, parte della giurisprudenza ne ha esteso la disciplina anche al lavoro della gente di mare (Corte d'App. Genova 26 maggio 2004).

4. — La sentenza della Corte di Giustizia in esame impone allo Stato italiano di estendere, in applicazione della Direttiva n. 98/59/Ce, i diritti di informazione e consultazione sindacale anche ai dirigenti. In questo contesto, è evidente la necessità che lo Stato italiano dia immediata esecuzione alla sentenza in commento e si attivi per rendere la normativa italiana conforme alla direttiva. Sulla scorta di quanto

affermato dalla Corte di Giustizia, la procedura di consultazione e informazione sindacale prevista dall'art. 2 deve applicarsi anche alla categoria dei dirigenti. Ne segue, da un lato, l'obbligo per il datore di lavoro di coinvolgere nell'esame congiunto tra le parti anche i rappresentanti sindacali dei dirigenti; dall'altro, i licenziamenti dei dirigenti rientrano nel computo dei licenziamenti utili a determinare la soglia minima di accesso alla procedura di cui alla legge n. 223/1991 (cinque nell'arco di centoventi giorni).

In attesa di una formale ricezione della sentenza, per le decisioni future sussiste l'obbligo per il giudice italiano di non applicare la norma nazionale dichiarata incompatibile con il diritto comunitario, in base al principio del primato del diritto comunitario secondo il quale «qualsiasi giudice nazionale adito nell'ambito della sua competenza ha l'obbligo di applicare il diritto comunitario, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria» (*Ex multis*, Corte Giust. Ce 9 marzo 1978). Trattasi, difatti, di un procedimento per inadempimento a norma dell'art. 258 TfUe, la cui responsabilità incombe su tutti gli organi dello Stato membro, ivi compresi i giudici nazionali (Cass. n. 28 marzo 1997, n. 2787).

L'inquadramento sistematico così delineato consente di analizzare sia gli effetti giuridici sia le ricadute pratiche che la decisione in commento comporta per l'ordinamento nazionale.

Il dirigente licenziato prima della sentenza della Corte di Giustizia senza che sia stata esplicita la procedura di consultazione sindacale, grazie alla quale avrebbe potuto evitare il licenziamento o ridurne le conseguenze, può agire per il risarcimento del danno nei confronti dello Stato italiano che gli ha impedito di godere dei diritti e delle tutele previsti dal diritto comunitario.

Altra conseguenza della pronuncia in commento concerne le modalità di conseguimento dei requisiti numerici e temporali necessari per l'accesso alla procedura di cui alla legge n. 223/1991. Come è noto, il combinato disposto degli artt. 4 e 24 della legge n. 223/1991 consente il ricorso alla procedura sindacale qualora il licenziamento coinvolga almeno cinque lavoratori nell'arco di centoventi giorni. Dal momento che il dirigente deve essere ricompreso nella nozione di lavoratore subordinato, il licenziamento dello stesso per motivi non inerenti alla sua persona ricade nel computo del numero dei licenziamenti utili affinché si possa ritenere applicabile la procedura di cui alla legge n. 223/1991. Ne consegue che più facilmente può essere raggiunta la soglia minima dei licenziamenti necessari per attivare la procedura sindacale. Con riferimento ai licenziamenti già comunicati, il lavoratore non dirigente licenziato per giustificato motivo oggettivo plurimo può agire per il risarcimento del danno nei confronti dello Stato italiano qualora dimostri che, computando il licenziamento del dirigente, si sarebbe raggiunta la soglia minima di licenziamenti utili a far scattare l'applicazione della legge n. 223/1991.

Alla luce di quanto delineato, è opportuno evidenziare che l'art. 4, comma 9, della legge n. 223/1991, nel momento in cui restringe l'applicazione della procedura di licenziamento collettivo ai soli impiegati, operai e quadri, determina una discriminazione ingiustificata per i dirigenti, ma ancor più un affievolimento della tutela delle altre categorie di lavoratori, rendendo più difficile il raggiungimento della soglia minima richiesta per attivare la procedura di cui alla legge n. 223/1991.

Un punto che a mio avviso rimane da approfondire concerne l'applicabilità anche alla categoria dei dirigenti dei criteri di scelta di cui all'art. 5 della legge n. 223/1991. Su questo punto il giudice comunitario non si è espresso. Tuttavia, se la legge n. 223/1991 deve applicarsi a tutti i lavoratori subordinati, ne consegue che anche i dirigenti devono essere considerati ai fini dei criteri di scelta che consentono di individuare i lavoratori da licenziare.

Si auspica, pertanto, un immediato intervento normativo del legislatore italiano per non incorrere in un'ulteriore condanna da parte della Corte di Giustizia a seguito della procedura della cd. doppia condanna *ex art. 260 TfUe* (*ex art. 228 TCe*), anche al fine di arginare il rischio del proliferarsi di contenziosi interni.

Maria Antonietta Carbone
Dottore in Giurisprudenza

I

CORTE COSTITUZIONALE, 4 giugno 2014, n. 155 – Pres. Silvestri, Est. Criscuolo – Atti decisi: Trib. Roma, ordinanze n. 301 e n. 302 del 2012.

Contratto a termine – Decadenza ex art. 32, comma 4, lett. b, legge n. 183/2010 – Altre ipotesi disciplinate dalla norma – Disparità di trattamento – Insussistenza.

L'applicazione retroattiva del più rigoroso e gravoso regime della decadenza previsto dall'art. 32, comma 4, lett. b, legge n. 183/2010, alla sola categoria dei contratti a termine già conclusi prima della entrata in vigore della legge n. 183 del 2010 – lasciando immutato per il passato il più favorevole regime previsto per le altre ipotesi disciplinate dalla norma – non si pone in contrasto con il principio di ragionevolezza né configura una disparità di trattamento. (1)

II

CASSAZIONE, 23 aprile 2014, n. 9203, Sez. lav. – Pres. Lamorgese, Est. Bandini, P.M. Celeste (conf.) – C.E. C.F. (avv. Chietera) c. F.D. Spa (avv.ti Spinoso, Napolitani).
Cassa Corte d'Appello Napoli, 8 giugno 2013.

Licenziamento individuale – Decadenza ex art. 32, legge n. 183/2010 – Proroga ex art. 32, comma 1-bis, legge n. 183/2010 – Ipotesi prevista dal comma 2 dell'art. 6 della legge n. 604/1966 – Applicabilità.

Attraverso il differimento «in sede di prima applicazione» della legge n. 604 del 1966, art. 6, comma 1, a opera dell'art. 32, comma 1-bis, legge n. 183/2010, il legislatore ha inteso differire anche il termine a partire dal quale decorre la decadenza di cui al successivo comma 2, che diviene quindi a sua volta non applicabile anteriormente al 31 dicembre 2011. (2)

(1-2) LA CORTE COSTITUZIONALE E LA CASSAZIONE
IN TEMA DI DECADENZA EX ART. 32 DELLA LEGGE N. 183/2010

SOMMARIO: 1. Cenni sulla decadenza. — 2. Il comma 1-*bis* dell'art. 32 della legge n. 183/2010. — 3. La questione scrutinata dalla Corte costituzionale. — 4. La soluzione proposta dalla Corte costituzionale. — 5. La questione affrontata dalla Corte di Cassazione. — 6. La soluzione proposta dalla Corte di Cassazione.

1. — *Cenni sulla decadenza* — La decadenza, com'è noto, impone l'onere di esercitare un diritto entro il tempo stabilito dalla legge e trova la sua ragione nella tutela di un interesse generale o di una delle parti. L'istituto è eccezionale per la deroga al principio generale secondo cui l'esercizio dei diritti soggettivi non è sottoposto a limiti, cosicché il titolare può esercitarli, nell'ambito della prescrizione, quando, come e dove gli pare opportuno.

Di conseguenza, nell'interpretazione delle disposizioni in tema di decadenza non è consentito far ricorso all'analogia o all'interpretazione estensiva trattandosi di norme eccezionali (1).

L'art. 32, comma 1, disciplina tre termini di decadenza per impugnare innanzi al giudice del lavoro un licenziamento. Infatti, il comma 1 dell'art. 32 in commento ha riscritto i commi 1 e 2 dell'art. 6 della legge n. 604/1966 confermando che il licenziamento deve essere impugnato stragiudizialmente a pena di decadenza entro sessanta giorni.

Il comma 2 dell'art. 32 in esame ha aggiunto al preesistente termine di 60 giorni un ulteriore termine di efficacia di tale impugnativa: essa è inefficace se non è seguita, entro il successivo termine di centottanta (all'origine erano duecentosettanta) giorni, dal deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro o dalla comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato.

I commi 3 e 4 dell'art. 32, cit., com'è noto, hanno esteso la decadenza a ulteriori forme contrattuali o atti datoriali contemplati nella medesima disposizione; ai licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero: alla nullità del termine apposto al contratto di lavoro, ai sensi del d.lgs. n. 368 del 2001, artt. 1, 2 e 4, e successive modificazioni (comma 3, lett. *a*); al recesso del committente nei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, anche nella modalità a progetto (comma 3, lett. *b*); al trasferimento ai sensi dell'art. 2103 cod. civ. (comma 3, lett. *c*); all'azione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro, ai sensi del d.lgs. n. 368 del 2001, artt. 1, 2 e 4, e successive modificazioni (comma 3, lett. *d*); ai contratti di lavoro a termine stipulati ai sensi del d.lgs. n. 368 del 2001, artt. 1, 2 e 4, in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore della legge stessa (comma 4, lett. *a*); ai contratti di lavoro a termine, stipulati anche in applicazione di disposizioni di legge previgenti al

(1) E. Boghetich, *Tutele dei diritti del lavoratore e nuovi termini di decadenza*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, I, pp. 68 ss.; G. Amoroso, *Impugnazioni e decadenze nel Collegato lavoro. Il nuovo regime delle impugnazioni e delle decadenze*, in R. Garofoli, T. Treu (a cura di), *Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2012.

d.lgs. n. 368 del 2001 e già conclusi alla data di entrata in vigore della legge stessa (comma 4, lett. *b*); alla cessione di contratto di lavoro avvenuta ai sensi dell'art. 2112 cod. civ. (comma 4, lett. *c*); in ogni altro caso in cui fosse chiesta la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal titolare del contratto (comma 4, lett. *d*) (2).

In particolare, per quel che interessa, solo per i contratti a tempo determinato è stata introdotta una disposizione retroattiva prevedendo l'applicazione della decadenza anche a quelli «già conclusi alla data di entrata in vigore della presente legge, con decorrenza dalla medesima data di entrata in vigore della presente legge».

2. — *Il comma 1-bis dell'art. 32 della legge n. 183/2010* — Con l'art. 2, comma 54, d.l. 29 dicembre 2010, n. 225, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2011, n. 10, è stato introdotto nell'art. 32 in commento il comma 1-*bis* che recita: «In sede di prima applicazione, le disposizioni di cui all'articolo 6, comma 1, della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, relative al termine di sessanta giorni per l'impugnazione del licenziamento, acquistano efficacia a decorrere dal 31 dicembre 2011». La disposizione è entrata in vigore in data 27 febbraio 2011 (3).

Fra le varie questioni che la disposizione ha posto agli interpreti vi era la disputa sull'applicazione al solo termine di 60 giorni ovvero anche al successivo termine di 180 (allora 270) giorni.

Chi scrive ha sostenuto (4) che tale questione non sembrava destare eccessivi problemi interpretativi, in quanto il riferimento al solo comma 1 dell'art. 6 della legge n. 604/1966, come novellato, trascina con sé il successivo termine.

In effetti, da una piana lettura della disposizione, appare che il termine di 270 giorni inizia a decorrere dall'esecuzione dell'impugnativa di cui al comma 1 dell'art. 6, cit., con la conseguenza che se viene congelato il primo termine anche il secondo scivolerà sino al compimento dell'atto di contestazione del recesso. Prima di tale evento, il secondo termine di decadenza non può iniziare a decorrere. Se, invece, sia stata eseguita l'impugnazione, in assenza di esplicita disposizione contraria, il termine inizia a decorrere con la necessità di provvedere agli alternativi atti di cui al comma 2 dell'art. 6 della legge n. 604/1966, novellato, per impedire la decadenza.

(2) Su cui si veda, in generale, O. Mazzotta, *Poteri del datore di lavoro, certificazione e controllo del giudice*, in Aa.Vv., *Il diritto del lavoro dopo il «Collegato»*, Montecastrilli, 2011, p. 7; G. Cannella, *Tutela giudiziaria ed estensione delle ipotesi di decadenza*, in Aa.Vv., *La controriforma della giustizia del lavoro*, Milano, 2011, p. 113; A. Vallebona, *Una buona svolta del diritto del lavoro: la legge n. 183 del 2010*, in *Bollettino Adapt*; M. Tiraboschi, *Premesse*, in Aa.Vv., *Collegato lavoro*, Milano, 2010, p. XIII; M. Roccella, *Il regime delle impugnazioni*, in q. *Riv.*, 2011, I, p. 18; F. Scarpelli, *Il nuovo regime delle decadenze*, in Aa.Vv., *Il diritto del lavoro dopo il «Collegato»*, Montecastrilli, 2011, p. 35; M. Pivetti, *La tentata elusione del diritto dei lavoratori ad avere un giudice*, in q. *Riv.*, 2011, I, p. 151; P. Coppola, *Collegato lavoro, ordinamento comunitario e poteri del giudice*, in q. *Riv.*, 2011, I, pp. 69 ss.

(3) F. Scarpelli, *Con il «mille proroghe» rinviata (tra mille dubbi interpretativi) l'efficacia della disciplina della decadenza del «Collegato lavoro»*, in *Note informative*, 2011, n. 51, pp. 1 ss.

(4) F. Aiello, *Impugnativa del licenziamento e regime delle decadenze*, in *Lav. giur.*, 2012, p. 351.

3. — *La questione scrutinata dalla Corte costituzionale* — Con due ordinanze (5) il Tribunale di Roma, in funzione di giudice del lavoro, ha sollevato, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, comma 4, lettera *b*, della legge 4 novembre 2010, n. 183, nella parte in cui prevede l'applicazione del termine di decadenza solamente ai contratti di lavoro a tempo determinato già conclusi alla data di entrata in vigore della citata legge n. 183 del 2010 e con decorrenza dalla medesima data (6).

La disposizione censurata prevede(va) l'applicazione del termine di decadenza di sessanta giorni (oggi centoventi giorni), stabilito dal riformato art. 6, comma 1, della legge n. 604 del 1966, ai contratti di lavoro a tempo determinato già conclusi alla data di entrata in vigore della legge n. 183 del 2010, indicando quale parametro costituzionale di riferimento l'art. 3 Cost.

Nelle more la disposizione dell'art. 32, cit., ha subito modifiche a opera della legge 28 giugno 2012, n. 92. In particolare, l'art. 1, comma 11, lettera *a*, della detta legge n. 92 del 2012 ha sostituito la lettera *a* del comma 3 del citato art. 32 prolungando il termine di decadenza da sessanta a centoventi giorni in relazione alle cessazioni di contratti a tempo determinato verificatesi a decorrere dal 1° gennaio 2013. La Corte, verificata la modificazione, ha constatato che la norma impugnata non è sostanzialmente mutata, né le modifiche potevano assumere rilevanza rispetto al tenore delle censure formulate dal rimettente, determinandosi a procedere parimenti all'esame della questione di legittimità costituzionale posta in riferimento al comma 4, lettera *b*, del citato art. 32, nel testo modificato dalla legge n. 92 del 2012.

Il Tribunale di Roma aveva ritenuto che l'introduzione del termine di decadenza per contestare la legittimità del termine apposto al contratto di lavoro, già concluso antecedentemente all'entrata in vigore della stessa legge n. 183/2010, sarebbe irragionevole e presenterebbe un'ingiustificata disparità di trattamento perché non sarebbe stata introdotta un'analoga disposizione retroattiva anche per le altre forme contrattuali o atti datoriali contemplati nella medesima disposizione di cui all'art. 32, cit.

Infatti, come detto, i commi 3 e 4 dell'art. 32, cit., hanno esteso la decadenza a ulteriori fattispecie ovvero a tutti i casi di invalidità del licenziamento.

4. — *La soluzione proposta dalla Corte costituzionale* — La Corte non ha condiviso le considerazioni del remittente ad avviso del quale il legislatore, per non incorrere in violazione del principio di ragionevolezza, avrebbe dovuto estendere a tutte le ipotesi dettate dall'art. 32, commi 3 e 4, il regime di decadenza retroattivo.

La Corte, invero, richiamando la propria giurisprudenza, ha ribadito che il legislatore, in tema di disciplina del processo e di conformazione degli istituti processuali, gode di ampia discrezionalità, con il solo limite della «manifesta irragionevolezza» (7). Ebbene la Corte, rilevato che il regime decadenziale è previsto per tutti i possibili con-

(5) Ordinanze del 24 ottobre 2012: r.o. n. 301 del 2012 e r.o. n. 302 del 2012.

(6) L. Salvato, *Disciplina della contestazione del termine apposto ai contratti di lavoro subordinato*, 2014, in *Quotidiano giuridico*, <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; A. Casotti, M.R. Gheido, *Commento - Corte costituzionale - Sentenza 4 giugno 2014, n. 155*, in *Guida normativa*, 2014, n. 119, p. 333.

(7) Fra la giurisprudenza richiamata dalla Corte vi sono le sentenze n. 10 del 2013, n. 17 del 2011, n. 82 e n. 50 del 2010, n. 221 del 2008.

tratti a termine – sia scaduti alla data di entrata in vigore della legge che in corso di esecuzione che instaurandi –, ha ravvisato la ragione di tale disciplina in una pluralità di esigenze eminentemente pratiche: garantire la speditezza dei processi; contrastare la promozione di azioni giudiziarie a distanza di rilevante tempo dalla scadenza del termine; ridurre il contenzioso giudiziario nella materia in questione.

La Corte ha, inoltre, osservato una peculiarità del contratto a termine rispetto alle altre ipotesi contemplate nell'art. 32, commi 3 e 4, legge citata, ovvero come l'azione per la nullità del termine apposto al contratto di lavoro abbia carattere imprescrittibile con la conseguenza che, senza un regime decadenziale, si arriverebbe a procrastinare *sine die* la definizione del rapporto. Alla luce di tali spiegazioni dell'iniziativa legislativa, la Corte ha valutato non irragionevole la scelta del legislatore.

Analogamente, la Corte è giunta a superare le censure riguardanti l'asserita disparità di trattamento derivante dalla normativa impugnata. Anche in questo caso la Corte ha richiamato la propria giurisprudenza secondo cui la violazione del principio di uguaglianza non sussiste qualora la diversità di disciplina riguardi situazioni non assimilabili (8). Richiamando la propria sentenza n. 303 del 2011 (9) la Corte ha affermato che le ipotesi comparate sono diverse e non possono considerarsi omogenee solo in virtù della previsione di un conforme termine di decadenza, che ha il diverso fine di accelerazione dei tempi del processo e non l'omologazione delle ipotesi cui si applica. In tal modo la Corte, rilevata la insussistenza di una disparità di trattamento, è giunta alla reiezione del denunciato contrasto con l'art. 3 Cost.

5. — *La questione affrontata dalla Corte di Cassazione* — La censura scrutinata dai giudici di legittimità riguarda, invece, un'ipotesi tutt'affatto diversa: la proroga disposta dal legislatore con l'introduzione nell'art. 32 della legge n. 183/2010 del comma 1-*bis* a opera del d.l. n. 225 del 2010, art. 2, comma 54, convertito con modificazioni nella legge n. 10 del 2011 (10) (cd. milleproroghe 2011).

Tale norma ha introdotto «in sede di prima applicazione» una proroga in forza della quale le disposizioni riguardanti il termine di sessanta giorni per l'impugnazione del licenziamento «acquistano efficacia a decorrere dal 31 dicembre 2011», intervenendo, quindi, sul primo termine di impugnativa ma lasciando aperta la questione sull'applicabilità della disposta proroga anche sul secondo termine di cui alla legge n. 604 del 1966, art. 6, comma 2, stabilito per l'impugnativa giudiziale.

6. — *La soluzione proposta dalla Corte di Cassazione* — La Suprema Corte ha ritenuto (11) che il legislatore con l'introduzione del comma 1-*bis* citato, ha inteso differire anche il termine a partire dal quale decorre la decadenza di cui al comma 2 della

(8) Fra la giurisprudenza richiamata dalla Corte vi sono le sentenze n. 108 del 2006, n. 340 e n. 136 del 2004.

(9) In particolare il punto 3.3.3 del «Considerato in diritto» della menzionata sentenza n. 303 del 2011.

(10) V.F. Giglio, *Milleproroghe 2011 e Collegato lavoro: un problema ancora attuale*, in *Guida lav.*, 2014, n. 29, pp. 21 ss.

(11) In senso contrario si era espresso Trib. Santa Maria Capua Vetere 8 aprile 2013, con sentenza commentata da N. Frasca, *Impugnazione del licenziamento e termini di decadenza*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, n. 4-5, II, p. 1210.

legge n. 604 del 1966, che diviene quindi a sua volta non applicabile anteriormente al 31 dicembre 2011.

I giudici di legittimità hanno posto la loro attenzione sull'inciso «in sede di prima applicazione», che individua un ambito di novità connaturato alla disposizione in esame, cosicché è apparso necessario delimitare tali margini di novità.

La Corte ha rilevato che il comma 1, e il termine di decadenza di sessanta giorni ivi contenuto, non configura un'innovazione sostanziale della precedente disciplina, cosicché i margini di novità vanno necessariamente ricercati nel contesto normativo in cui si inserisce la disposizione di cui è stata differita l'efficacia.

La Suprema Corte non ha condiviso l'opzione ermeneutica della Corte di merito secondo cui l'ambito di novità deve essere individuato nell'introduzione delle nuove ipotesi cui è stato esteso il regime decadenziale (art. 32, commi 3 e 4, cit.), sicché solo per queste ulteriori ipotesi dovrebbe ritenersi che le disposizioni di cui al novellato art. 6, comma 1, legge n. 604 del 1966, sarebbero state di «prima applicazione» e che solo in relazione a tali ipotesi andrebbe quindi riferito il differimento dell'efficacia delle disposizioni medesime sancito dal citato comma 1-*bis*.

Ad avviso dei giudici di legittimità, però, il più incisivo e generalizzato elemento di novità è costituito dal fatto che la stessa impugnazione stragiudiziale diviene inefficace se non seguita dal deposito del ricorso giudiziale nel secondo termine di decadenza disposto dal novellato art. 6, comma 2, della legge n. 604 del 1966.

Così opinando, la Suprema Corte ha rilevato un diretto contestuale collegamento tra impugnazione stragiudiziale e decorrenza del termine di decadenza per il deposito del ricorso giudiziale, cosicché esse vengono a costituire, integrandosi fra loro, una disciplina unitaria, articolata – e qui sta appunto l'elemento generalizzato di novità – nella previsione di due successivi e tra loro connessi termini di decadenza.

La conseguenza tratta da tale osservazione è che, secondo la Suprema Corte, attraverso il differimento del termine di cui all'art. 6, comma 1, della legge n. 604/66, il legislatore ha inteso, con ciò stesso, differire anche il termine a partire dal quale decorre la decadenza di cui al comma 2, che diviene quindi a sua volta non applicabile anteriormente al 31 dicembre 2011.

Filippo Aiello
Avvocato in Roma

I

CASSAZIONE, 16 giugno 2014, n. 13630, Sez. lav. – Pres. Roselli, Est. Patti, P.M. Matera (conf.) – Meridiana Fly Spa (avv.ti Boursier Niutta, De Luca Tamajo) c. B.L.
Cassa Corte d'Appello Firenze, 18 maggio 2011.

Contratto a termine – Risarcimento del danno – Indennità onnicomprensiva – Configurabile – Riconoscimento anzianità – Ricostruzione della carriera.

Rientra nell'ambito previsionale della norma di cui alla legge 4 novembre 2010, n. 183, art. 32, comma 5, il pagamento delle differenze retributive relative al periodo compreso fra l'allontanamento dal posto di lavoro e la sentenza di merito, da liquidare con carattere forfettario e onnicomprensivo, compresi eventuali scatti di anzianità non pagati. Non rientra quanto spetta al lavoratore per la ricostruzione della carriera, una volta unificati i diversi rapporti a tempo determinato in un unico rapporto a tempo indeterminato. (1)

II

CASSAZIONE, 10 aprile 2014, n. 8491, Sez. VI lav., ord. – Pres. Curzio, Est. Marotta – Poste italiane Spa (avv. Trifirò) c. M.K. (avv.ti Cossu, Cester, Miazzi).
Cassa Corte d'Appello Venezia, 14 febbraio 2011.

Contratto a termine – Risarcimento del danno – Indennità onnicomprensiva – Danno ulteriore – Non configurabile.

L'indennità onnicomprensiva di cui alla legge 4 novembre 2010, n. 183, art. 32, comma 5, ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso tra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento ricostitutivo. È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, posto che la norma di portata retroattiva non ha disposto di diritti acquisiti del lavoratore, non trattandosi di prestazioni già effettuate ma di un periodo di mora accipiendi. (2)

III

CASSAZIONE, 4 aprile 2014, n. 8006, Sez. lav. – Pres. Canevari, Est. Napolitano, P.M. Matera (conf.) – Ospedale pediatrico Bambino Gesù

(avv.ti Pessi, Gentile) c. P.V., C.F. (avv.ti R. Scognamiglio, C. Scognamiglio).
Cassa Corte d'Appello Roma, 27 maggio 2010.

Licenziamento individuale – Risarcimento del danno – Danno ulteriore – Configurabile.

In materia di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo nel regime di tutela reale la predeterminazione legale del danno risarcibile in favore del lavoratore non esclude che egli possa chiedere il danno ulteriore, patrimoniale e/o non patrimoniale, che gli sia derivato dal licenziamento. (3)

(1-3) I LIMITI DEL RISARCIMENTO DEL DANNO TRA LICENZIAMENTO E NULLITÀ DEL TERMINE

SOMMARIO: 1. I casi. — 2. Licenziamento e risarcimento del danno. — 3. Il danno ulteriore nel licenziamento. — 4. I limiti della onnicomprensività dell'indennità nel lavoro a termine.

1. — *I casi* — I provvedimenti in commento, che per un lato presentano questioni giuridiche molto differenziate tra loro – licenziamento, da un lato, e nullità del termine, negli altri due –, senza peraltro distanziarsi molto dagli orientamenti dominanti sulle singole questioni trattate, consentono, dall'altro, di provare a sviluppare qualche riflessione sull'attuale stato del sistema risarcitorio sussistente nel diritto del lavoro italiano, che, sulla scia delle canoniche regole civilistiche, si è da sempre sviluppato con peculiari modalità regolative con l'intento di trovare un compromesso fra l'opportunità di una *restitutio in integrum* del pregiudizio subito, in ogni suo profilo retributivo e non, e la necessità di incanalare il risarcimento ottenibile entro canoni predeterminabili, attraverso sistemi di forfettizzazione previsti dalle leggi speciali, ma che può prestarsi oggi a creare differenze di trattamento a volte alquanto discutibili.

Appare innanzitutto opportuno richiamare le diverse modalità con cui nei singoli casi si sono affrontate le problematiche correlate ai limiti risarcitori posti dalle rispettive norme regolative. Nel caso di Cass. n. 8006/2014 si trattava di un medico illegittimamente estromesso dal posto di lavoro e reintegrato dai giudici di merito. In materia di risarcimento del danno il giudice di legittimità, da un lato, conferma le decisioni precedenti che avevano ridotto il danno calcolato *ex art.* 18 Stat. lav. alle retribuzioni perse entro il limite del triennio successivo al recesso, sulla base del rilievo che oltre tale limite temporale la conseguenza dell'inoccupazione non può più essere automaticamente riferibile al licenziamento (1), mentre, dall'altro, ritiene di dover cas-

(1) Si tratta di una posizione già diffusa in giurisprudenza; cfr., per tutti, Cass. 21 settembre 2012, n. 16076, in *Giust. civ.*, 2013, n. 10, I, p. 2126, che richiama i limiti di cui all'art. 1227 cod. civ.

sare la sentenza impugnata perché nulla ha detto sulla richiesta correlata al danno ulteriore, patrimoniale e non patrimoniale, patito dal lavoratore in conseguenza dell'illegitto licenziamento.

Per le altre due sentenze in commento – Cass. n. 8491/2014 e Cass. n. 13630/2014 – si trattava di casi in cui veniva sancita la nullità del termine dei contratti a tempo determinato stipulati, secondo la disciplina precedente al decreto Poletti (d.l. 20 marzo 2014, n. 34, convertito in legge 16 maggio 2014, n. 78). In entrambe le fattispecie si trattava di dare applicazione, per quanto concerne il risarcimento del danno, all'indennità onnicomprensiva introdotta dalla legge n. 183/2010, e ritenuta applicabile anche ai processi in corso fino alla formazione del giudicato (2). Se nel primo caso l'approccio interpretativo risulta particolarmente restrittivo nel considerare ricompreso nell'indennità qualunque tipo di risarcimento, nel secondo la Suprema Corte, pur ribadendo l'approccio restrittivo fin qui emerso, sembra far apparire una inedita, seppur timida, apertura, con il riconoscimento della possibilità di conteggiare anche il periodo precedente alla decisione del giudice ai fini della ricostruzione della carriera.

2. — *Licenziamento e risarcimento del danno* — Se in materia di risarcimento del danno anche nel diritto del lavoro si è da sempre «di regola sottinteso il diritto comune» (3) quale punto di riferimento fondamentale a cui guardare, numerose leggi speciali hanno di volta in volta previsto specifiche modalità regolative nella liquidazione del danno. La questione è stata affrontata in maniera particolarmente approfondita, in dottrina come in giurisprudenza, in relazione al licenziamento e alla peculiare modalità di tutela patrimoniale che l'art. 18, legge n. 300/1970, ha affiancato alla reintegrazione con esplicito riferimento alle retribuzioni perdute, in tutto o in parte, e che, a seconda dell'approccio utilizzato e dei riferimenti normativi considerati preminenti, è stata variamente inquadrata dalla dottrina quale istituto a carattere retributivo (4), risarcitorio (5),

(2) Cass. 29 novembre 2013, n. 26840, in *Mass. giust. civ.*, 2013; Cass. 26 luglio 2012, n. 13351; Cass. 2 marzo 2012, n. 3305, in *Foro it.*, 2012, n. 5, I, c. 1410; Cass. 3 gennaio 2011, n. 65, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 769; Cass. 4 gennaio 2011, n. 80, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 769, purché naturalmente i motivi di ricorso investano le conseguenze patrimoniali della nullità del termine (Cass. 30 aprile 2013, n. 10171, in *Dir. rel. ind.*, 2013, n. 3, p. 753).

(3) Così già L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, Giuffrè, 1957, III, p. 434.

(4) Il carattere retributivo veniva proposto in merito alla necessità di recuperare tutte le retribuzioni perdute con riferimento all'istituto della *mora accipiendi* (E. Ghera, *Spunti critici in tema di mora del creditore di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1970, I, p. 91) ovvero alle conseguenze dell'annullamento correlate alla permanenza *ex tunc* del vincolo contrattuale (M.V. Gentili Ballestrero, *I licenziamenti*, Franco Angeli, 1975, p. 129). In relazione al vecchio testo dell'art. 18 e alla divisione in due fasi distinte rispetto alla pronuncia della sentenza si era diffusa l'idea di riconoscere natura risarcitoria alle dazioni patrimoniali fino alla pronuncia della sentenza e natura retributiva a quelle dalla data della sentenza all'effettiva reintegrazione.

(5) Sul carattere tipicamente risarcitorio cfr. già G.F. Mancini, *Commento all'art. 18*, in G. Ghezzi, F. Mancini, L. Montuschi, U. Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in A. Scialoja, G. Branca (a cura di), *Commentario al codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, I ed., p. 270. La dottrina successiva ha poi differenziato le impostazioni, distinguendosi tra chi richiama *tout court* i principi generali (cfr. M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, Padova, 2012) e chi si riferisce a un vero e proprio diritto risarcitorio speciale, con riferimenti a criteri di forfettizzazione di liquidazione del danno ampiamente derogatori della di-

indennitario (6), e financo sanzionatorio (7). Nella varietà delle posizioni dottrinali appare in realtà emergere la convinzione che, anche per quanto concerne le conseguenze patrimoniali in materia di licenziamento, ci si collochi «entro gli schemi civilistici senza apportare deroghe generali in materia di danno da inadempimento risarcibile» (8), pur con le riconosciute specificità in termini probatori, danno minimo, indennità sostitutiva, e le rimanenti differenziazioni correlate alla misura del risarcimento dovuto, che hanno permesso a parte della dottrina di ritenere che ci si trovi di fronte a un regime risarcitorio di diritto speciale (9), ovvero a un sistema che sia «unitariamente risarcitorio, ma non per questo unitariamente soggetto alle regole di diritto comune del risarcimento del danno» (10), ma che, in ogni caso, continua ad avere le norme civilistiche in materia di risarcimento del danno quale principale e concreto riferimento normativo.

Del resto l'approccio della giurisprudenza si è assestato (11) intorno all'idea che «la responsabilità risarcitoria del datore di lavoro per licenziamento illegittimo deve ritenersi regolata dalle norme del codice civile in tema di risarcimento del danno conseguente a inadempimento delle obbligazioni» (12) e che il risarcimento si ponga quale «istituto ontologicamente distinto dalla reintegrazione nel posto di lavoro, pur poten-

disciplina civilistica (cfr. M. Roccella, *Il tramonto del recesso ad nutum e la nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1990, n. 8, p. 9).

(6) Sul punto si ricordino le, tuttora attuali, parole di Massimo D'Antona: «il regime non è infatti risarcitorio, nel senso proprio dell'art. 1223 cod. civ., semmai è indennitario (del resto, il legislatore usa congiuntamente i due termini, parlando di condanna al risarcimento, ma di liquidazione di indennità). Nell'accezione dogmatica, il termine "indennità" designa appunto le tecniche riparatorie che si differenziano dal risarcimento del danno in senso proprio o perché presupposto della tutela non è la reazione al danno, o perché il *quantum* è fissato secondo criteri diversi da quello della riparazione del danno cagionato dal responsabile» (M. D'Antona, *Licenziamento illegittimo e indennità sostitutiva della reintegrazione: la Corte costituzionale gioca d'anticipo*, in *Foro it.*, 1992, n. 7-8, c. 2045).

(7) Una funzione sanzionatoria è latamente riscontrabile nel diffuso inquadramento giurisprudenziale delle cinque mensilità quale «presunzione *iuris et de iure* del danno causato dal licenziamento illegittimo, assimilabile a una sorta di penale connaturata al rischio di impresa» (tra le tante, si veda Cass. 11 novembre 2011, n. 23666, in *Mass. giust. civ.*, 2011, n. 11, p. 1601), e affiora in quella parte della dottrina secondo cui, successivamente alla sentenza di reintegra, permarrrebbe l'obbligo di una «indennità con funzione di *astreinte* o di misura di coercizione indiretta al fine dell'adempimento in forma specifica dell'ordine di reintegrazione» (M. D'Antona, *Disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1991, p. 169).

(8) M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, Padova, 2012, p. 60.

(9) In cui la presenza di un ammontare legalmente predeterminato di risarcimento danni correlato alle retribuzioni perdute si opporrebbe a una modifica che esuli da tali criteri (cfr. P. Sandulli, A. Vallebona, C. Pisani, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Cedam, Padova, 1990).

(10) M. D'Antona, *La reintegrazione e il risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1990, V, 356, che invece ammette una modifica in diminuzione, intravedendo una funzione non del tutto risarcitoria per il periodo successivo alla pronuncia della sentenza.

(11) Non senza qualche differenza di approccio. Si veda, sul punto, Cass. 14 maggio 1998, n. 4881, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 156, che riteneva non ripetibili le attribuzioni patrimoniali in caso di riforma della decisione di primo grado.

(12) Cass. 10 luglio 2013, n. 17123, in *Dir. giust.*, 2013.

do concorrere con essa» (13), avendo da tempo chiarito come le retribuzioni, a cui la norma fa riferimento, fossero da considerarsi attratte nel normale regime civilistico di risarcimento del danno quale oggettivo criterio e «normale parametro di commisurazione» (14) del danno subito dal prestatore di lavoro.

Secondo l'approccio giurisprudenziale dominante, quindi, alla disciplina del risarcimento del danno trovano normalmente applicazione gli articoli di cui agli artt. 1218 e seguenti del codice civile. In sostanza la norma di cui al comma 4 dell'art. 18, prima della riforma del 2012 (15), conterrebbe solo una presunzione *iuris tantum* del pregiudizio subito dal lavoratore, in mancanza di prova dell'esistenza di un danno ulteriore minore o maggiore secondo i principi civilistici, fermo restando l'intangibile limite delle cinque mensilità assimilabile a una sorta di penale correlata al rischio d'impresa (16).

Così, in applicazione dell'art. 1218 cod. civ., «il risarcimento al creditore – il lavoratore licenziato – non è dovuto se il debitore – il datore di lavoro intimante – dimostra che il proprio inadempimento è dovuto a causa a lui non imputabile» (17), come nel caso del datore di lavoro indotto al licenziamento da certificazione medica proveniente da strutture sanitarie pubbliche (18) o di giustificazioni, erronee o fuorvianti, fornite dal lavoratore in relazione alla propria condotta in sede di procedimento disciplinare (19).

Allo stesso modo, in applicazione del principio di cui all'art. 1223 cod. civ. secondo cui il danno deve essere conseguenza immediata e diretta del fatto, non spetta il risarcimento per il periodo in cui il rapporto non ha trovato attuazione per un evento estraneo al datore di lavoro, come l'assenza del lavoratore per carcerazione preventiva (20) o per impedimento della prestazione determinato dalla pubblica autorità (21) ovvero per rifiuto del lavoratore a eseguire la prestazione per effetto dei principi di autotutela (22).

La questione ampiamente più dibattuta e diretta conseguenza dell'inquadramento risarcitorio della tutela patrimoniale riguarda il cd. *aliunde perceptum*, l'importo ottenuto dal lavoratore da altre attività nel periodo in cui il rapporto non ha avuto esecuzione e concretamente detraibile dal *quantum* risarcibile, variamente inquadrato nei principi di cui allo stesso art. 1223 cod. civ. ovvero quale esplicita conseguenza del principio di *compensatio lucri cum danno*; concetto che esprime il principio, da considerarsi immanente nell'ordinamento italiano, secondo cui il danno non deve essere fonte di lucro e la misura del risarcimento non deve superare quella dell'interesse leso (23).

(13) Cass. 14 gennaio 2013, n. 699, in *Dir. giust.*, 2013.

(14) Cass., Ss.Uu., 29 aprile 1985, n. 2762, in *Foro it.*, 1985, I, 2247.

(15) L'attuale versione dell'art. 18, legge n. 300/1970, pone questioni diversificate in ragione dei differenti sistemi sanzionatori introdotti, anche con tetti al risarcimento ottenibile.

(16) Cass. 20 dicembre 2011, n. 27689, in *Dir. giust.*, 2011.

(17) Cass. 12 agosto 2008, n. 21538, in *Mass. giust. civ.*, 2008, n. 7-8, p. 1259; Cass. 10 gennaio 2006, n. 141, in *Orient. giur. lav.*, 2005, n. 4, I, p. 894.

(18) Cass. 15 luglio 2002, n. 10260, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 387.

(19) Cass. 30 maggio 2005, n. 11401, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, n. 3, II, p. 640.

(20) Cass. 1° giugno 2009, n. 12721, in *Guida dir.*, 2009, n. 30, p. 93.

(21) Cass. 28 luglio 1994, n. 7048, in *Orient. giur. lav.*, 1995, I, p. 185.

(22) Cass. 3 maggio 2004, n. 8364, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2004, p. 637.

(23) Cass. 19 giugno 1996, n. 5650, in *Foro it.*, 1996, I, 3062; la relativa deduzione non integra una eccezione in senso stretto e non è soggetta alle relative preclusioni (Cass. 20 gennaio 2014, n. 992, in *Mass. giust. civ.*, 2014).

Sono normalmente ritenute detraibili le somme derivanti da altro lavoro, anche autonomo se relativo ad attività normalmente incompatibile con la prestazione di lavoro subordinato (24), ma non costituisce *aliunde perceptum* quanto percepito in costanza di un rapporto di lavoro *part-time*, in conseguenza di altra e diversa attività lavorativa, per un orario di lavoro ulteriore (25). Non sono peraltro considerati detraibili «la pensione nel frattempo percepita, che il lavoratore è tenuto a restituire all'ente erogante» (26), l'indennità di mobilità (27) o di disoccupazione (28), come il periodo di fermo a terra per il lavoratore marittimo (29). Fermo restando l'obbligo gravante sul datore di lavoro a versare i contributi previdenziali su un importo commisurato all'intera retribuzione contrattualmente dovuta (30).

Per quanto concerne il profilo correlato all'art. 1227 cod. civ. rispetto al concorso del fatto colposo del danneggiato, gli approcci della giurisprudenza non appaiono del tutto unanimi, anche se diffusa è la tendenza a dividere l'ipotesi di cui al comma 1 – con l'eventuale concorso del danneggiato alla produzione del fatto dannoso, la cui indagine deve essere effettuata autonomamente dal giudice del merito (31) – dall'ipotesi del comma 2, che comporta l'onere di evitare l'estensione o l'aggravamento del danno.

E tale secondo ambito, che valuta il comportamento del lavoratore successivamente al licenziamento, ha avuto un riscontro con specifico riferimento alla questione dell'*aliunde percipiendum*, e cioè l'importo, potenzialmente detraibile dall'ammontare del risarcimento, che il lavoratore avrebbe potuto conseguire utilizzando l'ordinaria diligenza. La questione è stata differentemente risolta in giurisprudenza. Secondo un diffuso orientamento, infatti, «l'onere della ordinaria diligenza nella ricerca di una nuova occupazione deve ritenersi assolto dal lavoratore con l'iscrizione nelle liste di collocamento» (32); per altra parte della giurisprudenza, al contrario, la mancata iscrizione nelle liste di collocamento non incide sulla riduzione del danno «una volta proposta tempestivamente la domanda giudiziale volta a ottenere la reintegrazione nel posto di lavoro e il risarcimento del danno» (33). Con la possibilità, riconosciuta anche dalla prima delle sentenze in commento, di limitare il risarcimento del danno a un periodo di tre anni dall'intervenuta risoluzione del rapporto, sulla base della presunzione che il lavoratore «nell'arco di tempo di tre anni dall'intervenuta risoluzione del rapporto

(24) Cass. 29 agosto 2006, n. 18687, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, n. 4, p. 1229.

(25) Cass. 21 aprile 2009, n. 9474, in *Mass. giust. civ.*, 2009, n. 4, p. 656.

(26) Cass. 16 aprile 2008, n. 9988, in *Mass. giust. civ.*, 2008, n. 4, p. 587; Trib. Latina 21 maggio 2013, in *Redazione Giuffrè*, 2013.

(27) Corte d'App. Venezia 10 settembre 2012, in *Redazione Giuffrè*, 2012; Cass. 28 aprile 2010, n. 10164, in *Dir. rel. ind.*, art. 4, 2010, p. 1140, con nota di M. Mutarelli, *Trattamento dovuto in caso di licenziamento illegittimo e aliunde perceptum*.

(28) Trib. Milano 23 novembre 2010, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2011, n. 2, p. 345; Cass. 16 marzo 2002, n. 3904, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 124.

(29) Cass. 2009, n. 22649, in *Dir. rel. ind.*, 2010, n. 4, p. 1140.

(30) Cass., Ss.Uu., 5 luglio 2007, n. 15143, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, n. 4, p. 1187; la riforma del 2012 ha peraltro esplicitamente previsto, nei casi di cui al novellato comma 4 dell'art. 18, la deducibilità anche dei contributi ottenuti dal lavoratore in relazione ad altre attività lavorative.

(31) Cass. 22 agosto 2003, n. 12352, in *Mass. giust. civ.*, 2003.

(32) Cass. 21 settembre 2012, n. 16076, in *Guida dir.*, 2012, n. 44, p. 72.

(33) Cass. 6 agosto 2002, n. 11786, in *Guida dir.*, 2007, n. 46, p. 76.

di lavoro avrebbe potuto trovare un'altra occupazione se si fosse diligentemente attivato in tal senso» (34).

In ogni caso la stessa giurisprudenza non ha avuto problemi ad affermare che in specifici casi, come quelli in cui il legislatore configuri un valore patrimoniale già predeterminato, possano trovare applicazione regole in parte diverse.

Si pensi all'indennità sostitutiva delle 15 mensilità, che è sempre stata ritenuta uno strumento di tutela particolare, non paragonabile con l'indennizzo correlato alle dimissioni senza giusta causa (35). Se per lungo tempo dottrina e giurisprudenza, proprio sulla scorta dell'intervento del giudice delle leggi, hanno inquadrato l'istituto quale obbligazione con facoltà alternativa dal lato del creditore, con la conseguenza che il rapporto di lavoro poteva ritenersi cessato soltanto con il pagamento dell'indennità, recentemente le Sezioni Unite della Suprema Corte sono arrivate a conclusioni diverse, ritenendo che si tratti di un istituto che, pur condizionato dall'illegittimità del licenziamento, mantiene un forte nesso con il processo e l'ordine di reintegrazione, con la conseguenza che «il rapporto di lavoro si estingue con la comunicazione al datore di lavoro dell'opzione» (36).

Ma si pensi anche al caso della tutela obbligatoria, in relazione alla quale l'indennità di cui all'art. 8, legge n. 604/66, viene considerata più che un effettivo risarcimento una sorta di penale graduabile (37), la cui determinazione tra il minimo e il massimo spetta al giudice del merito ed è censurabile in sede di legittimità solo per motivazione assente, illogica o contraddittoria (38), e comunque dovuta in caso di mancato ripristino del rapporto «senza che rilevi quale sia il soggetto e quale sia la ragione per cui ciò si verifichi» (39).

3. — *Il danno ulteriore nel licenziamento* — La possibilità di configurare un danno ulteriore rispetto alle previsioni di legge «per violazione del principio del *neminem laedere* quando [l'illecito] procuri un danno che vada oltre le conseguenze normali del recesso» (40) è sempre stato un principio radicato in giurisprudenza anche quando l'ordinamento italiano era orientato alla libera recidività.

E in materia di art. 18, legge n. 300/1970, nel momento in cui le somme dovute sono ritenute avere natura risarcitoria, per la grande maggioranza di dottrina e giurisprudenza è sempre apparso naturale configurare un risarcimento ulteriore nel caso in

(34) Cass. 21 settembre 2012, n. 16076, cit.

(35) Corte cost. 4 marzo 1992, n. 81, in *Foro it.*, 1982, I, 2124.

(36) Cass., Ss.Uu., 27 agosto 2014, n. 18353, *Dir. giust.*, 2014. Posto che la modifica del 2012 ha esplicitamente previsto il medesimo effetto giuridico – l'estinzione con la comunicazione e non con il pagamento dell'indennità –, non vi sarebbe stata alcuna differenza sul punto con il testo antecedente alla riforma.

(37) A. Nicolai, L. Amoriello, *Sub art. 8, legge 15 luglio 1966, n. 604*, in O. Mazzotta, R. De Luca Tamajo, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2013.

(38) Cass. 5 gennaio 2001, n. 107, in *Mass. giust. civ.*, 2001, 41.

(39) Cass. 24 febbraio 2011, n. 4521, in *Mass. giust. civ.*, 2011, n. 2, p. 296; Corte d'App. Perugia 6 maggio 2013, in *Redazione Giuffrè 2013*. Tenendo presente che la violazione dell'obbligo di preavviso comporta una ulteriore e indipendente pretesa risarcitoria (Cass. 14 giugno 2006, n. 13732, in q. *Riv.*, 2007, II, p. 263).

(40) Cass. 29 aprile 1966, n. 1901, in *Dir. lav.*, 1967, II, p. 509, che richiama i profili di responsabilità extracontrattuale.

cui il comportamento datoriale abbia prodotto un danno maggiore rispetto alla somma calcolata in base alla presunzione correlata alle retribuzioni perdute, con onere probatorio gravante sul lavoratore (41). Quale sia in concreto la tipologia di danno ulteriore riconoscibile, però, non appare del tutto condiviso, posto che tale questione si è da sempre intersecata con le classiche problematiche civilistiche in tema di danno contrattuale ed extracontrattuale, patrimoniale e non patrimoniale.

E così, da un lato, rimaneva aperto il dubbio sulla configurabilità di ulteriori danni di natura patrimoniale (42), riconosciuti senza tentennamenti nel caso di danni derivanti dal ritardo nell'ottenere l'ordine di reintegrazione (43), mentre, dall'altro, si sviluppava un corposo orientamento correlato al risarcimento ulteriore dei danni alla persona di natura non patrimoniale. Per diverso tempo, in realtà, e prima del *revirement* del 2003 (44), in giurisprudenza vi era molta incertezza sulla risarcibilità dell'ulteriore danno non patrimoniale conseguente al licenziamento, in considerazione dei rigorosi limiti di cui all'art. 2059 cod. civ. (45). Che non ha comunque impedito alla giurisprudenza di riconoscere il danno biologico correlato alla lesione dell'integrità psico-fisica, configurandolo, a seconda dell'approccio utilizzato, quale danno patrimoniale (46) o derivante da responsabilità extracontrattuale (47) o quale danno non patrimoniale derivante da responsabilità contrattuale (48) ovvero ancora avente una

(41) Per tutti O. Mazzotta, *Il recesso. La giustificazione del licenziamento. La tutela reale*, Giuffrè, 2005, 414.

(42) Già parte della dottrina più risalente riteneva che alle mancate retribuzioni andasse aggiunto l'eventuale danno emergente correlato anche a «ulteriori pregiudizi collegabili al licenziamento attraverso le mancate retribuzioni (sfratto, protesti cambiari, esecuzioni forzate ecc.)» [M. Garofalo, *Art. 18*, in G. Giugni (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1979]; secondo altra parte della dottrina, però, non bisognava far riferimento ai danni che siano immediata conseguenza della mancata retribuzione, ma solo ai pregiudizi ulteriori sul piano morale o professionale (M. Dell'Olio, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1987, p. 443).

(43) Cass. 15 aprile 2013, n. 9073, nel caso di danni derivanti dal ritardo.

(44) Come è noto la svolta giurisprudenziale in materia di danno non patrimoniale, in seguito a fermenti sussistenti da tempo in giurisprudenza (cfr. sul punto già Trib. Genova 25 maggio 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, p. 54, e Cass. 6 giugno 1981, n. 3675, in *Giur. it.*, 1982, I, n. 1, p. 920), avvenne con le sentenze gemelle della Cassazione (n. 8827 e n. 8828 del 2003, in *Giur. it.*, 2004, p. 29) e della Corte costituzionale n. 233 del 2003, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2003, p. 910, e trovò consolidamento nelle sentenze a Sezioni Unite del 2006 e del 2008.

(45) Veniva infatti per lo più negato, cfr. Cass. 26 gennaio 1989, n. 473, in *Mass. giust. civ.*, 1989, I; con qualche decisione di segno opposto, cfr. la nota posizione di Pret. Bologna 20 novembre 1990, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, II, p. 462, che riteneva già risarcibile il danno morale alla dignità del lavoratore.

(46) Cass. 24 gennaio 1990, n. 411, in *Orient. giur. lav.*, 1991, p. 233, che, in caso di reiterato licenziamento illegittimo seguito da riassunzione con assegnazione di mansioni dequalificate, considerava risarcibile il danno alla salute configurato però quale danno patrimoniale.

(47) In questo senso Cass. 9 aprile 2003, n. 5539, in *Mass. giust. civ.*, 2003, 4, che risolve la questione del concorso tra cause naturali non imputabili e cause umane imputabili, configurando nella specie la totale responsabilità del datore di lavoro del danno biologico riscontrato non potendo le sole concause naturali configurare un danno.

(48) Tali sembrano le posizioni di Cass. 2 marzo 2010, n. 6847, e Cass. 20 dicembre 2006, n. 27197, in *Mass. giust. civ.*, 2006, 12, che, richiamando la giurisprudenza delle Sezioni Unite 24 marzo 2006, n. 6572, in *Foro it.*, 2006, n. 5, I, 1343, in relazione al lavoro dirigenziale ri-

doppia natura: «oltre che contrattuale anche extracontrattuale» (49). Tale ultimo restrittivo orientamento sembra individuare quale criterio discrezionale della risarcibilità del danno ulteriore il classico principio di causalità di cui all'art. 1223, ritenendo che la lesione dell'integrità psico-fisica non sarebbe conseguenza immediata, diretta e prevedibile del licenziamento e pertanto non sarebbe risarcibile, mentre lo sarebbe il danno provocato dal licenziamento ingiurioso o vessatorio in quanto conseguenza immediata e diretta del comportamento illecito (50).

Il danno da licenziamento ingiurioso appare in effetti una di quelle ipotesi su cui la giurisprudenza sembra avere un approccio più consolidato. Dottrina (51) e giurisprudenza hanno da tempo inquadrato il licenziamento ingiurioso quale ipotesi a sé stante rispetto al licenziamento illegittimo, posto che non si identifica con la mancanza di giustificazione, bensì nelle particolari forme o modalità offensive del recesso datoriale che possono determinare una lesione dell'onore, del decoro o di altro bene giuridico, da provarsi rigorosamente dal lavoratore danneggiato (52). Se per lungo tempo la giurisprudenza riteneva di poter inquadrare il licenziamento ingiurioso tra le fonti di responsabilità aquiliana ex art. 2043 cod. civ. (53), non mancano i casi che accostano tale illecito alla violazione dei precetti contrattuali di cui all'art. 2087 cod. civ. configurandolo quale inadempimento ex art. 1218 (54). Il danno da licenziamento ingiurioso può essere di natura patrimoniale, correlato all'impossibilità di reperire una nuova occupazione o alla perdita di *chance* (55), o, come accade più di frequente, non patrimoniale, sotto forma di danno biologico e morale quale categoria autonoma (56).

La giurisprudenza ha poi avuto modo di prendere in considerazione altri profili di danno, come il danno esistenziale (57) o il danno alla professionalità (58).

chiede al lavoratore la prova del comportamento datoriale e dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa.

(49) Cass. 5 marzo 2008, n. 5927, in *Mass. giust. civ.*, 2008, n. 3, p. 359.

(50) Nel medesimo senso, più di recente, Cass. 12 marzo 2014, n. 5730, in *Mass. giust. civ.*, 2014; Cass. 22 marzo 2010, n. 6845, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, n. 1, I, p. 19.

(51) Cfr. M. Paladini, *La responsabilità civile da licenziamento ingiurioso*, Cedam, Padova, 2000.

(52) Fra le tante cfr. Cass. 22 marzo 2010, n. 6845, in *Mass. giust. civ.*, 2010, n. 3, p. 412.

(53) Cass. 4 maggio 2009, n. 10235, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, n. 4, II, p. 824, che, proprio per il riferimento al principio del *neminem laedere* di cui all'art. 2043, ritiene risarcibile il danno da licenziamento ingiurioso anche nell'ipotesi in cui il lavoratore sia decaduto dal termine per impugnare il licenziamento; Cass. 16 maggio 2006, n. 11432, in *Dir. rel. ind.*, 2007, n. 2, p. 488.

(54) Cass. 12 dicembre 2007, n. 26073, in *Mass. giust. civ.*, 2007, 12, in un caso concernente la tutela obbligatoria.

(55) M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, Padova, 2012, p. 83.

(56) Cass. 30 dicembre 2011, n. 30668 in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, n. 3, II, p. 587.

(57) La cui sussistenza, anche dopo le Sezioni Unite del 2008, è stata ribadita da Cass. 30 giugno 2011, n. 14402, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, n. 4, II, p. 1041, che configura il danno esistenziale quale «pregiudizio del fare aredituale del soggetto determinante una modifica peggiorativa della personalità da cui consegue uno sconvolgimento dell'esistenza, e in particolare delle abitudini di vita, con alterazione del modo di rapportarsi con gli altri nell'ambito della comune vita di relazione, sia all'interno che all'esterno del nucleo familiare»; Cass. 17 dicembre 2007, n. 26561, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, 1, 27, 1, che ritiene come il danno esistenziale debba essere provato ma possa anche essere valutato in via equitativa.

(58) Cass. 7 luglio 2009, n. 15915, in *Mass. giust. civ.*, 2009, n. 7-8, p. 1054, in relazione al danno correlato all'omessa ottemperanza dell'ordine di reintegrazione.

L'ampia varietà delle decisioni giurisprudenziali anche in materia di risarcimento di danni ulteriori risente certamente delle più ampie problematiche in materia di danni alla persona che hanno investito la giurisprudenza negli ultimi anni e che hanno trovato, nelle note sentenze delle Sezioni Unite del 2008 (59), che «nel delineare la struttura dualistica del danno alla persona (patrimoniale e non patrimoniale) hanno anche sancito la figura unitaria del danno non patrimoniale» (60), un punto di riferimento importante, ma certamente non esaustivo. Come emerge anche nel riferimento contenuto nella prima delle sentenze in commento, che richiama recenti pronunce in cui la Suprema Corte, pur richiamando l'importanza delle cd. «tabelle milanesi» nella quantificazione del risarcimento del danno non patrimoniale e il riconosciuto principio della non duplicazione risarcitoria, riconosce l'autonomo profilo risarcitorio del danno morale rispetto al danno biologico.

Nella rapida disanima degli attuali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in materia di danni ulteriori non può certo mancare un cenno alla tutela obbligatoria, anche per le ripercussioni che possono desumersi sulla disciplina del risarcimento ulteriore per il contratto a termine.

E in effetti, anche nel caso dell'indennità di cui all'art. 8, legge n. 604/66, in cui il danno sarebbe forfettizzato *ex ante* dal legislatore, non è stata *a priori* esclusa la possibilità di un risarcimento ulteriore: sia nell'approccio dottrinale (61), seppur minoritario, sia, soprattutto, nell'interpretazione di parte della giurisprudenza, di merito come di legittimità.

Già nell'immediatezza dell'approvazione della legge n. 604/66 in giurisprudenza si ammetteva la possibilità di configurare, oltre alla penale prevista dalla legge, anche danni ulteriori (62). E tale orientamento ha mantenuto una sua vitalità, accanto a prese di posizione piuttosto nette secondo cui in relazione all'indennità di cui all'art. 8, legge n. 604/66, «non è consentito che le mensilità possano essere aumentate per comprendere il danno morale» (63). In ogni caso, se è lo stesso giudice di legittimità a prevedere la possibilità di un risarcimento del danno *ex art.* 1218 cod. civ. per licenziamento ingiurioso o nocumento alla salute in caso di revoca del licenziamento illegittimo avvenuta prima dell'impugnativa giudiziale (64), diversi giudici di merito continuano a riconoscere un vero e proprio diritto al danno ulteriore rispetto a quello previsto dall'art. 8. Si è così avuto modo di affermare la risarcibilità del danno patrimoniale determinato dalla minor durata del permesso di soggiorno e liquidato in

(59) Cass., Ss.Uu., 11 novembre 2008 n. 26972, n. 26973, n. 26974 e n. 26975, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 465.

(60) G. Bolego, *La liquidazione del danno non patrimoniale: oscillazioni tra equità e tabelle milanesi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, n. 4, p. 1060.

(61) M. Miscione, *La nuova tutela obbligatoria contro i licenziamenti*, in F. Carinci (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi n. 108/1990 e n. 223/1991*, vol. I, Jovene, Napoli, 1991, p. 208.

(62) Pret. Milano 15 febbraio 1967, in q. *Riv.*, 1967, II, p. 100. Decisione, peraltro, criticata da quella dottrina che riteneva fosse da escludersi «qualsiasi altra pretesa oltre quella positivamente indicata nell'art. 8» (G. Pera, *Riassunzione e penale nella legge sui licenziamenti individuali*, in *Dir. lav.*, 1968, II, p. 182).

(63) Cass. 10 maggio 2001, n. 6531, in *Mass. giust. civ.*, 2001, p. 957.

(64) Cass. 12 dicembre 2007, n. 26073, in *Mass. giust. civ.*, 2007, 12.

via equitativa (65), così come è stato sancito il diritto al risarcimento del maggior danno derivante dal mancato incasso delle somme previste dalle polizze assicurative di cui godeva il dipendente per il caso di perdita involontaria dell'impiego (66).

4. — *I limiti della onnicomprensività dell'indennità nel lavoro a termine* — Il caso dell'indennità onnicomprensiva introdotta dalla legge 24 novembre 2010, n. 183, costituisce un interessante termine di paragone rispetto a quanto si è avuto modo di richiamare fin qui.

Se per lungo tempo in caso di nullità del termine, accanto alla conversione del contratto a tempo determinato, era normalmente riconosciuta al lavoratore la liquidazione di tutte le retribuzioni perdute dal momento della messa in mora del datore di lavoro tramite l'offerta della prestazione nelle forme d'uso, in relazione ai principi correlati alla *mora accipiendi* del creditore di cui agli articoli 1206 ss. del codice civile (67), l'art. 32, comma 5, ha invece previsto il «risarcimento del lavoratore» correlato a «un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa 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».

Come è noto la profonda modifica, introdotta nel 2010, ha creato un ampio dibattito sulla portata della novella, profilandosi due opposti orientamenti, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, tendenti a inquadrare l'istituto in maniera differente: l'uno, minoritario, che lo configura quale indennità aggiuntiva rispetto al normale risarcimento del danno calcolato secondo le regole codicistiche (68); l'altro, maggioritario, che lo inquadra quale indennità sostitutiva dell'intero risarcimento spettante al lavoratore (69). Sull'indennità in parola ha avuto modo di intervenire dapprima la

(65) Trib. Vigevano 9 giugno 2004, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2004, n. 2, p. 425.

(66) Trib. Milano 24 giugno 2014, in *wikilabour.it*, in un caso di licenziamento illegittimo per ragioni soggettive in cui le compagnie assicurative avevano fatto valere le clausole che escludevano dalla copertura l'evento del recesso dovuto a colpa del lavoratore.

(67) Cass. 26 settembre 2013, n. 22057, in *Diritto e giustizia online*, 2013, che ben sintetizza le regole applicabili prima delle riforme del 2010. La giurisprudenza aveva avuto modo di escludere il diritto del lavoratore a un risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni perdute per il periodo successivo alla scadenza, sulla base della regola generale di effettività e corrispettività delle prestazioni nel rapporto di lavoro, con la conseguenza che la retribuzione spetta soltanto se la prestazione di lavoro viene eseguita, salvo che il datore di lavoro versi in una situazione di *mora accipiendi* nei confronti del dipendente (Cass., Ss.Uu., 8 ottobre 2002, n. 14381, *Orient. giur. lav.*, 2002, I, p. 807).

(68) Con una evidente funzione sanzionatoria. Su tale questione cfr., in dottrina, F. Buffa, *Problematiche interpretative dell'art. 32, commi 5-7, della legge n. 183/2010 alla luce della giurisprudenza comunitaria, Cedu, costituzionale e di legittimità*, Relazione dell'ufficio del massimario della Corte Suprema di Cassazione in data 8 gennaio 2011. In giurisprudenza, si veda Trib. Reggio Emilia 28 aprile 2011, in *Foro it.*, 2011, n. 6, I, 1743; Trib. Busto Arsizio 14 aprile 2011, riportata da L. Giasanti, *La nuova indennità risarcitoria del contratto a tempo determinato: le prime posizioni della giurisprudenza*, in *Note informative*, n. 52, p. 6; Trib. Busto Arsizio 29 novembre 2010, in *Giur. lav.*, 2010, n. 49, p. 18; Trib. Napoli 21 dicembre 2010, riportata da F. Buffa, *op. ult. cit.*

(69) Si trattava di un orientamento che si era andato diffondendo nella giurisprudenza di merito. Cfr. Trib. Roma 28 dicembre 2010, in *Dir. rel. ind.*, 2011, n. 1, p. 148; Trib. Milano 29 marzo 2010; Trib. Milano 15 dicembre 2010; Trib. Milano 17 dicembre 2010; Trib. Milano

Corte costituzionale, secondo cui «il danno forfezzato dall'indennità in esame copre soltanto il periodo intermedio, quello cioè che corre dalla scadenza del termine fino alla sentenza che accerta la nullità di esso e dichiara la conversione del rapporto» (70), e successivamente lo stesso legislatore, che, con una norma di interpretazione autentica, ha precisato come «l'indennità 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» (71). Infine, la stessa Corte di Giustizia europea ha avuto modo di affermare, proprio in relazione alla indennità di cui alla legge n. 183/2010, che la clausola 4 della Direttiva n. 99/70/Ce «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» (72).

La giurisprudenza successiva ha sostanzialmente accolto la visione restrittiva proposta dalla Corte costituzionale e ribadita dal legislatore della legge Fornero.

L'indennità in parola, sulla scia di quanto affermato dalla Corte costituzionale che la configurava come «una sorta di penale *ex lege*», è stata quindi ritenuta avere natura risarcitoria (73) e considerata «esaustiva di ogni pretesa risarcitoria, retributiva e contributiva, riferibile al periodo che va dalla scadenza del termine alla sentenza di conversione del rapporto a tempo indeterminato» (74), la cui determinazione tra il minimo e il massimo spetta al giudice di merito ed è censurabile in sede di legittimità solo per motivazione assente, illogica o contraddittoria (75), e liquidata a prescindere dall'intervenuta costituzione in mora del datore di lavoro, dalla prova di un danno effettivamente subito dal lavoratore e dall'eventuale *aliunde perceptum* (76).

Tale è l'approccio della seconda delle sentenze in commento, che, ribadendo la esaustività di qualunque pretesa risarcitoria fino alla pronuncia della sentenza di reintegra, conferma altresì quanto affermato dalla Suprema Corte in più occasioni (77), secondo cui l'introduzione anche ai giudizi in corso dell'indennità onnicomprensiva, come interpretata dalla legge n. 92/2012, non può configurare una violazione dell'art. 6 Cedu quale indebita interferenza sull'amministrazione della giustizia.

21 dicembre 2010; Trib. Milano 10 gennaio 2011; Trib. Milano 12 gennaio 2011; Trib. Milano 18 gennaio 2011; Trib. Milano 19 gennaio 2011; Trib. Milano 3 febbraio 2011; Trib. Milano 3 febbraio 2011; Trib. Milano 25 febbraio 2011, tutte riportate da *Giur. lav.*, 2011, n. 9, p. 26.

(70) Corte cost. 11 novembre 2011, n. 303, in *Orient. giur. lav.*, 2012, n. 2, p. 205, i cui principi sono stati ribaditi da Corte cost. 3 maggio 2012, n. 112.

(71) Legge 28 giugno 2012, n. 92, art. 1, comma 13.

(72) Corte Giust. Ue 12 dicembre 2013, *Carratù*, C-361/12.

(73) Cass. 11 febbraio 2014, n. 3027, in *Foro it.*, 2014, n. 7, I, 1129.

(74) Cass. 10 settembre 2012, n. 15093, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, n. 3, II, p. 642.

(75) Cass. 17 marzo 2014, n. 6122, in *Dir. giust.*, 2014.

(76) Cass. 29 febbraio 2012, n. 3056, in *Mass. giust. civ.*, 2012, n. 2, p. 234.

(77) Cass. 21 marzo 2014, n. 6735, *Mass. giust. civ.*, 2014; Cass. 6 febbraio 2014, n. 2760, in *leggiditalia.it*, anche in questo caso riprendendo quanto affermato dalla Corte costituzionale. Per le perplessità di tale orientamento, correlate alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in merito alla violazione dell'art. 6 Cedu, cfr. L. Giasanti, *Il nuovo regime sanzionatorio del contratto a tempo determinato: il via libera della Corte costituzionale e le residue perplessità interpretative*, in *Orient. giur. lav.*, 2012, n. 2, p. 236.

Nonostante tale restrittivo orientamento risulti particolarmente diffuso, non pare siano stati fugati del tutto i dubbi che, fin dall'introduzione dell'indennità in parola, sono stati avanzati, con l'esplicita intenzione di rendere configurabile un risarcimento del danno ulteriore.

Innanzitutto in dottrina si è posta la questione della copertura previdenziale. La Corte costituzionale non ebbe modo di esprimersi sul punto, pur facendo riferimento alla «nullità» del termine con conversione *ex tunc* del rapporto di lavoro. Il legislatore del 2012, invece, ha avuto modo di esplicitare come nell'indennità siano da ricomprendersi anche le «conseguenze contributive» (78), con la conseguenza che il lavoratore si ritrova del tutto scoperto sul piano previdenziale. Su questa scia la seconda delle sentenze in commento esclude un ulteriore risarcimento corrispondente alla copertura previdenziale, non configurabile per un periodo di *mora accipiendi*. Tale prospettiva non convince del tutto, potendo astrattamente configurarsi una violazione dell'art. 38 della Carta costituzionale. Ciò in relazione a quanto il giudice delle leggi ebbe già modo di accennare in merito a un'analogia problematica sorta in giurisprudenza nell'ambito dell'art. 18 prima della riforma del 1990. In quel caso, infatti, la Corte costituzionale, nel respingere la questione, posta dal giudice *a quo*, ritenne non sussistere «violazione dell'art. 38 Cost. in quanto non essendo venuto meno il rapporto di lavoro, non si è estinto nemmeno il rapporto assicurativo-previdenziale a esso collegato e il conseguente obbligo contributivo del datore di lavoro» (79).

Deve ricordarsi anche come la questione del risarcimento del danno non patrimoniale contiene un implicito quanto concreto legame con valori della persona costituzionalmente tutelati (80), astrattamente configurabili nel caso che qui interessa. Sul punto, in effetti, si è già avuto modo di riconoscere il danno ulteriore non patrimoniale anche in relazione all'indennità di cui all'art. 32, legge n. 183/2010 (81).

Va poi contemplato quanto la giurisprudenza dell'Unione europea ha avuto modo di affermare in merito agli aspetti sanzionatori correlati a un utilizzo illegittimo del contratto a tempo determinato. Viene alla mente innanzitutto la giurisprudenza della

(78) In tal modo facendo proprio uno dei tre orientamenti emersi in dottrina. Se infatti era stata prospettata la possibilità che l'indennità onnicomprensiva dovesse ricomprendere anche il danno contributivo (A. Vallebona, *Una buona svolta del diritto del lavoro: il Collegato 2010*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 213), altra parte della dottrina aveva invece ritenuto, più convincentemente, che il danno contributivo fosse necessariamente dovuto quale danno ulteriore calcolato «su tutte le somme che avrebbe dovuto corrispondere se il rapporto non fosse stato illegittimamente interrotto» (G. Ianniruberto, *Il contratto a termine dopo la legge 4 novembre 2010, n. 183*, in *Mass. giur. lav.*, 2011, n. 1/2, p. 21), ovvero rapportato «al numero di mensilità di retribuzione riconosciute in concreto e non a tutto il periodo di vigenza giuridica del rapporto di lavoro» (M. Tatarelli, *Le novità del Collegato lavoro: clausole generali, certificazione, tipizzazioni di licenziamento, decadenze, indennità per il termine illegittimo*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, n. 12, p. 885).

(79) Corte cost. 14 gennaio 1986, n. 7, in *Foro it.*, 1986, I, 1785, richiamata da Cass., Ss.Uu., 5 luglio 2007, n. 15143, cit., che, nel decidere se i contributi previdenziali dovessero calcolarsi sulle intere retribuzioni perdute o soltanto su quelle liquidate dal giudice, ritiene che l'obbligazione contributiva doveva considerarsi commisurata all'importo di tutte le retribuzioni maturate e perdute, a prescindere dalla quantificazione del danno risarcito.

(80) Corte cost. 11 luglio 2003, n. 233, cit.

(81) Corte d'App. Brescia 13 dicembre 2011, richiamata in L. Giasanti, *op. ult. cit.*, p. 235.

Corte di Giustizia secondo cui il principio di non discriminazione di cui alla Direttiva n. 99/70/Ce si oppone a normative nazionali che escludano il calcolo dell'anzianità di servizio di un lavoratore a tempo determinato, in casi diversi (82).

Proprio in relazione a tale principio di derivazione comunitaria appare implicitamente riferirsi la terza delle sentenze in commento, che, per la prima volta in sede di legittimità, sembra intaccare il dogma della esaustività risarcitoria dell'indennità in discussione quando è in gioco un principio fondante dell'ordinamento, quale il principio di non discriminazione riconosciuto dalla direttiva e contemplato all'art. 3 della Carta costituzionale. Pur ribadendo il principio del carattere forfetario e onnicomprensivo dell'indennità, la Corte ha modo di evidenziare come «l'espressione "omnicomprensiva", adoperata con riferimento all'indennità, si riferisca soltanto a detto danno e non anche a quanto spetti al lavoratore per l'eventuale ricostruzione della carriera, una volta unificati i diversi rapporti a tempo determinato in un unico rapporto a tempo indeterminato».

Deve infine ricordarsi come il giudice europeo abbia sempre richiesto una sanzione adeguata a prevenire e sanzionare l'utilizzo abusivo della successione dei contratti a termine, ritenendo non compatibile con la direttiva il caso in cui la prova del danno comporti un onere eccessivamente gravoso sul lavoratore (83). Se la questione non incide direttamente sull'indennità in discussione, che anzi è riconosciuta a prescindere dalla prova del danno subito e senza la detraibilità dell'*aliunde perceptum*, ci si potrebbe domandare se tali affermazioni non richiamino indirettamente quanto parte della dottrina osservava circa una potenziale natura, più che sostitutiva-risarcitoria, quasi aggiuntivo-sanzionatoria (84) dell'indennità, con la eventuale possibilità di riconoscere un danno ulteriore.

Sebbene il caso dell'indennità del termine non possa trovare un immediato termine di paragone con il risarcimento nel licenziamento (85), anche in questo caso sembrerebbe possibile ipotizzare la possibilità di un risarcimento ulteriore, soprattutto quando emergano profili di danno correlati a diritti costituzionalmente tutelati della persona.

Lorenzo Giasanti

*Ricercatore di Diritto del lavoro
presso l'Università di Milano «Bicocca»*

(82) Corte Giust. Ue 4 settembre 2014 e 7 marzo 2013, *Bertazzi*, C-152/14 e C-393/11, in relazione all'anzianità da riconoscere in caso di assunzione a tempo indeterminato nell'ambito di una procedura di stabilizzazione; Corte Giust. Ue 13 marzo 2014, *Nierodzik*, C-38/13, in relazione al termine di preavviso.

(83) Corte Giust. Ue 12 dicembre 2013, *Papalia*, C-50/13.

(84) Anche la Corte costituzionale faceva riferimento a una «chiara valenza sanzionatoria» (Corte cost. 11 novembre 2011, n. 303) dell'indennità in discussione.

(85) In tal senso, Corte Giust. Ue 12 dicembre 2013, *Carratù*, C-361/12; cfr. però le Sezioni Unite 27 agosto 2014, n. 18353, secondo cui l'indennità di cui all'art. 32, legge n. 183/2010, è «fattispecie contigua» all'indennità sostitutiva delle 15 mensilità di cui all'art. 18, comma 5.

CASSAZIONE, 10 giugno 2014, n. 13060, Sez. lav. – Pres. Vidiri, Est. Ghinoy, P.M. Fresa (conf.) – Poste italiane Spa (avv. Pessi) c. R.F. C.F. (avv. Vacirca).

Conf. Corte d'Appello Firenze, 6 ottobre 2007.

Contratto a termine – Nullità della clausola appositiva del termine – Riammissione in servizio in sede diversa da quella di originaria appartenenza – Eccezione di inadempimento – Licenziamento – Reintegrazione nel posto di lavoro.

L'ordine di riammissione nel posto di lavoro emanato dal giudice che dichiara la nullità del termine apposto a un contratto esige che il lavoratore sia in ogni caso ricollocato nel luogo e nelle mansioni originarie, salva la facoltà per il datore di lavoro di disporre con successivo provvedimento il trasferimento ad altra unità produttiva, laddove ne ricorrano le condizioni tecniche, organizzative e produttive. Ne consegue che il trasferimento del lavoratore al di fuori di tali condizioni è nullo, in quanto integra un inadempimento contrattuale da parte del datore di lavoro, e giustifica, sia quale attuazione dell'eccezione di inadempimento ai sensi dell'art. 1460 cod. civ. sia in considerazione dell'inidoneità a produrre effetti da parte degli atti nulli, il rifiuto del dipendente di assumere servizio nella sede diversa cui sia stato destinato. (1)

(1) LA CONFIGURABILITÀ DEL TRASFERIMENTO IN CASO DI RIAMMISSIONE IN SERVIZIO IN NUOVA SEDE A SEGUITO DI NULLITÀ DEL TERMINE

1. — La sentenza che si commenta conferma l'orientamento già espresso dalla Suprema Corte per cui è illegittimo il licenziamento intimato al lavoratore che non si sia presentato in servizio qualora il datore di lavoro – a seguito dell'accertamento della nullità del termine apposto al contratto di lavoro e del conseguente ordine di riasunzione disposto dal giudice – non abbia provveduto a ricollocarlo nel luogo e nelle mansioni originarie, trasferendolo, contestualmente alla riammissione in servizio, ad altra unità produttiva, senza che tale provvedimento datoriale sia formalmente qualificato come trasferimento e, in ogni caso, sia giustificato dalle comprovate ragioni ex art. 2103 cod. civ.

La decisione è di particolare interesse in quanto offre un'importante chiave di lettura rispetto ai molteplici contenziosi esistenti su tale tematica che, in modo prevalente, hanno riguardato la società Poste italiane Spa. Sussistono, infatti, numerosi precedenti giurisprudenziali generati dal fatto che tale società, a seguito dell'azione giudiziaria volta all'accertamento della nullità del termine e della conseguente condanna alla riammissione in servizio, in adempimento dell'ordine giudiziale, ha ripristinato il rapporto di lavoro in una sede diversa da quella in cui il lavoratore ha prestato servi-

zio originariamente (*Ex multis*: Cass. n. 976 del 7 febbraio 1996, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, p. 968; Cass. n. 13727 del 14 ottobre 2000, in *Orient. giur. lav.*, 2001, I, p. 343, e in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2738; Cass. n. 8584 del 5 aprile 2007, inedita; Cass. n. 27844 del 30 dicembre 2009, in *Rep. Foro it.*, 2009, 3890, n. 1585; Cass. n. 11927 del 16 maggio 2013, e Cass. n. 27804 del 12 dicembre 2013, a quanto consta non pubblicate).

La materia è di rilevante importanza in quanto il trasferimento del lavoratore dalla precedente sede di lavoro, e spesso anche dal luogo in cui presumibilmente il medesimo vive, ha notevoli ripercussioni sulla vita familiare e sociale del medesimo e, nella sostanza, maschera un licenziamento poiché potrebbe indurre quest'ultimo a rassegnare le proprie dimissioni.

La *ratio* dell'art. 2103 cod. civ., che infatti pretende che le ragioni del trasferimento siano «comprovate», è proprio quella di evitare che tale provvedimento possa essere utilizzato in maniera ritorsiva per estromettere un lavoratore «non gradito». Il legislatore, conseguentemente, con il rafforzativo «comprovate» (e quindi non il più semplice provate) ha preteso che le motivazioni siano cogenti e reali, essendo notorie le eventuali conseguenze economiche e familiari di un trasferimento presso un'altra città che, magari, dista centinaia di chilometri di distanza da quella di originaria appartenenza.

Lo scopo del presente commento è di comprendere se le disposizioni garantiste previste dall'art. 2103 cod. civ., a tutela del prestatore contro i trasferimenti ingiustificati, possano applicarsi anche alle ipotesi del ripristino del rapporto di lavoro a seguito della dichiarazione giudiziale della nullità del termine apposto al contratto di lavoro. Ciò sulla falsariga di quanto la giurisprudenza, da sempre, ha affermato in caso di reintegrazione del lavoratore sul posto di lavoro *ex art. 18, legge n. 300 del 1970*. L'altro profilo giuridico che interessa, poi, l'odierna nota è quello relativo all'eccezione di inadempimento *ex art. 1460 cod. civ.* che il prestatore esercita come reazione a un provvedimento illegittimo. La tematica, ovviamente, è funzionalmente collegata alla qualificazione – come trasferimento *ex art. 2103 cod. civ.* – della disposizione datoriale di riammissione in servizio presso una nuova sede. La mancanza, infatti, di tale accertamento farebbe venir meno la possibilità di opporre l'eccezione e, quindi, risulta imprescindibile tale preliminare qualificazione (il trasferimento) al fine del completamento della seconda fattispecie (l'inadempimento contrattuale e la conseguente eccezione), che in tal modo diventano un *unicum*.

2. — Chiarito quale sia il nodo centrale della vicenda *de qua*, si rileva che la questione è dibattuta in giurisprudenza proprio in ragione dei rilevanti interessi soggettivi che incidono significativamente sulla vita del prestatore di lavoro nei casi di trasferimento *ex art. 2103 cod. civ.* Al riguardo, occorre evidenziare che gli indirizzi formati nel tempo hanno preso in considerazione, principalmente, una fattispecie analoga a quella in esame, ossia quella relativa al trasferimento del lavoratore a seguito della reintegrazione sul posto di lavoro *ex art. 18, legge n. 300/70*. Su quest'ultima questione la giurisprudenza, in maniera consolidata, ha affermato il principio per cui è illegittimo il trasferimento del lavoratore ad altra unità produttiva a seguito dell'ordine di reintegrazione *ex art. 18, legge n. 300/70*, contestualmente all'invito a riprendere servizio dopo l'ordine di reintegra, in ragione del fatto che il sistema della tutela giudi-

ziaria impone di ragionare come se il fatto illegittimo (nella specie, l'estromissione) e la conseguente sanzione (nella specie, l'ordine di reintegra) fossero istantanei, cosicché l'indagine circa la sussistenza delle ragioni giustificatrici del trasferimento andava condotta con riferimento al momento dell'estromissione stessa (In tal senso, Tribunale civile di Milano, Sezione lavoro, 26 aprile 1997 – Est. Gargiulo –, inedita).

Tale tesi è stata successivamente ribadita anche dalla Corte di Cassazione che sul tema ha affermato: «l'accertamento giudiziale dell'illegittimità dell'estromissione e il conseguente ordine di reintegrazione, ricostituendo *de iure* il rapporto – da considerare, quindi come mai risolto –, ne ripristinano integralmente l'originario contenuto obbligatorio, comprendente anche il diritto del lavoratore a riassumere le abituali mansioni nel posto di lavoro occupato anteriormente...» (Cassazione, sentenza n. 13727 del 14 ottobre 2000, a quanto consta non pubblicata). Ebbene, anche se l'orientamento sopra evidenziato si riferisce, come detto, ai trasferimenti disposti a seguito di ordine di reintegra *ex art. 18, legge n. 300/70*, tali principi, tuttavia, possono essere presi in considerazione anche per il trasferimento del lavoratore posto in essere a seguito della ricostituzione del rapporto di lavoro, anche se non vi sia l'ordine di reintegrazione, come, ad esempio, nel caso di specie caratterizzato appunto da un ordine di riammissione in servizio a seguito dell'accertamento della nullità del termine.

3. — L'orientamento della Corte di legittimità espresso dalla sentenza che si annota, quindi, non risulta essere nuovo in ambito giurisprudenziale anche con riferimento alla ricostituzione del rapporto a prescindere dall'ordine di reintegrazione. Sul punto, si osserva che la giurisprudenza, sulla base di un'interpretazione analoga a quella più volte posta in essere nel caso di reintegra del lavoratore *ex art. 18, legge n. 300/70*, ha configurato quale trasferimento illegittimo anche il provvedimento datoriale di riammissione in servizio del lavoratore in una sede diversa da quella ove ha prestato originariamente servizio. Tale statuizione, infatti, è stata più volte adottata dai giudici di merito, i quali hanno ripetutamente sostenuto che «la situazione che si verifica a seguito dell'ordine di riammissione in servizio è sostanzialmente identica all'ipotesi in cui venga ordinata la reintegrazione nel posto di lavoro in conseguenza dell'accertamento della illegittimità del licenziamento. Infatti, in entrambi i casi vi è un provvedimento giurisdizionale che ricostituisce il rapporto illegittimamente risolto, facendo rivivere le obbligazioni nascenti dal contratto originariamente stipulato» (Cfr. Trib. Milano del 5 marzo 2004 – Est. Salmeri –, nonché Trib. Sondrio del 19 maggio 2005 – Est. Azzolini –, inedite). L'orientamento è costante anche presso il Tribunale di Roma, anche per fattispecie diverse dal contratto di lavoro a termine, ove i giudici hanno osservato che «l'accertamento giudiziale della nullità di un contratto a tempo determinato o, come nella specie, di un contratto di lavoro interinale e della conseguente sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, con obbligo del datore di lavoro di ripristinare lo stesso, non determina la costituzione *ex novo* di tale rapporto, ma, accertandone la permanenza, fa rivivere la operatività delle originarie obbligazioni sinallagmatiche [...] di conseguenza, l'obbligo del datore di lavoro che ne discende non è limitato, come sostenuto dalla resistente, a un inserimento *ex novo* del lavoratore nell'organizzazione aziendale, ma è quello di ripristinare il rapporto nelle originarie modalità di svolgimento [*Omissis*] pertanto, quando tale esercizio, come avvenuto nel caso di specie, avvenga contestualmente alla riammissione in

servizio del prestatore per ordine del giudice, lo spostamento di questi a una unità produttiva diversa da quella cui era precedentemente adibito costituisce un trasferimento soggetto ai relativi limiti di legge (sussistenza delle comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive) [Omissis]» (In tal senso Tribunale di Roma, sentenza n. 14814 del 8 ottobre 2008 – Est. Perra –, nonché in senso conforme: Tribunale di Roma, sentenza n. 9226 del 27 maggio 2010 – Est. Orfanelli –; Tribunale di Roma, sentenza n. 8984 del 10 maggio 2011 – Est. Valle –; Tribunale di Roma n. 14476 del 22 settembre 2011 – Est. Selmi –; Tribunale di Roma, sentenza n. 358 del 12 gennaio 2012 – Est. Foscolo –, nonché in senso conforme Corte d'Appello di Roma, sentenza n. 651 del 21 febbraio 2013 – Est. Marasco –, tutte a quanto consta non pubblicate).

4. — Tornando alla questione oggetto di commento, si evidenzia che nei precedenti giudizi di merito è stata accertata l'illegittimità del licenziamento *de quo* in considerazione del fatto che il datore di lavoro, nel dare esecuzione alla sentenza del giudice del lavoro, ha sì riammesso il lavoratore in azienda invitandolo, tuttavia, a riprendere il servizio in una sede diversa da quella assegnata in origine. Conseguentemente, la mancata presentazione del lavoratore in azienda ha generato il recesso da parte di Poste per assenza ingiustificata dal lavoro. La Corte d'Appello fiorentina, in merito, ha sottolineato che la riammissione del lavoratore con assegnazione a una sede diversa rispetto a quella originaria, configura un inadempimento contrattuale *ex art.* 1460 cod. civ. da parte della società, tale da concretizzarsi in un illegittimo trasferimento sì che il rifiuto della prestazione da parte del lavoratore può considerarsi giustificato e il recesso di Poste illegittimo.

Sul punto i giudici di legittimità, nella sentenza in analisi, hanno confermato il principio secondo cui l'ottemperanza del datore di lavoro all'ordine giudiziale di riammissione in servizio, a seguito di accertamento della nullità dell'apposizione di un termine al contratto di lavoro, implica il ripristino della originaria posizione di lavoro del dipendente; il reinserimento nell'attività lavorativa deve quindi avvenire nel luogo e nelle mansioni originarie, atteso che il rapporto contrattuale si intende come mai cessato e, quindi, la continuità dello stesso implica che la prestazione deve persistere nella medesima sede (Si veda, sul punto, in dottrina, G. Pera, *Sul contratto di lavoro a termine e sul regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato*, in *q. Riv.*, 2002, I, p. 15; nonché, su analoga questione a quella in esame, cfr. L. Lorea, *Nullità del termine, trasferimento del lavoratore all'atto della reintegrazione e suo rifiuto di riprendere servizio per illegittimità del mutamento del luogo di lavoro*, nota a sentenza Corte d'Appello di Firenze del 9 ottobre 2007, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 3, II, 2008, p. 605).

Secondo i giudici di legittimità, una volta ripristinato il rapporto di lavoro, il lavoratore torna a essere nuovamente titolare dei medesimi diritti e obblighi precedenti alla interruzione del rapporto lavorativo, compresi il luogo di lavoro e le mansioni previsti al momento della costituzione del rapporto di lavoro (In tal senso si vedano: Cass. n. 976 del 7 febbraio 1996; Cass. n. 8584 del 5 aprile 2007; Cass. n. 27844 del 30 dicembre 2009; Cass. n. 11927 del 16 maggio 2013; Cass. n. 27804 del 12 dicembre 2013, tutte citate). Resta salva, sempre secondo la Suprema Corte, la facoltà del datore di lavoro di disporre il trasferimento del lavoratore ad altra unità produttiva, ma in tal caso devono sussistere le ragioni tecniche, organizzative e produttive richieste dall'art. 2103 cod. civ. In concreto, a parere della sentenza in esame, il contratto di lavoro

– qualsiasi ne sia la natura (a tempo determinato, interinale ecc.) –, per effetto dell'ordine giudiziale di ripristino del rapporto, viene ricostituito con la società nella sua originaria formulazione come se non fosse mai cessato, con esclusione della sola clausola nulla. La continuità contrattuale implica, pertanto, che la prestazione lavorativa deve persistere nella medesima sede nella quale era in essere al momento della cessazione del rapporto. La riammissione in servizio presso un'unità produttiva diversa da quella originaria deve essere interpretata come ripristino del rapporto di lavoro, con contestuale trasferimento in una sede diversa rispetto a quella di originaria appartenenza. L'atteggiamento del lavoratore di non presentarsi in servizio qualora siano mutati il luogo e le mansioni assegnati originariamente al lavoro non rappresenta un inadempimento da parte del prestatore, ma una reazione proporzionata e conforme a buona fede tale da costituire una legittima eccezione di inadempimento *ex art. 1460 cod. civ.*, anche in considerazione della circostanza che gli atti nulli (e quindi la riammissione a lavoro in posto diverso da quello originario) non sono produttivi di effetti.

In ragione dei principi sin qui espressi, risulta pienamente condivisibile il principio espresso dalla Suprema Corte in commento che, confermando la sentenza della Corte d'Appello fiorentina, ha stabilito che l'invito a riprendere servizio in una sede diversa da quella originaria è stato correttamente inteso come trasferimento nullo, implicante un inadempimento del contratto di lavoro che legittima il rifiuto del dipendente a riprendere la prestazione lavorativa.

Michelangelo Salvagni

*Specializzato in Diritto sindacale, del lavoro e della previdenza sociale
presso la «Sapienza» Università di Roma*

CORTE D'APPELLO MILANO, 15 aprile 2014 – Pres. Curcio, Est. Bianchini – B.A. (avv.ti Guariso, Romano) c. Afi Srl (avv.ti Biolchini, Vicoli, Padovan).

Contratto di lavoro intermittente – Artt. 33 e 34, d.lgs. n. 276/03 – Art. 6, Direttiva n. 2000/78 – Art. 3, d.lgs. n. 216/2003 – Assunzione discriminatoria perché basata sul requisito anagrafico – Rimozione degli effetti – Diritto alla riammissione nel posto di lavoro e al risarcimento del danno.

Il contratto intermittente motivato esclusivamente dall'età del lavoratore configura un comportamento discriminatorio da parte del datore di lavoro in ragione di un principio generale di diritto comunitario, donde il compito del giudice nazionale di assicurare la tutela disapplicando le disposizioni confliggenti e disponendo la necessaria reintegra. (1)

(1) IL CASO *ABERCROMBIE*: CONTRATTO INTERMITTENTE
E DISCRIMINAZIONI PER ETÀ

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. I fatti di causa. — 3. La giurisprudenza come tecnica indiretta di regolazione. — 3.1. I limiti del giudizio di giustificazione. — 3.2. Conferme e novità nel giudizio *Abercrombie*. — 4. Discriminazioni per età: attualità e potenzialità del divieto. — 4.1. Effetti diretti e mercato del lavoro.

1. — *Introduzione* — La tematica dell'età non è nuova per il diritto del lavoro italiano. Principi costituzionali e disposizioni contenute in norme specifiche ne hanno fatto uno strumento che è sempre stato utilizzato per includere, ovvero escludere, i soggetti nel mercato del lavoro in relazione alla loro appartenenza a classi di età o a gruppi di età. Con estrema semplificazione potremmo dire che, storicamente, l'anzianità è stata frequentemente usata come criterio di selezione per procedure espulsive – specie in relazione ai licenziamenti collettivi – mentre il fattore giovinezza quale elemento per misure protettive o promozionali. L'intervento nel mercato del lavoro avveniva quindi secondo schemi che attribuivano ai soggetti facenti parte dei due gruppi bisogni individuati esclusivamente sulla base di stereotipi che non erano messi in discussione. Rimaneva completamente estranea la percezione della potenziale discriminarietà del fattore età. Fattore non protetto, almeno in maniera esplicita, da nessuna normativa fino all'introduzione del d.lgs. n. 216/03 che ha recepito la Direttiva n. 2000/78.

L'emersione dell'età quale elemento di discriminazione ha, sicuramente, determinato un importante cambiamento normativo ma non ha influito sulle successive scelte di politica legislativa. Le riforme del mercato del lavoro, che dal 2003 si sono succedute, hanno introdotto *forme* contrattuali in cui il fattore protetto dalla normativa discrimi-

natoria costituisce il requisito che autorizza la sottoscrizione del contratto. Fra le norme coeve alle disposizioni in materia antidiscriminatoria la più esemplificativa delle riflessioni proposte è l'art. 34 del d.lgs. n. 276/03 (1). L'articolo introduce nel nostro ordinamento il contratto intermittente (2): fattispecie contrattuale caratterizzata da una totale flessibilizzazione temporale della prestazione lavorativa e che, attribuendo al datore di lavoro il potere unilaterale di scegliere tutte le condizioni del contratto, peggiora sensibilmente le regole tradizionali del rapporto di lavoro. Condizione per il ricorso a questa tipologia contrattuale è la presenza di una caratteristica soggettiva, quella dell'età, che costituisce, quasi, l'unico requisito (3) del contratto. L'età, però, è anche oggetto del divieto di discriminazione introdotto con la Direttiva n. 2000/78: diventa, quindi, contemporaneamente, elemento di autorizzazione ed elemento di divieto.

L'identità tra il motivo di autorizzazione e il fattore discriminatorio, da subito, aveva fatto considerare la tipologia contrattuale come discriminatoria (4). Alla stessa conclusione pervengono i giudici milanesi e nel giudicare utilizzano come riferimenti i principi enunciati dalla Corte di Giustizia nelle sentenze *Mangold* e *Kucukdeveci*.

2. — *I fatti di causa* — Brevemente i fatti. Alla Corte d'Appello di Milano è stato chiesto di valutare se un contratto intermittente, motivato esclusivamente dall'età del lavoratore (meno di 25 anni), potesse considerarsi discriminatorio perché stipulato in violazione dell'art. 3 del d.lgs. n. 216/2003. A questo quesito i giudici milanesi hanno dato risposta affermativa riconoscendo la discriminatorietà del comportamento dell'azienda, poiché aveva assunto il lavoratore con contratto intermittente esclusivamente in forza della sua età anagrafica. La violazione della disposizione antidiscri-

(1) La prima versione dell'art. 34 – coeva alla disciplina antidiscriminatoria – è quella che contiene i più evidenti elementi discriminatori: sul punto vd. il commento di C. Alessi, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del Protocollo sul welfare: prime osservazioni*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, 2008, n. 68. L'evoluzione normativa del contratto intermittente – come ha fatto rilevare C. Alessi, *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 22 – ha tenuto fede al suo nome. Il contratto «è scomparso e ricomparso sulla scena giuridica nell'arco di pochi mesi a seguito del succedersi di due Governi di diverso colore». La disposizione attualmente in vigore è frutto degli interventi della legge n. 92/2012 e del d.l. n. 76/2013.

(2) Tipologia contrattuale caratterizzata da una totale flessibilizzazione temporale della prestazione lavorativa e che, attribuendo al datore di lavoro il potere unilaterale di scegliere tutte le condizioni del contratto, peggiora sensibilmente le regole tradizionali del rapporto di lavoro. In generale su questa fattispecie contrattuale vd. F. Bano, *Contratti flessibili: lavoro a tempo parziale e lavoro intermittente*, in *Lav. dir.*, 2006, n. 2-3, p. 293.

(3) L'ulteriore requisito consiste nel fatto che il potenziale lavoratore sia in stato di disoccupazione. Il d.lgs. n. 276/2003 interessava i lavoratori ricompresi in due fasce d'età: inferiore ai 25 o superiore ai 45. La legge n. 92/2012 ha modificato le soglie di età interessando i lavoratori con meno di 24 anni e più di 55 anni.

(4) Parte della dottrina, proprio in base a questa caratteristica, fin dal primo momento aveva ipotizzato la discriminatorietà della norma; sul punto vd. O. Bonardi, *Le discriminazioni basate sull'età*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Torino, 2007, p. 125; G. De Simone, *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Lav. dir.*, 2004, p. 528; M. Novella, *Nuove tecniche di diritto diseguale e principio di eguaglianza*, in *Lav. dir.*, 2004, p. 557; S. Sciarra, *Norme imperative nazionali ed europee e le finalità del diritto del lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, 2006, n. 44.

minatoria, secondo i giudici milanesi, comporta la disapplicazione della norma e la trasformazione del rapporto intermittente in un rapporto *part-time* a tempo indeterminato. Nella decisione i giudici fanno ampio riferimento ai principi enucleati dalla Corte di Giustizia nelle sentenze.

3. — *La giurisprudenza come tecnica indiretta di regolazione* — Si è già detto che l'emersione dell'età quale fattore di discriminazione ha sicuramente determinato un importante cambiamento normativo, concretatosi nel d.lgs. n. 216/2003 che recepisce la Direttiva n. 2000/78. L'introduzione della disposizione di legge, contrariamente a quanto è successo in molti altri Stati dell'Unione (5), non ha costituito l'occasione per eliminare eventuali disposizioni discriminatorie preesistenti. E il disinteresse dimostrato dai soggetti pubblici rispetto a un controllo di non discriminatorietà delle politiche nazionali trova conferma in comportamenti tenuti a livello comunitario. Lo Stato italiano raramente è intervenuto nelle cause proposte davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di discriminazioni per età (6).

All'indifferenza dimostrata dai soggetti istituzionali, si affianca una ridotta conoscenza dei diritti da parte dei potenziali utilizzatori della normativa; circostanza che impedisce una corretta percezione dell'eventuale discriminazione (7) e che incide sulla proposizione di azioni giudiziarie.

La scarsa visibilità giudiziale delle disposizioni antidiscriminatorie è motivata anche dal non uso che gli operatori legali – avvocati e giudici – fanno delle categorie del diritto antidiscriminatorio, nella maggior parte dei casi poco conosciute e quindi non utilizzate (8). I giudici italiani, ad esempio – in netto contrasto con quanto succede nella maggior parte degli altri Stati membri –, non hanno mai sottoposto casi di presunta di-

(5) Sul punto vd. Commission staff working document, *Annexes to the Joint Report on the application of the Racial Equality Directive (2000/43/EC) and the Employment Equality Directive (2000/78/EC)*, Swd(2014)5, final.

(6) E. De Whurst, *The Development of EU Case – Law on Age Discrimination in Employment: «Will You Still Need Me? Will You Still Need Me When I'm Sixty-Four»*, in *European Law Journals* (da ora in poi *Elj*), 2013, n. 4, p. 520, riflette sull'uso giudiziario della Direttiva in materia di discriminazione per età con l'aiuto di dati statistici. Fra gli Stati membri, quello che più frequentemente ha fatto ricorso alla Corte di Giustizia è la Germania (i 2/3 delle domande pregiudiziali), ed è intervenuta nel 78% dei giudizi. L'Italia, a differenza di Spagna, Gran Bretagna, Austria, Danimarca e Bulgaria, non ha mai fatto ricorso alla Corte di Giustizia ed è intervenuta nel 22% dei giudizi. L'Autrice correla l'attivismo giuridico tedesco al modello di welfare «conservativo», che suddivide le prestazioni economiche e sociali in relazione ai «cicli di vita»: la differenziazione di offerta – secondo l'Autrice – offre agli esclusi molte opportunità di richiedere la verifica della non discriminatorietà delle norme legali preesistenti alla disciplina antidiscriminatoria.

(7) La ridotta percezione della discriminazione, però, non è un problema che interessa solo l'Italia. A livello europeo solamente il 42% dei cittadini ha la percezione della diffusione della discriminazione per età: vd. *Special Eurobarometer Study, Discrimination in the European Union: Perceptions, Experiences and Attitude*, European Commission, 2008, 63. Il Report del 29 giugno 2000, Com(2014)2, final, individua nelle politiche di informazione che gli Stati, le parti sociali e le organizzazioni sindacali devono attuare il principale mezzo di promozione della disciplina antidiscriminatoria.

(8) È della stessa opinione L. Calafà, *Giudici (quasi) federali e diritto del lavoro recente*, in *Lav. dir.*, 2014, n. 2-3, p. 457.

scriminazione alla Corte di Giustizia: e, sicuramente, non a causa della non discriminatorietà delle nostre normative. Né a livello nazionale vi sono stati molti interventi giudiziali. Le sentenze sono poche; nella maggior parte dei casi si interessano di discriminazioni correlate a specifici filoni: criteri di scelta nelle procedure di licenziamento collettivo; clausole di risoluzione automatica del rapporto al compimento dell'età pensionabile; computabilità degli scatti di anzianità nei contratti di formazione. Giocano, quindi, un ruolo quasi esclusivamente finalizzato alla tutela del rapporto di lavoro nella sua parte finale: un ruolo difensivo o di tutela economica del lavoratore.

Il mancato ricorso da parte dei giudici italiani agli strumenti di verifica offerti dal diritto comunitario ha sensibilmente ridotto la possibilità della giurisprudenza di proporsi come tecnica indiretta di regolazione (9) e di rappresentare un contrappeso alla flessibilizzazione delle condizioni di lavoro e delle tipologie contrattuali: tra le quali trova posto il contratto intermittente.

Nel percorso ermeneutico seguito dai giudici di Milano la tutela assicurata dal diritto antidiscriminatorio si trasforma, invece, in una modalità di controllo degli effetti che producono sia la segmentazione del mercato del lavoro sia la diversificazione dei trattamenti. Controllo finalizzato a verificare se nella scelta di fare ricorso a queste tipologie contrattuali prevalgano giustificate motivazioni di politica occupazionale ovvero interessi privati del datore di lavoro (10). E per raggiungere questo obiettivo seguono, quali criteri guida, i principi enunciati nelle sentenze *Mangold* (C-144/04) e *Kucukdeveci* (C-246/09).

3.1. — *I limiti del giudizio di giustificazione* — La tematica del controllo richiama uno dei punti più sensibili della normativa in materia di discriminazione per età: la struttura del giudizio di giustificazione. Le difficoltà derivano dalla tecnica redazionale dell'art. 6 della Direttiva n. 2000/78 che, contrariamente a quanto di solito succede nel diritto antidiscriminatorio, non utilizza un approccio «closed list». Gli Stati membri sono liberi di introdurre disparità di trattamento purché le differenziazioni siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate da finalità legittime e i mezzi per conseguire queste finalità siano appropriati e necessari (11). L'art. 6 della Direttiva,

(9) È molto interessante la riflessione che propone C. O'Conneide, *The Uncertain Foundation of Contemporary Antidiscrimination Law*, in *International Journal of Discrimination and the Law* (da ora in poi *Ijdl*), 2011, II, p. 7: la rapida evoluzione del diritto antidiscriminatorio aumenta la sua attrattiva quale tecnica di controllo giudiziale e, conseguentemente, la giurisprudenza acquisisce importanza quale tecnica di regolazione. Pienamente condivisibile, inoltre, è quanto lo stesso Autore osserva in relazione all'atteggiamento degli Stati di fronte alla disciplina antidiscriminatoria: più le disposizioni antidiscriminatorie dipendono da norme legali più gli Stati vedono le disposizioni antidiscriminatorie come potenzialmente destabilizzanti per gli equilibri sociali.

(10) Osserva L. Rogers, *Labour law and the public interest: discrimination and beyond*, in *European Labour Law Journal* (d'ora in poi *Ellj*), 2011, vol. 2, n. 4, p. 302, che la verifica dell'ambito di interesse, pubblico o privato, è uno dei mezzi utilizzabili per testare la non discriminatorietà delle disposizioni. Quanto affermato è tanto più vero a livello comunitario che, a causa della ripartizione delle competenze, riserva la politica per l'impiego, ricompresa nelle politiche sociali, agli Stati membri che hanno ampi margini di valutazione.

(11) D. Schiek, in *Age discrimination before the Ecj conceptual and theoretical issue*, in *Common Market Law Review* (d'ora in poi *Cmlr*), 2011, p. 727, raggruppa le cause di giustifi-

inoltre, tarando la causa di giustificazione sulla fattispecie da regolare, precisa che i giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, rientrano tra i motivi di esonero dal rispetto delle previsioni antidiscriminatorie. La discriminazione per età è, quindi, fornita di un basso standard di tutela, costo politico pagato all'introduzione del divieto per età (12): fattispecie discriminatoria la cui peculiarità sono duplici. L'ampiezza della nozione «età», moltiplicando i centri di interesse, rende difficile individuare gruppi di interesse specificamente tutelati e, frequentemente, è causa di contrapposizione tra gli interessi degli appartenenti ai diversi gruppi (13). Il fattore età, inoltre, per quanto riguarda le difficoltà che incontra riguardo al suo ambito oggettivo di applicazione, si scontra con il diverso uso che ne fanno i singoli Stati all'interno delle loro politiche nazionali. Della particolarità, sia formale, sia sostanziale del divieto si è fatta carico la Corte di Giustizia, che ha intrapreso un percorso interpretativo che, anche se non sempre in modo lineare (14), ha traghettato la discriminazione per età da semplice divieto a principio generale del diritto antidiscriminatorio.

Tassello principale dal quale partire è la sentenza *Mangold* (C-144/04), tramite la quale la Corte di Giustizia ha agito su più fronti. La Corte di Giustizia riconosce la peculiarità del divieto di discriminazione per età e, quindi, conferma la legittimità dei criteri discretivi contenuti nell'art. 6 della Direttiva n. 2000/78. Tuttavia ritiene che debbano essere sottoposti a rigidi test di legittimità per verificare se non siano eccedenti a quanto è appropriato e necessario per raggiungere la finalità perseguita. E obbliga gli Stati a trattare il principio di non discriminazione per età come tutti gli altri motivi di discriminazione, la cui tutela è finalizzata a raggiungere l'integrale applicazione del principio di parità di trattamento. Per raggiungere questo obiettivo richiama al rispetto del principio di proporzionalità.

I giudici milanesi, come già accennato, nella loro decisione si sono fatti guidare dalle conclusioni contenute in *Mangold* e, seguendo un *iter* ermeneutico classico, hanno messo a confronto la norma in materia di contratto intermittente con i requisiti in-

cazione presenti nelle sentenze della Corte di Giustizia per motivazioni; egli rileva criticamente come le motivazioni utilizzate facciano sempre prevalere le ragioni economiche rispetto alla protezione della dignità e la lotta agli stereotipi, e come questa tendenza riduca la portata del divieto di discriminazione.

(12) In questo senso vd. T. Gyulavári, *Age discrimination: recent case law of the European Court of Justice*, in *Era Forum*, 2013, 376, in www.link.springer.com/journal/12027.

(13) Vedi, ad esempio, il caso *Petersen* (C-341/09), in cui il diverso trattamento assicurato ai differenti gruppi di età è stato riportato al principio di solidarietà intergenerazionale. S. Scarponi (*Discriminazione per età, ricambio generazionale, discriminazioni di genere nei recenti orientamenti della Corte di Giustizia*, in *q. Riv.*, 2011, I, p. 544) fa, però, osservare come il ricambio generazionale come motivo di giustificazione non sia menzionato nelle fattispecie che consentono una deroga, anche se è connesso all'occupazione.

(14) La non sempre efficace tutela del divieto di discriminazione, oltre che derivare dalla non linearità delle decisioni della Corte, è anche causata dal ridotto campo di applicazione della normativa dell'Ue, che si riferisce esclusivamente ai rapporti di lavoro. C. O'Conneide, *The growing importance of Age Equality*, in *The Equal Rights Review*, 11, 2013, p. 99, ritiene che sia necessario ampliare anche ad altre sfere il divieto e cita quanto hanno fatto in Gran Bretagna, paese in cui il divieto di discriminazione è stato esteso anche ai beni e servizi (vd. *Equality Act*, 2010).

individuati dalla Corte di Giustizia quali criteri valutativi della legittimità del trattamento differenziato. Questo percorso li ha portati a riconoscere la discriminatorietà del contratto intermittente. La diversificazione di trattamento riservata ai soggetti di età inferiore ai 25 anni (art. 34, d.lgs. n. 276/2003, nella dizione all'epoca vigente) è motivata esclusivamente dall'età e non è oggettivamente e ragionevolmente giustificata da una finalità nella quale l'interesse pubblico ha un ruolo rilevante. L'età, quindi, non può essere considerata quale giustificazione di un trattamento contrattuale peggiorativo rispetto a quello a tempo indeterminato, né la differenza di trattamento che si ripercuote sui soggetti che hanno meno di 25 anni risponde a motivazioni ragionevoli e obiettive. Inoltre, osservano i giudici, con un'affermazione che risente chiaramente di quanto deciso dalla Corte di Giustizia in *Age Concern England* (C-338/07) (15), non è possibile utilizzare quali giustificazioni «mere valutazioni o interpretazioni personali circa la probabile o possibile intenzione del legislatore di volere agevolare l'ingresso dei giovani nel mercato del lavoro».

3.2. — *Conferme e novità nel giudizio Abercrombie* — Il punto di arrivo delle riflessioni dei giudici è perfettamente condivisibile ed è interessante riflettere sulle tecniche di indagine che hanno utilizzato.

Il contratto intermittente non supera il test di non discriminatorietà giacché il legislatore italiano, come si legge nella sentenza, si è limitato a introdurre una misura sfavorevole senza indicare quale fosse l'obiettivo di politica dell'occupazione o di mercato del lavoro che voleva perseguire (vd. Considerando n. 25 della Direttiva). Contrariamente a quanto richiesto dalla sentenza *Mangold*, la cui elaborazione si conferma quale principio guida dei giudici milanesi, la *ratio* della norma nazionale non contrasta direttamente, quindi, con quella dei divieti, e da questo deriva la discriminatorietà del provvedimento legislativo. E la disposizione di legge non supera il test di discriminatorietà perché non supera quello di proporzionalità.

(15) La necessità del rigore richiesto ai mezzi di prova la troviamo esplicitata nella sentenza della Corte di Giustizia C-388/07, *Age Concern England*, nella quale si indica lo standard di prova che gli Stati membri dovranno rispettare affinché le loro giustificazioni ricadano nell'area protetta dall'art. 6 della Direttiva. La libertà degli Stati membri di scegliere le misure che consentono loro di raggiungere gli obiettivi di politica sociale – ricorda la Corte – non deve avere quale conseguenza quella di frustrare l'implementazione del principio di non discriminazione per età. Di conseguenza, non è sufficiente utilizzare «mere generalizzazioni che riguardano la capacità delle specifiche misure di contribuire alla politica dell'impiego o al mercato». La Corte rileva che «gli Stati membri dispongono di un ampio margine di valutazione discrezionale nella scelta delle misure atte a realizzare i loro obiettivi di politica sociale (vd., in tal senso, la sentenza nel caso *Mangold*, punto 63). Tuttavia, tale margine di valutazione discrezionale non può avere l'effetto di svuotare della sua sostanza l'attuazione del principio di non discriminazione in funzione dell'età. Semplici affermazioni generiche, riguardanti l'attitudine di un provvedimento determinato a partecipare alla politica del lavoro, del mercato del lavoro o della formazione professionale, non sono sufficienti affinché risulti che l'obiettivo perseguito da tale provvedimento possa essere tale da giustificare una deroga al principio in discorso, né costituiscono elementi sulla scorta dei quali poter ragionevolmente ritenere che gli strumenti prescelti siano atti alla realizzazione di tale obiettivo (vd., per analogia, la sentenza 9 febbraio 1999, causa C-167/97, *Seymour-Smith e Perez*)». La differenza di intensità nella verifica degli standard che si utilizza nelle discriminazioni per sesso e in quelle per età è rilevata da V. Papa, *Il fattore newcomer di discriminazione e il suo contemperamento con le politiche sociali nazionali*, in *Dir. lav. merc.*, 2011, p. 63.

Bisogna dire che il problema della prova nelle discriminazioni per età è particolarmente complesso perché in questa fattispecie si contrappongono diritti individuali ad altri che hanno fondamento in considerazioni sociali e di mercato del lavoro. La convivenza necessitata tra interessi individuali e della collettività ha implicato, ad esempio, che la Corte di Giustizia, in dipendenza dell'ampiezza del *framework* che vuole utilizzare (ricomprendendovi motivazioni di politica sociale, di politica del lavoro, di *budget*), vari il suo parametro valutativo (16). La difficoltà deriva, inoltre, sia dalla struttura del divieto di discriminazione per età, aperto rispetto all'individuazione degli interessati dalla nozione stessa – circostanza che crea difficoltà nella delimitazione di gruppi di interessi definiti: sia dalla delimitazione delle intersezioni tra le motivazioni, potremmo definirle – politico-economiche e gli interessi dei singoli o dei gruppi (17). E sorge l'interrogativo se il criterio di giustificazione debba rispondere a finalità generali o a interessi del singolo, in quanto facente parte di un gruppo protetto. Come anche se la valutazione della regola che si ritiene lesiva del principio di non discriminazione debba avere ripercussioni sul caso particolare, ovvero, come sembra più opportuno, se è sufficiente che sia discriminatoria in sé. La risposta data dai giudici milanesi a questo interrogativo è molto salomonica. Il test di proporzionalità che hanno effettuato non si è focalizzato, esclusivamente, sullo svantaggio del singolo, ma ha indagato anche le ripercussioni che ha la norma nei confronti del gruppo interessato dalla previsione di legge (coloro che hanno meno di 25 anni).

Avere dato voce alla discriminazione giovanile, attribuendole un'identità autonoma, è uno dei meriti della sentenza e costituisce un passaggio di grande originalità. I giudici hanno analizzato la previsione legislativa in tema di lavoro intermittente valutandone la discriminatorietà proprio in relazione alle ripercussioni che ha sul lavoro dei giovani, destinatari della stessa. Ciò potrebbe sembrare ovvio ma, nella maggior parte dei casi decisi dalla Corte di Giustizia, le esigenze dei giovani sono richiamate come termine di comparazione di lamentate discriminazioni che riguardano gli anziani (18). Cioè, come dice Sargent, per verificare se i giovani hanno un vantaggio immotivato rispetto agli «*older people*» (19). Questa modalità di giudizio, oltre a essere

(16) F. Hendrick, *Age and employment discrimination law*, in F. Hendrick (a cura di), *Active Ageing and Labour Law*, Interasentia, Cambridge, 2012, p. 3, ritiene necessario un approccio che valorizzi, quale elemento valutativo, la giustizia sociale e la solidarietà e, sulla base di queste riflessioni, ritiene che sarebbe interessante sperimentare, anche per il fattore età, misure ragionevoli simili a quelle pensate per la disabilità; in questo senso, con specifico riferimento alle giustificazioni in dipendenza delle discriminazioni correlate alla materia dell'età pensionabile, vd. L. Vickers, S. Manfredi, *Age equality and retirement. Squaring the circle*, in *Industrial Law Journal* (d'ora in poi *Ilj*), 2013, vol. 42, n. 1, p. 61.

(17) In particolare, sull'uso del principio di ragionevolezza nei casi di discriminazione per età vd. P. Loi, *The reasonableness principle in The European Court of Justice age discrimination cases*, in M.A. Moreau (a cura di), *Before and After the Economic Crisis*, Elgar, Londra, 2011, p. 141.

(18) La percentuale di accoglimento delle sentenze che – anche se indirettamente – vedono i giovani quali soggetti interessati è molto alta. La Corte di Giustizia ritiene che, ove un comportamento potenzialmente discriminatorio sia finalizzato a favorire i giovani, questo non abbia natura discriminatoria in quanto più vantaggioso per il mercato e per l'economia.

(19) La Corte di Giustizia – con nota di M. Sargent, *Young Workers and Age Discrimination*, in *Labour Law and Industrial Relation* (d'ora in poi *Llir*), 2010, n. 4, p. 467 – soltanto in due casi si è occupata delle discriminazioni relative ai giovani come soggetti discriminati in quanto

spesso basata su stereotipi valutativi, contribuisce a creare all'interno del mercato del lavoro una contrapposizione insanabile tra i due gruppi, che non è supportata da nessun riscontro socio-economico (20).

La decisione dei giudici milanesi rappresenta il primo intervento, sia a livello nazionale sia comunitario, in materia di lavoro intermittente (21). Pur riconoscendole il merito di avere introdotto nel sistema giudiziario italiano fondamentali principi in tema di discriminazione per età, e di avere contribuito alla diffusione dei principi comunitari, bisogna, però, muoverle un appunto. All'interno della sentenza non trovano spazio valutazioni specifiche relative alle scelte nazionali di politica occupazionale. Né i giudici si sono confrontati con il dibattito dottrinale italiano che, a lungo, si è interrogato sui limiti di legittimità di forme contrattuali flessibili che, come in questo caso, utilizzano quale criterio di differenziazione dei trattamenti un fattore protetto dal divieto di discriminazione. Tuttavia, da questi mancati riferimenti si possono implicitamente dedurre alcune conseguenze.

È chiaro che la normativa italiana in tema di lavoro intermittente – almeno quella vigente al momento di stipulazione del contratto la cui legittimità è stata scrutinata dai giudici (22) – è discriminatoria. Perde, quindi, qualsiasi spazio l'ipotesi di qualificare il contratto intermittente quale «azione positiva» (23); idea che, comunque, fin

tali (vd. risp. causa C-442/10, *Wilkinson*, e causa C-555/07, *Kucukdeveci*). La tematica della giustizia intergenerazionale quale criterio valutativo della discriminarietà delle misure è molto presente in Corte Giust., causa C-341/09, *Petersen*, per cui la differenza di trattamento tra anziani e giovani può essere strumento di riequilibrio del mercato. Nel dibattito italiano, il riferimento alla giustizia intergenerazionale non suscita molto interesse, a differenza di quanto succede nel mondo anglosassone: vd., per tutti, E. De Whurst, *The Development of EU Case – Law on Age Discrimination in Employment: «Will You Still Need Me? Will You Still Need Me When I'm Sixty-Four»*, in *Elj*, 2013, n. 4, p. 517. Stimolante è l'approccio a questa tematica di L. Rogers, *Labour law and the public interest: discrimination and beyond*, in *Elj*, 2011, vol. 2, n. 4, p. 311, la quale attribuisce alle giustificazioni di misure potenzialmente discriminatorie un contenuto di «interesse pubblico» più elevato se, esplicitamente, motivate dall'obiettivo di ripartire le opportunità tra le generazioni.

(20) Sulla totale mancanza di prove scientifiche in relazione alla contrapposizione degli interessi tra giovani e anziani all'interno della stessa sfera concordano tutti, ritenendola una semplificazione della visione del mercato del lavoro. Sul punto vd. S. Fredman, *Discrimination law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 27.

(21) Nel caso *Wippel*, causa C-313/02, la Corte di Giustizia non si occupa, infatti, del contratto intermittente in relazione alla tematica analizzata dai giudici milanesi. In generale sulla sentenza *Wippel* vd. S. Borelli, *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 162; S. Sciarra, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*, INT, 2006, n. 44.

(22) Almeno quella vigente al momento della stipulazione del contratto (14 dicembre 2010), anche se non sembra che le modifiche, successivamente apportate alla disposizione di legge, avrebbero potuto influire sulla valutazione compiuta dai giudici milanesi.

(23) In generale, si può dire che i piani di azioni positive implicino iniziative scelte e individuate dai gruppi interessati quali modalità idonee per superare la discriminazione e che comportano vantaggi specifici: L. Calafà, *Azioni positive possibili tra lotta alla discriminazione e promozione dell'eguaglianza*, in *Lav. dir.*, 2005, p. 273, s'interroga sul se sia possibile valutare come azioni positive misure, quali quelle con le quali si sono confrontati i giudici milanesi, in cui la «la capacità di migliorare le condizioni degli interessati è solo eventuale e che non sono idonee a impedire il riallineamento dei trattamenti verso il basso», e la risposta è negativa.

dal primo momento, aveva suscitato condivisibili perplessità. Se è vero che raggiungere la piena eguaglianza comporta (o può comportare) trattamenti asimmetrici (24), è anche vero che nelle ipotesi previste dall'art. 34, d.lgs. n. 276/2003, i benefici che si potrebbero ottenere sono solo eventuali, mentre molto presente è il rischio che vi sia un riallineamento dei trattamenti verso il basso, a tutto vantaggio delle politiche imprenditoriali. E, come osserva Novella, «un'azione positiva che consiste in uno svantaggio è una contraddizione in termini» (25).

4. — *Discriminazioni per età: attualità e potenzialità del divieto* — I giudici milanesi, nel valutare le conseguenze derivanti dalla discriminatorietà del contratto intermittente (in quanto motivato esclusivamente dall'età del lavoratore), sono stati guidati dal filone di giurisprudenza comunitaria che ha attribuito al principio di non discriminazione per età natura di principio generale del diritto. Esplicitamente citate, le sentenze *Mangold* e *Kucukdeveci* giocano il ruolo principale. Se il divieto di discriminazione per età è un autonomo principio generale (26), si legge in *Mangold*, *leading-case* in materia, la Direttiva n. 2000/78 non è più fonte dell'obbligo di non discriminare, ma esclusivamente specificazione del principio già esistente (27). E la conclusione è confermata dai giudici di *Kucukdeveci*. Né il richiamo esplicito all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, quale fonte del diritto di non discriminazione per età (28) (che rafforza la solidità del percorso esegetico compiuto dai giudici comunitari), modifica il rapporto gerarchico. La Direttiva n. 2000/78 si conferma concreta espressione del principio generale di non discriminazione per età (vd. il dispositivo della sentenza) (29). Se questo è il materiale giurisprudenziale che i giudici milanesi

(24) E questa osservazione è valida anche quando si parla di contratti flessibili, collocandoli nella prospettiva della flessicurezza: cfr. L. Zappalà, *Flessicurezza, pari opportunità e non discriminazione: i percorsi (quasi sempre) virtuosi delle politiche e del diritto sociale europeo*, in *q. Riv.*, 2008, I, p. 537. S. Fredman, *op. ult. cit.*, p. 55, osserva che il legislatore comunitario tiene conto del bisogno di azioni positive e lo fa per evitare che il giudizio di discriminatorietà si trasformi in un luogo in cui il datore di lavoro afferma la necessità economica delle misure che ha scelto di prendere e lo Stato si limita a fare ricorso a ragioni politiche.

(25) In questo senso vd. M. Novella, *Nuove tecniche di diritto diseguale e principio di eguaglianza*, in *Lav. dir.*, 2004, p. 557.

(26) In quanto già presente nell'ordinamento, rintracciabile in atti internazionali e nelle tradizioni comuni degli Stati membri: sul punto vd. la sentenza della Corte di Giustizia nella causa *Mangold*, punto 74.

(27) La Corte di Giustizia, nella sentenza *Mangold*, infatti non fa riferimento all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

(28) In maniera esplicita in questo senso vd. F. Guarriello, F. Minolfi, *Da Cenerentola a leading case: discriminazioni per età e Carta dei diritti fondamentali*, in *Dir. lav. merc.*, 2011, p. 90. L'interrelazione tra direttiva e principio generale è interpretata da M.P. Aimò, D. Izzì, *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro. Dialogando con Massimo Roccella sulla recente giurisprudenza in tema di non discriminazione e lavoro no standard*, in G. Loy (a cura di), *Lavoro, Europa, Diritti*, Ediesse, Roma, 2012, p. 21, quale ulteriore manifestazione della tendenza della Corte a sfruttare ogni risorsa messa a sua disposizione per garantire l'effettività dei principi dell'ordinamento comunitario.

(29) Secondo B. Caruso, V. Papa, *I percorsi «accidentati» della Carta dei diritti fondamentali della Ue... eppur la talpa scava*, in *q. Riv.*, 2014, II, p. 185, la regola di diritto risolutiva non è tanto l'art. 21 della Carta, quanto il principio generale di non discriminazione in combinato

hanno utilizzato per la decisione, in realtà, successivamente, la qualificazione del principio di discriminazione per età, quale principio generale, ha segnato un altro punto a suo favore. Nel gennaio 2014 con la sentenza *Association de médiation sociale (Ams)* (C-176/12) la Corte di Giustizia ribadisce che il principio di non discriminazione per età ha natura di principio generale. Le conclusioni dei giudici di *Ams* sono chiare; punto controverso, invece, è il ruolo della direttiva; direttiva che in *Ams* parrebbe non menzionata nonostante la sentenza *Kucukdeveci* venga citata dai giudici comunitari come precedente (vd. punto 41 in *Ams*). Riferendosi all'obbligo di non discriminare per età i giudici in *Ams* si richiamano esclusivamente all'art. 21 (par. 1) della Carta, ignorando del tutto il riferimento alla Direttiva n. 2000/78; norma, si ricorda, citata nel dispositivo di *Kucukdeveci* (30). Errore materiale; volontà di rafforzare la portata vincolante del principio di non discriminazione; desiderio di superare quella che la dottrina aveva ritenuto «un'ennesima eccezione delle tante create dalla giurisprudenza europea alla regola di effetti diretti orizzontali delle direttive» (31), la scelta interpretativa dei giudici non influisce sulle conseguenze che derivano dalla qualificazione del principio. La discriminazione per età è riconosciuta, a pieno titolo, «di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale» (sentenza *Ams*, punto 47). Ma il processo ermeneutico potrebbe influire, e non è poco, sulla forza espansiva del principio di non discriminazione per età. Limitato a se stesso, se correlato alla direttiva; volano per la valorizzazione quali principi generali (32) di ulteriori fattispecie discriminatorie, presenti nell'art. 21 della Carta, se riportato direttamente alle disposizioni della Carta. Il divieto di discriminazione per età – fino a pochissimo tempo fa considerato la Cenerentola di fattori di discriminazione – si affiancherebbe, così, a quello di discriminazione di genere, tradizionale motore per la promozione dell'effettività dei divieti di discriminazione. E la catena della riqualificazione dei diritti potrebbe non interrompersi, a conferma che il principio di eguaglianza è un metaprincipio dell'ordinamento comunitario e lo attraversa trasversalmente (33).

disposto con la direttiva. Nello stesso senso M. Rodriguez Pineiro, *El cuestionado efecto directo en los litigios laborales de la Carta de derechos fundamentales*, in *Relaciones laborales*, 2014, 1, che fa notare che la sentenza *Kucukdeveci* non arriva ad affermare l'efficacia orizzontale diretta delle direttive, ma incide significativamente per facilitare l'invocazione di un effetto della proibizione contenuta nella direttiva come sviluppo di un principio generale di diritto primario contenuto nella Carta.

(30) Come fanno osservare B. Caruso, V. Papa, *op. ult. cit.*, p. 19. Valorizzano, invece, la ricostruzione del principio di discriminazione per età come principio generale direttamente invocabile: N. Lazzarini, *(Some of) the fundamental rights granted by the Charter may be a source of obligations for private parties: Ams*, in *Cmlr*, 2014, vol. 51, p. 929, e M. Barbera, V. Protopapa, *Il «caso Fiat»: come la tutela antidiscriminatoria riformula il conflitto sindacale*, in *q. Riv.*, 2014, II, p. 164.

(31) V. Sciarabba, *La sentenza Kucukdeveci e le prospettive della giustizia costituzionale europea*, in *www.europeanrights.eu*, 2011.

(32) Questa è la conclusione contenuta in uno dei primi commenti alla sentenza *Ams*: cfr. N. Lazzarini, *Causa C-176/12 Association de médiation sociale: la Corte di Giustizia rompe (... in parte) il silenzio sugli effetti orizzontali della Carta*, in *www.diritticomparati.it*, 2014.

(33) E in questo senso, per tutti, vd. M. Barbera, *Il principio di eguaglianza nel sistema multilivello*, in *www.europeanrights.eu*.

4.1. — *Effetti diretti e mercato del lavoro* — La conclusione raggiunta dai giudici di *Ams* esprime in modo linguisticamente chiaro le ripercussioni che il riconoscimento del principio di non discriminazione per età, in quanto principio generale, ha sui rapporti interprivati. Ma non differisce, né potrebbe farlo, da quanto già contenuto in *Mangold* e in *Kucukdeveci*. Ed è con questa acquisizione che si sono confrontati i giudici milanesi. Per assicurare ai singoli la tutela giurisdizionale derivante dalle norme del diritto dell'Unione e garantirne la piena efficacia (vd. *Kucukdeveci*, punto 47), i giudici milanesi, vista la dizione della disciplina legale nazionale, hanno dovuto, necessariamente, disapplicare la norma in materia di lavoro intermittente. Che il giudice nazionale sia il soggetto più idoneo a valutare la discriminatorietà, per ragioni di età, di misure che, prevalentemente, trovano la loro motivazione in situazioni socio/politiche/economiche nazionali, del resto, è quello che, di fatto, ritiene la Corte di Giustizia. Nella maggior parte dei casi che le sono stati sottoposti (34) la Corte comunitaria, però, rinvia ai tribunali nazionali fornendo una delega interpretativa che ben s'inquadra nei poteri di controllo che derivano dall'art. 6 della Direttiva n. 2000/78. In questo caso, invece, la scelta decisionale dei giudici milanesi non è stata mediata dalla Corte e l'autonomia nel percorso esegetico attribuisce loro il ruolo di giudici eurocomunitari. L'importanza di questo ruolo è particolarmente significativa in casi come questo deciso dalla Corte d'Appello di Milano. La decisione di intervenire direttamente nel mercato del lavoro, accertando se il contratto intermittente (nella parte in cui dispone regole per l'assunzione dei giovani) violi le previsioni antidiscriminatorie in tema di età, significa precisare i limiti all'interno dei quali possono legittimamente operare le politiche nazionali in materia occupazionale. E il riconoscimento della discriminatorietà della disposizione (in questo caso dell'art. 34, d.lgs. n. 276/2003, nella sua dizione originaria) operato dai giudici milanesi costituisce il primo intervento giurisprudenziale che, agendo in tema di tipologie contrattuali, incide sul controllo delle politiche del lavoro tramite il riferimento alla fonte comunitaria. Il principio di non discriminazione diventa, così, un baluardo contro una flessibilità troppo sbilanciata in favore degli interessi privati (35), mentre sul giudice nazionale si trasferisce la responsabilità del processo di comunitarizzazione delle regole in materia di mercato del lavoro (36).

Luciana Guaglianone
*Professore associato di Diritto del lavoro
presso l'Università di Brescia*

(34) Le uniche eccezioni a quanto affermato sono le cause C-411/05, *Palacios de la Villa*, e C-45/09, *Rosenblatt*, nelle quali la Corte di Giustizia decide senza rinvio.

(35) Già F. Guarriello, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 341, aveva ipotizzato che il diritto antidiscriminatorio, derivante dalla recezione delle direttive dell'Ue di seconda generazione, avrebbe potuto costituire «l'ultimo baluardo di garanzia in un regime giuridico che vede in un alto grado di competitività e di convergenze dei risultati economici altrettanti strumenti per assicurare una crescita economica».

(36) In questo senso cfr. L. Calafà, *Giudici (quasi) federali e diritto del lavoro recente*, in *Lav. dir.*, 2014, n. 2-3, p. 459.

CORTE D'APPELLO FIRENZE, 11 luglio 2013 – Pres. Pieri, Est. Liscio – M.R. e L.H.E. Srl (avv. Bava) c. G.D. e B.M. (avv. Bruni) e Consigliera di parità della Regione Toscana (avv. Amoriello).
Conf. Trib. Pistoia, 8 settembre 2012.

Discriminazioni – Molestie sessuali di carattere collettivo – Azione autonoma della Consigliera di parità – Onere della prova – Regime probatorio alleggerito ex art. 40, d.lgs. n. 198/2006 – Applicabilità.

Discriminazioni – Molestie sessuali – Licenziamento discriminatorio di lavoratrice non accondiscendente – Valide dimissioni di altra lavoratrice molestata – Risarcimento del danno non patrimoniale – Azioni giudiziali individuali promosse dalle vittime delle molestie – Regime probatorio alleggerito ex art. 40, d.lgs. n. 198/2006 – Inapplicabilità – Presenza di indizi gravi, precisi e concordanti – Prova delle molestie fornita comunque ex art. 2729 cod. civ.

Danno – Danno non patrimoniale – Necessità di un indennizzo reale ed effettivo per le vittime di discriminazioni sessuali ex art. 18, Direttiva n. 2006/54 – Risarcimento con funzione dissuasiva.

Danno – Danno non patrimoniale – Grave lesione dell'interesse pubblico istituzionalmente tutelato dalla Consigliera di parità – Risarcibilità.

L'art. 40 del d.lgs. n. 198/2006, che stabilisce un «alleggerimento» dell'onere della prova a carico della parte che ricorre contro una discriminazione di sesso, si applica all'azione autonoma esperita dalla Consigliera di parità in un caso di molestie sessuali di carattere collettivo, compiute dal datore di lavoro ai danni di diverse lavoratrici. (1)

Il primo giudice ha errato nel ritenere applicabile l'art. 40 del d.lgs. n. 198/2006 anche alle azioni individuali promosse da due lavoratrici per contestare, rispettivamente, la legittimità del licenziamento e la validità delle dimissioni conseguite alle molestie subite e per ottenere il risarcimento dei danni. Tuttavia l'errore è irrilevante, dato che le molestie sessuali sono state provate dalle ricorrenti in via presuntiva, ex art. 2729 cod. civ., attraverso la deduzione di indizi gravi, precisi e concordanti. (2)

Le plurime molestie compiute dal datore di lavoro nei confronti delle giovani lavoratrici hanno svilito la loro dignità e provocato un danno non patri-

moniale che il giudice deve commisurare in modo tale da assicurare la funzione dissuasiva del risarcimento, come correttamente stabilito nella sentenza appellata. (3)

La gravità della lesione arrecata, con le ripetute e diffuse molestie, alla Consigliera di parità, quale istituzione preposta al contrasto delle discriminazioni di genere, giustifica la consistente quantificazione del danno non patrimoniale riconosciuto a favore della stessa dalla sentenza appellata. (4)

(1-4) MOLESTIE SESSUALI E DANNI NON PATRIMONIALI
CON FUNZIONE DISSUASIVA

SOMMARIO: 1. Molestie sessuali sia individuali che collettive e pesanti condanne risarcitorie emesse nel giudizio di primo grado. — 2. Prova delle molestie e regime probatorio agevolato per le vittime di discriminazioni. — 3. Il risarcimento del danno non patrimoniale preso sul serio: la necessaria funzione dissuasiva dei rimedi antidiscriminatori.

1. — *Molestie sessuali sia individuali che collettive e pesanti condanne risarcitorie emesse nel giudizio di primo grado* — Con la sentenza in epigrafe la Corte d'Appello di Firenze respinge tutte le censure avanzate nei confronti della pronuncia di condanna resa dal Tribunale di Pistoia in un procedimento risultante dalla riunione di tre distinti giudizi avviati contro una società a responsabilità limitata uninominale e il titolare della stessa, responsabile di molestie sessuali denunciate anche in sede penale, da due giovani donne che avevano ivi prestato la propria attività lavorativa e dalla Consigliera regionale di parità della Toscana (1).

Le due lavoratrici, pur accomunate dalla sgradevole esperienza d'essere divenute bersaglio delle indesiderate condotte a connotazione sessuale, sia verbali che fisiche, poste in essere dal titolare della società ricorrente in appello, avevano avuto vicende diverse: quella rimasta alle dipendenze di parte appellante per oltre sei mesi, infatti, era stata assunta con un contratto di apprendistato, risolto con un licenziamento per ragioni formalmente disciplinari a seguito della manifestata indisponibilità ad accettare le proposte sessuali avanzate nei suoi confronti dal non più giovane datore di lavoro; l'altra lavoratrice, reclutata con un contratto per prestazioni occasionali di lavoro autonomo, aveva invece rassegnato le proprie dimissioni dopo appena pochi giorni di attività, ritenendo insostenibile e rischioso il contesto creato intorno a lei dalla sua controparte contrattuale. Parzialmente divergenti erano state pertanto le domande avanzate dalle due donne dinanzi al Tribunale di Pistoia.

(1) Trib. Pistoia, 8 settembre 2012, in q. *Riv.*, 2013, II, pp. 85 ss., con nota di M.C. Cimaglia, *Un'altra freccia nell'arco del diritto antidiscriminatorio: il danno non patrimoniale con funzione dissuasiva*, oltre che in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, pp. 25 ss., con nota di R. Del Punta, *Un caso esemplare di molestie sessuali sul lavoro*.

Alla comune pretesa di veder riconosciuto il carattere simulato del contratto di lavoro stipulato con la società appellante, da un canto, per l'inesistente contenuto formativo del sedicente rapporto di apprendistato e, dall'altro, per l'effettiva natura subordinata dell'attività resa a titolo autonomo, e di ottenere le differenze retributive loro spettanti in conseguenza della corretta qualificazione del rapporto come lavoro subordinato a tempo indeterminato, la prima lavoratrice abbinava infatti la richiesta di reintegrazione nel posto da cui era stata allontanata con un licenziamento discriminatorio e ritorsivo, mentre la seconda la richiesta di annullamento delle dimissioni rassegnate non spontaneamente ma per sottrarsi alle molestie del datore di lavoro; entrambe chiedevano inoltre il risarcimento del danno non patrimoniale provocato dalle condotte a sfondo sessuale tenute illegittimamente nei loro confronti dal titolare della società.

Il risarcimento del danno non patrimoniale veniva domandato anche dalla Consigliera di parità territorialmente competente, nell'ambito dell'azione esperita a titolo proprio, ai sensi dell'art. 37 del d.lgs. n. 198/2006, per far valere la lesione dell'interesse pubblico al rispetto della dignità delle lavoratrici di cui il suo ufficio è garante istituzionale (2), sul presupposto del carattere collettivo delle molestie denunciate, che il responsabile della società convenuta realizzava infatti in modo reiterato e diffuso e che non avevano riguardato solo le due ricorrenti. All'accertamento di questa peculiare forma di discriminazione (3) collettiva la Consigliera di parità chiedeva inoltre che seguisse la condanna della società e del suo titolare alla definizione e attuazione di un piano di rimozione degli illeciti riscontrati, nonché alla notifica del provvedimento giudiziale alle altre lavoratrici legittimate ad agire per il risarcimento del danno causato loro dalle molestie, e alla pubblicazione dello stesso.

Il Tribunale di Pistoia, ritenendo provati la natura schiettamente subordinata dei due rapporti di lavoro, le molestie poste in essere nei confronti delle ricorrenti, la centrale valenza assunta da tali indesiderate condotte rispetto all'avvenuta cessazione dei due contratti di lavoro, e il carattere collettivo della discriminazione perpetrata, condannava le parti convenute, oltre che alla reintegrazione della dipendente colpita dal licenziamento discriminatorio e al pagamento delle differenze retributive derivanti dalla corretta qualificazione dei due rapporti, al risarcimento in solido dei danni non patrimoniali provocati, quantificati in via equitativa in euro 25.000 nel caso della lavoratrice licenziata e della Consigliera di parità, e in euro 40.000, invece, nel caso della lavoratrice dimessasi con un atto collegato senza dubbio alle molestie subite ma giudicato comunque valido (4). Dalla portata superindividuale dell'illecito realizzato, che

(2) Sul ruolo e sui compiti delle Consigliere di parità vd. F. Guarriello, *La nuova disciplina relativa alle consigliere e ai consiglieri di parità*, in M. Barbera (a cura di), *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità. Commentario sistematico al d.lgs. n. 196/2000*, in *Nuove leggi civ.*, 2003, pp. 641 ss.

(3) Sull'equiparazione delle molestie alle discriminazioni vd., prima del recepimento italiano delle indicazioni contenute in proposito nella Direttiva n. 2002/73, D. Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli, 2005, pp. 188 ss.; dopo il d.lgs. n. 145/2005, invece, L. Lazzeroni, *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 399 ss.

(4) Come spiegato dalla sentenza del Tribunale di Pistoia, il maggior importo del risarcimento disposto a favore della lavoratrice che aveva rinunciato al lavoro pur di sottrarsi alle mo-

il nostro ordinamento vuole riflessa sia nell'azione antidiscriminatoria intentabile in piena autonomia dalla Consigliera di parità che nel tipo di rimedio in tal modo conseguibile, i giudici di primo grado facevano inoltre discendere la condanna del datore di lavoro, accanto al già ricordato risarcimento del danno recato all'interesse pubblico presidiato dall'istituzione legittimata *ad causam*, alla comunicazione alle ulteriori vittime delle condotte moleste (individuate in sede di acquisizione delle deposizioni testimoniali) del verdetto emesso a suo carico e, contestualmente, della loro facoltà di esperire azioni giudiziali per la riparazione dei torti subiti.

Contro la sentenza del Tribunale di Pistoia interponeva appello il rappresentante legale della società colpita dalla condanna, che lamentava l'erroneità delle valutazioni compiute dai giudici di prime cure con riguardo soprattutto alla raggiunta prova delle molestie sessuali e all'individuazione e quantificazione dei danni da risarcire, chiedendo in via principale il riconoscimento dell'insussistenza degli illeciti addebitati e in subordine l'esclusione o almeno la riduzione dei danni riconosciuti alle vittime degli stessi.

Come si è anticipato all'inizio del discorso, la Corte d'Appello di Firenze ha tuttavia ritenuto integralmente infondate le obiezioni sollevate nei confronti della pronuncia appellata, confermandone quindi le conclusioni, senza rinunciare peraltro ad alcune prese di distanza e puntualizzazioni (non sempre condivisibili, invero, come si avrà modo di spiegare soffermando l'attenzione sugli aspetti più delicati di questa vicenda giudiziaria, che concernono gli oneri probatori gravanti sulle parti offese dalle condotte sessualmente moleste, da un canto, e la funzione dissuasiva a cui vanno conformate le sanzioni antidiscriminatorie, dall'altro).

2. — *Prova delle molestie e regime probatorio agevolato per le vittime di discriminazioni* — È indubbio che la ragione per cui il legislatore comunitario, in prima battuta, e quello nazionale, di riflesso, hanno stabilito che «sono considerate come discriminazioni» — secondo quanto risulta ora dall'art. 26, comma 2, del d.lgs. n. 198/2006 — fattispecie con connotati strutturalmente diversi dalle discriminazioni di genere quali le molestie sessuali (5) è rappresentata dai vantaggi offerti dalla loro riconduzione entro l'alveo del diritto antidiscriminatorio: vantaggi apprezzabili sul piano probatorio, dato l'alleggerimento dell'onere della prova previsto per chi denuncia giudizialmente discriminazioni di sesso, sul piano dei rimedi ottenibili, che devono soddisfare determinati requisiti di effettività, e anche sul piano istituzionale, per la possibilità delle vittime di contare sul sostegno e sulle iniziative degli organismi pubblici di parità.

lestie del principale è volto in qualche modo a compensare il mancato accoglimento della sua richiesta di declaratoria di nullità delle dimissioni presentate, che sono infatti ritenute immuni da un vizio del consenso giuridicamente apprezzabile, per quanto influenzate dalle intollerabili condotte del datore di lavoro, in linea con l'orientamento giurisprudenziale già formatosi sul punto.

(5) Definite dall'art. 26, comma 2, come «comportamenti indesiderati a connotazione sessuale, espressi in forma fisica, verbale o non verbale, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo». Strutturalmente identica, nonostante il mancato riferimento al carattere sessuale dei comportamenti in questione, è la definizione delle molestie «per ragioni connesse al sesso» contenuta nell'art. 26, comma 1, anch'esse equiparate a discriminazioni di sesso.

Dei vantaggi previsti per compensare la situazione di particolare difficoltà in cui si trovano le vittime di discriminazioni e di molestie il Tribunale di Pistoia mostra nella sua pronuncia piena consapevolezza. Ciò vale, anzitutto, con riguardo alla prova delle condotte sessualmente moleste, in ordine alla quale la sentenza appellata richiama il regime alleggerito *ex art. 40 del d.lgs. n. 198/2006* e gli «elementi estrinseci di carattere statistico» – aggettivo da intendere, come spiegano i giudici pistoiesi richiamando il noto precedente giurisprudenziale sulle discriminazioni sindacali (6), nel «senso atecnico di probabilità di verifica» – utilizzabili per avvalorare la presunta esistenza degli illeciti denunciati, giungendo comunque ad affermare all'esito dell'istruttoria la ricorrenza di indizi «gravi, precisi e concordanti» che sorreggono la veridicità dei fatti lesivi lamentati dalle parti ricorrenti.

Proprio la circostanza che gli elementi acquisiti dai giudici di primo grado soddisfacessero nella sostanza lo *standard* probatorio ordinario stabilito dall'art. 2729 cod. civ., ponendosi quindi ben al di sopra della più bassa asticella fissata dall'art. 40 del codice delle pari opportunità col riferimento a indizi soltanto «precisi e concordanti», ha consentito alla Corte d'Appello fiorentina di confermare la sentenza appellata nonostante l'errore che essa avrebbe commesso in punto di prova – come messo bene in risalto dalla seconda delle massime in epigrafe –, ritenendo il citato art. 40 applicabile non solo all'azione esplicitamente antidiscriminatoria promossa in via autonoma dalla Consigliera di parità, ma anche alle azioni individuali esperite dalle lavoratrici molestate, senza incanalarsi formalmente nei binari giudiziari tracciati per il contrasto alle discriminazioni dal già richiamato codice delle pari opportunità.

La questione merita di essere esaminata con attenzione perché, a parere di chi scrive, a incorrere in errore circa il raggio d'applicazione del regime probatorio alleggerito previsto dall'art. 40 sono stati i giudici d'Appello, anziché quelli di primo grado, e perché inique conseguenze discenderebbero dall'accreditamento dell'impostazione da essi proposta ogniqualevolta, diversamente da quanto accaduto nel caso di specie, l'insieme degli elementi di fatto forniti dai ricorrenti non sia particolarmente robusto e possa quindi integrare la semiprova presuntiva richiesta dall'art. 40 per il passaggio dell'onere difensivo sulle spalle del convenuto, ma non anche la prova presuntiva piena contemplata allo stesso fine dall'art. 2729 cod. civ.

La convinzione espressa nella sentenza della Corte d'Appello di Firenze è che il regime agevolato di prova istituito a tutela delle vittime di discriminazioni e molestie debba applicarsi alle azioni con chiara ed esclusiva «etichetta antidiscriminatoria», come l'azione esercitata nella specifica vicenda dalla Consigliera regionale di parità, mentre non possa entrare in gioco a fronte di domande giudiziali, come quelle formulate singolarmente dalle lavoratrici molestate, che «trovano il loro presupposto nei [...] comportamenti discriminatori» denunciati, ma «volte al risarcimento dei danni così come alla declaratoria di nullità del licenziamento [...] e di annullamento delle dimissioni». Questa convinzione trascura però l'indicazione fornita dal legislatore con il comma 2-*bis* dell'art. 26, inserito nel codice delle pari opportunità per assecondare an-

(6) Si fa riferimento all'ordinanza resa da Trib. Roma 21 giugno 2012, ord., in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, pp. 355 ss., nell'ambito della serrata controversia instauratasi tra Fiom-Cgil nazionale e Fabbrica Italia Pomigliano a seguito della mancata assunzione presso la *new company* del gruppo Fiat dei lavoratori iscritti alla citata organizzazione sindacale.

cora una volta le richieste provenienti dalle fonti dell'Unione europea, il quale impone che siano «considerati come discriminazione i trattamenti meno favorevoli subiti da una lavoratrice o da un lavoratore per il fatto di aver rifiutato i comportamenti molesti descritti «ai commi 1 e 2 o di esservi sottomessi». Rientrano infatti certamente in tale categoria di trattamenti i provvedimenti negativi adottati dal datore di lavoro a seguito della mancata accondiscendenza prestata alle sue proposte sessuali o *avances* moleste dalle vittime delle stesse, come il licenziamento per preteso inadempimento contrattuale intimato alla lavoratrice assunta come apprendista, che il legislatore ha voluto espressamente qualificare come discriminatori, senza limitarsi a decretarne l'invalidità, proprio per agevolare tramite detta qualificazione la tutela giudiziale delle persone vessate da molestie legate al sesso nell'ambito del rapporto di lavoro.

Mentre non avrebbe senso, nella vicenda oggetto della controversia in esame, applicare un alleggerimento all'onere probatorio gravante sulle lavoratrici a proposito di una circostanza del tutto estranea alle molestie denunciate, come l'effettiva natura subordinata del loro rapporto di lavoro, risulta perciò doverosa l'applicazione del regime probatorio agevolato rispetto ad atti e fatti, come il licenziamento dell'apprendista, le dimissioni della collaboratrice autonoma e i danni non patrimoniali subiti da entrambe, ontologicamente connessi dal punto di vista causale alle molestie vietate.

Accanto al difetto appena evidenziato la sentenza d'appello che qui si commenta presenta comunque il merito di valorizzare, più di quanto non avesse fatto la pronuncia di primo grado, grazie anche alla sollecitazione fornita in tal senso dalla pur debole contestazione avanzata dalle parti appellanti, la rilevanza assunta, quale elemento di carattere statistico utile a rinsaldare gli indizi probatori offerti dalle testimonianze di cinque lavoratrici della società posta sotto accusa (oltre che dell'unico teste incautamente chiamato a deporre da quest'ultima), dal serrato *turn-over* tra giovani dipendenti – quasi tutte di sesso femminile – documentato dalla Consigliera di parità. Come efficacemente scritto dai giudici fiorentini, infatti, «la pluralità di rapporti di lavoro di breve durata e il reiterarsi del ricorso alle dimissioni – anche in casi di apparente non giustificazione in termini di opportunità lavorativa [...] – costituiscono già un sinistro indice dell'intollerabilità dell'ambiente lavorativo» in cui erano costrette a muoversi le dipendenti della società appellante.

3. — *Il risarcimento del danno non patrimoniale preso sul serio: la necessaria funzione dissuasiva dei rimedi antidiscriminatori* — La parte meno scontata e dunque giuridicamente più rilevante della vicenda giudiziaria qui illustrata, in attesa di essere conclusa con la pronuncia che sarà presto resa dai giudici di Cassazione, è certamente quella concernente il significativo risarcimento del danno non patrimoniale posto a carico del responsabile delle molestie e della società di cui il medesimo è rappresentante legale per rimediare alla grave lesione recata alla «personalità morale» (per riprendere l'antica formula dell'art. 2087 cod. civ.) delle due lavoratrici, da un canto, e ai valori di eguaglianza e di rispetto della dignità delle persone indipendentemente dal loro genere di cui le Consigliere di parità sono garanti istituzionali, dall'altro.

Tale risarcimento, raggiungendo nel complesso la cospicua soglia di euro 90.000, nega infatti alla radice ogni possibile lettura «riduzionista» di quei «comportamenti indesiderati a connotazione sessuale» messi al bando dall'art. 26 del d.lgs. n. 198/2006 e contrastati con forza dalla Direttiva europea sulla parità tra uomini e donne n.

2006/54, ma ancora massicciamente presenti in molti ambienti lavorativi. Inoltre, ma certo non secondariamente, con il suo consistente ammontare il risarcimento imposto in relazione ai danni non patrimoniali lamentati dalle lavoratrici molestate e dall'organismo di parità sembra assumere in concreto una valenza non distante da quella funzione sanzionatorio-punitiva che il nostro ordinamento, complice anche lo spettro rappresentato dall'esperienza nordamericana dei *punitive damages* (7), fatica a ritenere caricabile sulle spalle della responsabilità civile (8).

Il percorso che ha condotto il Tribunale di Pistoia a emettere la condanna in solido del datore di lavoro molestatore, ex artt. 2043 e 2059 cod. civ., e della società da lui rappresentata, ex art. 2087 cod. civ. rispetto alle lavoratrici ed ex art. 2049 cod. civ. rispetto alla Consigliera di parità, è illustrato in modo ordinato e convincente nella motivazione della pronuncia. Indicate puntualmente le basi normative e giurisprudenziali che sorreggono la risarcibilità in astratto dei danni non patrimoniali lamentati dalle parti ricorrenti, in particolare, i giudici di prime cure affermano che per realizzare il passaggio alla loro risarcibilità in concreto è sufficiente la dimostrazione delle molestie sessuali denunciate: tali condotte, infatti, determinano nei confronti delle donne che ne sono destinatarie «una sofferenza la cui esistenza nell'*an* è immediatamente apprezzabile in dipendenza della natura dei beni lesi e delle caratteristiche della violazione», e risultano del resto anche «idonee a pregiudicare nella maniera più immediata l'interesse pubblico presidiato dalla funzione che la Consigliera ricopre».

È solo dopo aver chiuso la questione dell'*an* del danno da risarcire e si tratta quindi di definirne il *quantum* che i giudici di Pistoia chiamano in causa l'art. 18 della Direttiva sulla parità tra uomini e donne n. 2006/54 per far discendere dall'obbligo di matrice europea di assicurare alle vittime di discriminazioni basate sul sesso «un indennizzo o una riparazione reali ed effettivi, [...] stabiliti in modo tale da essere dissuasivi e proporzionati al danno subito», la necessità di quantificare il risarcimento del danno non patrimoniale spettante alle parti ricorrenti – danno caratterizzato da un'«ontologica incommensurabilità economica», come viene scritto nella sentenza – in termini tali da garantirne la genuina funzione deterrente. Per questa ineccepibile via essi giungono dunque a determinare in euro 25.000 e in euro 40.000 l'entità dei danni causati rispettivamente alla lavoratrice licenziata da reintegrare e a quella dimessasi pur di evitare le condotte moleste e rimasta senza lavoro, avuto riguardo «al primario rilievo del bene leso (la loro dignità personale)» e «all'intensità del disagio e della sofferenza [...], secondo un criterio di normalità psicologica» (9), e ancora in euro 25.000 l'entità del danno recato alla Consigliera regionale di parità, considerato il carattere reiterato delle molestie e la riprovevolezza anche del comportamento processuale tenuto dal datore di lavoro convenuto.

(7) Vd. in proposito P. Pardolesi, *Danni punitivi: frustrazione da «vorrei ma non posso»?», in Riv. crit. dir. priv.*, 2007, pp. 344 ss.

(8) Per un chiaro inquadramento dell'articolata questione vd. il denso saggio di F.D. Busnelli, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, pp. 909 ss.

(9) Sulla correttezza dell'assunzione a riferimento del parametro della *reasonable victim* nelle valutazioni implicanti il confronto con la sfera soggettiva dei destinatari delle molestie vd. D. Izzi, *Molestie sessuali e rapporti di lavoro*, in *Lav. dir.*, 1995, pp. 285 ss.

Questi non irrisoni importi vengono tutti confermati dalla sentenza d'appello che qui si commenta, la quale ritiene però estraneo al raggio d'azione del citato art. 18, e quindi al necessario requisito di efficacia dissuasiva, il risarcimento del danno non patrimoniale previsto a favore della Consigliera di parità. La Corte d'Appello fiorentina pare così indebolire lo *status* giuridico del rimedio risarcitorio adottabile, come già riconosciuto dai giudici di Cassazione (10), per la lesione dell'interesse pubblico al superamento delle discriminazioni di genere di cui i Consiglieri di parità sono rappresentanti istituzionali, con una presa di posizione che non pare invero in piena sintonia con il diritto sovranazionale.

Se è vero, infatti, che la Direttiva n. 2006/54 non impone agli Stati membri di attribuire a un organismo pubblico antidiscriminatorio il potere di agire autonomamente in giudizio e, di conseguenza, non contempla un indennizzo o una riparazione riferiti a quella specifica ipotesi, è d'altra parte altrettanto vero che ove un'azione giudiziale esperibile dall'organismo di parità a titolo proprio sia prevista, come nel nostro ordinamento, e in tale contesto sia contemplato il risarcimento del danno non patrimoniale (esattamente come avviene nell'art. 37 del d.lgs. n. 198/2006), il criterio comunitario di comparabilità delle sanzioni irrogabili per violazioni di equivalente portata (11) sembra rendere incongruo privare il rimedio risarcitorio disposto a favore dell'attore istituzionale di quell'efficacia dissuasiva che è invece imposta dalla stessa direttiva per il risarcimento del danno non patrimoniale a favore della specifica vittima della discriminazione o molestia.

Daniela Izzi
*Professore associato di Diritto del lavoro
presso l'Università di Torino*

(10) Vd. Cass., Sez. pen. VI, 5 febbraio 2009, n. 16031, in *banca dati De Jure*, che ha riconosciuto la legittimazione della Consigliera di parità del Piemonte a costituirsi parte civile nel procedimento penale instaurato contro la società accusata di consentire sistematiche molestie nei confronti delle sue dipendenti per ottenere il risarcimento del danno recato all'interesse proprio del suo ufficio. Su tale pronuncia vd. il commento di M. Cunati, *Discriminazioni di genere e tutela giurisdizionale: la legittimazione ad agire della Consigliera di parità in sede penale*, in *Dir. rel. ind.*, 2009, pp. 269 ss.

(11) Sul requisito di comparabilità come espressione del generale parametro di effettività delle sanzioni richieste dal diritto comunitario vd. M. Roccella, *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 195 ss.

I

TRIBUNALE MILANO, 30 aprile 2014, Sez. lav., ord. – Est. Lombardi – S.L. (avv.ti. A. Civitelli, V. Civitelli) c. Edil service Scarl (avv. Loschiavo).

Licenziamento individuale – Licenziamento orale – Lettera di dimissioni – Onere della prova legge n. 92/2012 – Mancata prova della convalida – Mancata prova invito del datore – Inefficacia dimissioni.

A fronte dell'allegazione di un licenziamento verbale da parte del lavoratore, quest'ultimo è tenuto a dimostrare la sola estromissione dal rapporto di lavoro; se il datore eccepisce l'esistenza di dimissioni volontarie deve dare prova anche della avvenuta convalida delle stesse o della notificazione dell'invito al prestatore di lavoro, secondo le modalità indicate dalla legge n. 92/2012. In caso contrario, le dimissioni sono inefficaci e non può dirsi assolto l'onere probatorio gravante sul datore ai sensi dell'art. 2697, comma 2, cod. civ. (2)

II

TRIBUNALE ROMA, 17 settembre 2013, Sez. lav., ord. – Est. Leone – M.P. (avv. Muggia) c. Co.Ge.Pli. Srl.

Licenziamento individuale – Licenziamento orale – Dimissioni – Onere della prova lavoratore – Estromissione dal rapporto – Onere della prova datore – Esistenza dimissioni – Eccezione in senso stretto – Legge n. 92/2012 – Prova della convalida dimissioni.

Il lavoratore che deduca di essere stato licenziato oralmente è tenuto a dimostrare l'esistenza del rapporto e la cessazione dello stesso; l'eventuale esistenza delle dimissioni deve formare oggetto di specifica eccezione da parte del datore, il quale è gravato di un ulteriore vincolo sul piano probatorio a seguito della procedimentalizzazione dell'istituto delle dimissioni realizzata dalla legge n. 92/2012. (1)

(1-2) LICENZIAMENTO ORALE E DIMISSIONI:
SULLA RIPARTIZIONE DELL'ONERE DELLA PROVA

1. — Le pronunce in epigrafe ritornano sul tema dell'onere della prova gravante in capo al lavoratore che si dolga di essere stato licenziato oralmente. In entrambi i casi in esame il ricorrente agisce in giudizio (ai sensi dell'art. 1, commi 47 ss., legge n. 92/2012) deducendo di essere stato licenziato verbalmente e chiedendo che venga dichiarata l'illegittimità del licenziamento, con conseguente reintegrazione nel posto di lavoro, oltre al risarcimento del danno.

Sia il Tribunale di Roma che il Tribunale di Milano accolgono il ricorso, aderendo entrambi al prevalente orientamento giurisprudenziale in base al quale il prestatore di lavoro che lamenti di aver subito un licenziamento orale è tenuto a dimostrare unicamente la propria estromissione dal rapporto. L'eventuale controdeduzione del datore in ordine alla esistenza di dimissioni ha valenza di eccezione in senso stretto e deve essere provata dall'eccepiente, ai sensi dell'art. 2697, comma 2, cod. civ.

In nessuno dei due casi commentati il datore ha assolto il proprio onere probatorio: nella fattispecie sottoposta al vaglio del giudice capitolino le dimissioni non sono state neppure eccepite, essendo rimasta contumace la società convenuta; nell'ipotesi giudicata dal Tribunale di Milano il datore ha comunicato al centro per l'impiego le presunte dimissioni, ma non ha dato prova dell'avvenuta convalida delle stesse o della notificazione dell'invito al lavoratore, secondo le modalità previste dall'art. 4, commi 17-20, legge n. 92/2012. Le dimissioni devono, pertanto, ritenersi inefficaci.

2. — Licenziamento e dimissioni rappresentano l'atto unilaterale mediante il quale, rispettivamente, datore e lavoratore esercitano il proprio diritto di recesso dal rapporto di lavoro. Il licenziamento, ai sensi dell'art. 2, legge n. 604/1966, deve essere intimato per iscritto a pena di inefficacia; le dimissioni, invece, non sono assoggettate *ex lege* ad alcun vincolo di forma e possono essere rassegnate anche oralmente o per *facta concludentia* (La contrattazione collettiva, tuttavia, in alcuni settori ha introdotto obblighi formali e ha, altresì, regolamentato la fattispecie delle dimissioni per comportamenti concludenti. Su quest'ultimo aspetto, cfr. Cass. 2 luglio 2013, n. 16507, con nota di G. Centamore, *Ancora sulle clausole del contratto collettivo di dimissioni per facta concludentia*, in *Arg. dir. Lav.*, 2014, II, pp. 167 ss.).

Possono, quindi, sorgere dubbi in ordine al *quomodo* della risoluzione del rapporto quando il lavoratore agisca in giudizio dolendosi di essere stato licenziato verbalmente e il datore controdeduca l'esistenza di dimissioni orali o per comportamenti concludenti. In tali ipotesi, ai sensi dell'art. 2697, comma 1, cod. civ. incomberebbe sul lavoratore-attore l'onere di provare il fatto su cui si fonda la propria domanda, pena la soccombenza, in ossequio alla regola *actore non probante reus absolvitur*.

Siffatta ricostruzione, che mal si attaglia al principio del *favor laboratoris* riconosciuto nel nostro ordinamento giuridico, è stata superata in giurisprudenza da un indirizzo — a oggi prevalente — che rende meno gravoso l'*onus probandi* in capo al prestatore di lavoro.

A tale orientamento aderiscono i giudici nelle pronunce in commento, richiamando pedissequamente i principi elaborati dalla Corte di Cassazione secondo la quale «qualora il lavoratore deduca di essere stato licenziato oralmente e faccia valere in giu-

dizio la inefficacia o invalidità di tale licenziamento, mentre il datore di lavoro deduca la sussistenza di dimissioni del lavoratore, il materiale probatorio deve essere raccolto, da parte di giudice di merito, tenendo conto che, nel quadro della normativa limitativa dei licenziamenti, la prova gravante sul lavoratore è limitata alla sua estromissione dal rapporto, mentre la controdeduzione del datore di lavoro assume la valenza di un'eccezione in senso stretto, il cui onere probatorio ricade sull'eccepiente ai sensi dell'art. 2697, comma 2, cod. civ.» (Cfr. Cass. 19 ottobre 2011, n. 21684, in *Mass. giust. civ.*, 2011, n. 10, p. 1482, richiamata nelle pronunce in commento; più risalente cfr. Cass. 11 marzo 1995, n. 2853, con nota di A. Vallebona, *L'onere della prova nella estinzione del rapporto*, in *Mass. giur. lav.*, 1995, n. 1, p. 407, il quale critica la soluzione accolta dalla Suprema Corte. In senso contrario al citato indirizzo giurisprudenziale maggioritario cfr. Cass. 16 maggio 2001, n. 6727, in *Mass. giust. civ.* 2001, p. 983, e Cass. 21 settembre 2000, n. 12520, in *Mass. giust. civ.*, 2000, p. 1971, che pongono in capo al lavoratore l'onere di provare il licenziamento dedotto e non la mera estromissione dal rapporto. Inoltre, in dottrina cfr. P. Alleva, *L'onere della prova nel dilemma giudiziario tra dimissioni orali e licenziamento orale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, pp. 349 ss., il quale giunge alla conclusione per cui, qualora non risulti provato né il licenziamento orale né le eccepite dimissioni, il giudice non potrà ritenere realizzatosi l'effetto estintivo ma dovrà considerare ancora in vita il rapporto; *contra*, G. Frus, *Sulla ripartizione dell'onere della prova in ordine all'inefficacia del licenziamento ex art. 2 della legge n. 604/1966 e sulla tempestività della sua impugnazione*, in *q. Riv.*, 1983, I, p. 429. Recentemente, in tema di ripartizione dell'onere della prova quando sia controverso il *quomodo* della risoluzione del rapporto – licenziamento orale o dimissioni –, cfr. M. Salvagni, *Questioni in tema di qualificazione del rapporto di lavoro e onere della prova nel caso di asserite dimissioni*, in *q. Riv.*, 2012, n. 4, II, pp. 773 ss., e F. Aiello, *Licenziamento orale dimissioni e onere della prova*, in *q. Riv.*, 2009, n. 3, II, pp. 583 ss.).

Il giudice capitolino, inoltre, riportando la tesi cui è pervenuta la giurisprudenza di legittimità, precisa che «in ordine al *quomodo* della risoluzione del rapporto (licenziamento orale o dimissioni) si impone una indagine accurata da parte del giudice di merito, che tenga adeguato conto del complesso delle risultanze istruttorie, in relazione anche all'esigenza di rispettare non solo il comma 1 dell'art. 2697 cod. civ., relativo alla prova dei fatti costitutivi del diritto fatto valere dall'attore, ma anche il comma 2 che pone a carico dell'eccepiente la prova dei fatti modificativi o estintivi del diritto fatto valere dalla controparte. Sicché, in mancanza di prova delle dimissioni, l'onere della prova concernente il requisito della forma scritta del licenziamento (prescritta *ex lege* a pena di nullità) resta a carico del datore di lavoro...» (Cfr. Cass. 27 agosto 2007, n. 18087, in *Not. giurispr. lav.*, 2008, n. 1, p. 108; più di recente, nello stesso senso, cfr. Cass. 10 settembre 2012, n. 15103, in *www.pluris-cedam.utetgiuridica.it*. Peraltro, con riferimento all'indagine del giudice circa la sussistenza delle dimissioni del lavoratore, la Corte di Cassazione ha più volte affermato che essa «deve essere rigorosa, essendo in discussione beni giuridici primari, oggetto di particolare tutela da parte dell'ordinamento, sicché occorre accertare che da parte del lavoratore sia stata manifestata in modo univoco l'incondizionata volontà di porre fine al rapporto stesso»; cfr., tra le ultime, Cass. 9 aprile 2014, n. 8361, in *www.iusexplorer.it*).

In virtù dell'insegnamento della Suprema Corte, il Tribunale di Roma precisa che «la prova della esistenza del rapporto e della cessazione dello stesso esaurisce gli oneri

incombenti sul lavoratore. L'eventuale esistenza di dimissioni deve invece costituire oggetto di specifica eccezione di parte datoriale. Tale assunto risulta ulteriormente rafforzato dalla nuova disciplina in tema di dimissioni introdotta dalla legge n. 92/2012». Al riguardo – osserva il giudice – la prova delle dimissioni deve essere «ancor più pregnante e specifica sulla esistenza di convalida o dichiarazione da parte del lavoratore». Pertanto, il ricorso viene accolto, dovendosi ritenere provato il recesso datoriale e la sua illegittimità: il lavoratore ha dimostrato l'esistenza del rapporto e ha allegato il licenziamento orale assolvendo, in tal modo, il proprio onere probatorio «soprattutto con riguardo alla presente sede processuale ispirata a ragioni di sommarietà»; d'altra parte, la società convenuta, rimasta contumace, non ha eccepito né conseguentemente provato l'eventuale esistenza delle dimissioni e della relativa convalida o della dichiarazione del prestatore di lavoro.

Ad analoghe conclusioni giunge il giudice meneghino. Nella vicenda sottoposta al suo esame, pur sussistendo presunte dimissioni rassegnate per iscritto dal lavoratore (delle quali, tuttavia, il ricorrente disconosce la paternità), il Tribunale ritiene che le stesse non possano considerarsi efficaci, non avendo il datore dimostrato in giudizio di aver svolto i necessari adempimenti (convalida o notificazione dell'invito al lavoratore) previsti dalla legge n. 92/2012. Sicché, alla luce del citato indirizzo della Corte di Cassazione in tema di ripartizione dell'onere della prova, il giudice meneghino afferma che «deve ritenersi inassolto l'onere probatorio gravante su parte resistente, a fronte delle allegazioni secondo cui il licenziamento sarebbe stato intimato oralmente in data 20 settembre 2013, avente a oggetto controdeduzioni e controallegazioni idonee a destituire di fondamento la tesi di parte ricorrente».

3. — Come è noto, a seguito delle modifiche introdotte dalla cd. riforma Fornero, l'atto di recesso del lavoratore non è più idoneo *ex se* a produrre l'effetto estintivo del rapporto. Il legislatore del 2012 – come puntualmente evidenziato dal Tribunale di Roma nella ordinanza in epigrafe – ha realizzato una «significativa proceduralizzazione» dell'istituto delle dimissioni, condizionando l'efficacia e la validità delle stesse «a un percorso articolato». Di conseguenza, il datore che, a fronte di un licenziamento verbale, voglia eccepire che il rapporto si è risolto per effetto del recesso del prestatore di lavoro sarà assoggettato a un ulteriore vincolo sul piano probatorio.

In particolare, pur senza prescrivere alcun obbligo di forma scritta, l'art. 4, commi 17-23, legge n. 92/2012, detta una peculiare disciplina (estesa, *ex d.l.* n. 76/2013, anche ai lavoratori impegnati con contratti di collaborazione coordinata e continuativa, anche a progetto, e con contratti di associazione in partecipazione) che subordina l'efficacia delle dimissioni (nonché della risoluzione consensuale) al verificarsi di una condizione sospensiva rappresentata, alternativamente, dalla convalida delle stesse in una delle sedi individuate al comma 17 o dalla sottoscrizione, da parte del lavoratore, di apposita dichiarazione apposta in calce alla ricevuta di trasmissione della comunicazione di cessazione del rapporto di lavoro. In caso di inerzia del prestatore, il datore, entro trenta giorni dalla data delle dimissioni, può invitare il lavoratore affinché provveda alla convalida o alla sottoscrizione secondo le modalità indicate. Trascorsi inutilmente sette giorni dall'invito, il rapporto si intende risolto. Durante questo lasso di tempo il prestatore di lavoro ha diritto a un ripensamento, potendo revocare le dimissioni. La revoca, *ex art.* 4, comma 21, «può essere comunicata in forma scritta». Atte-

rendosi strettamente al dato letterale, la comunicazione della revoca potrebbe avvenire anche oralmente o per fatti concludenti. Una simile lettura, tuttavia, potrebbe determinare gravi ripercussioni in termini di certezza del diritto; pertanto, si è ritenuta preferibile una interpretazione della norma che limiti la facoltà del lavoratore alla scelta di recedere o meno dal rapporto, rimanendo, il medesimo, eventualmente, vincolato a presentare le proprie dimissioni in forma scritta (Cfr. A. Vallebona, *La riforma del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 80).

Ai sensi del comma 22 il mancato rispetto di una delle suddette procedure comporta che le dimissioni siano prive di effetto (Pur in assenza di una espressa indicazione sul punto, si ritiene che, «in qualunque momento, il lavoratore potrà ripresentarsi per una ricostituzione funzionale del rapporto»: cfr. A. Levi, *Contratto di lavoro e recesso del dipendente*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 103). Sicché – come rilevato dal giudice meneghino – anche quando il datore sia in possesso di una presunta lettera di dimissioni sottoscritta dal dipendente, egli sarà tenuto a dare prova degli ulteriori adempimenti individuati dalla legge n. 92/2012.

Del resto, le modifiche introdotte dal legislatore del 2012 sono precipuamente finalizzate a porre un freno alla prassi delle cd. «dimissioni in bianco» (Il comma 23 del menzionato art. 4 prevede una sanzione amministrativa nel caso in cui il datore abusi del foglio firmato in bianco dal lavoratore al fine di simularne le dimissioni o la risoluzione del rapporto). Mosso dal medesimo obiettivo, già in passato il legislatore aveva condizionato il recesso del lavoratore a specifici vincoli di ordine formale. L'art. 1, legge 17 ottobre 2007, n. 188 – integrato dalla successiva regolamentazione ministeriale –, imponeva che le dimissioni fossero presentate, a pena di nullità, su appositi moduli dotati di un codice alfanumerico progressivo di identificazione, con validità massima di quindici giorni. Tale disciplina ha rivelato in fase di applicazione notevoli criticità, cosicché la legge n. 188/2007 è stata abrogata dopo meno di un anno dalla sua entrata in vigore ex art. 39, comma 10, lett. l, d.l. n. 112/2008, convertito in legge n. 133/2008 (Cfr. G. Pellacani, *La disciplina delle dimissioni volontarie: considerazioni critiche e prime applicazioni*, in *Guida lav.*, 2008, n. 10, pp. 17 ss.; cfr. altresì M. Del Conte, *Dimissioni del lavoratore: libertà di forma e primato della volontà*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, I, pp. 347 ss., il quale oltre a mettere in risalto le contraddizioni della legge del 2007, analizza il disegno di legge del 9 luglio 2008, n. 884, volto, anch'esso, a contrastare il fenomeno delle «dimissioni in bianco»).

Pur distinguendosi sul piano dei contenuti dalla precedente esperienza del 2007 (La procedura indicata all'art. 4 della legge n. 92/2012 ricalda, piuttosto, il meccanismo di convalida già prescritto dall'art. 55, d.lgs. n. 151/2001, in materia di dimissioni della lavoratrice madre o del lavoratore padre), la disciplina attualmente vigente presenta alcune aporie: ad esempio, nel silenzio della legge non appare chiaro quale sia l'ambito territoriale rispetto al quale individuare le competenti sedi ove effettuare la convalida, né viene precisato quale debba essere il contenuto della dichiarazione da apporre in calce alla ricevuta di cui al comma 18. Inoltre, il termine massimo di sette giorni concesso al lavoratore affinché possa revocare le dimissioni può risultare non sufficientemente congruo [Per una trattazione più diffusa in merito ai «punti di sofferenza» della normativa *de qua*, cfr. C. Balducci, M.L. Serrano, *La nuova disciplina delle dimissioni e la risoluzione consensuale*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 768-

769; cfr. altresì R. Caragnano, G. Caruso, *La nuova disciplina delle dimissioni in bianco*, in M. Magnani, M. Tiraboschi, *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92, recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 336-337].

Nell'ottica di snellire l'articolata procedura prevista dalla riforma del 2012 è stato presentato un disegno di legge «in materia di modalità per la risoluzione consensuale del contratto di lavoro per dimissioni volontarie» che mira a sostituire la normativa attualmente vigente introducendo un meccanismo che ripropone in parte quanto previsto dalla abrogata legge n. 188/2007 (Per un attento esame del testo del d.d.l. n. 1409 cfr. O. Dessi, *Riflessioni sulle recenti «vicende» normative delle dimissioni*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, 2014, n. 222, pp. 19 ss.) Il d.d.l. n. 1409 del 2013 (insieme al d.d.l. n. 183, al d.d.l. n. 103 e al d.d.l. n. 203 del 2013, anch'essi in materia di dimissioni) è attualmente al vaglio del Senato della Repubblica congiuntamente al d.d.l. n. 1428 del 2014 (cd. *Jobs Act*).

4. — Le ordinanze in epigrafe si inseriscono nel solco del consolidato indirizzo giurisprudenziale che individua una distribuzione dell'onere della prova che ha il pregio di garantire un'effettiva tutela al lavoratore licenziato verbalmente, sottraendolo alla *probatio diabolica* dell'esistenza del licenziamento orale.

Come emerge dalla pronunce commentate, la posizione del prestatore di lavoro risulta ulteriormente rafforzata per effetto delle novità introdotte dalla cd. riforma Fornero, che predispone una disciplina delle dimissioni finalizzata a scoraggiare un utilizzo distorto dell'istituto, rendendo, altresì, più gravoso l'onere della prova incombente sul datore di lavoro.

D'altro canto, non può sottacersi che la nuova procedura, sotto alcuni aspetti poco chiara e troppo farraginoso, rischia di disorientare non solo l'interprete, ma anche le parti del rapporto di lavoro che debbano concretamente avvalersi dei meccanismi introdotti dalla novella del 2012. Si ritiene, dunque, auspicabile un intervento di riforma ispirato a una semplificazione che, però, mantenga intatto l'intento di arginare i comportamenti datoriali posti in essere in frode alla legge.

Luisa Monterossi
*Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro
presso la «Sapienza» Università di Roma*

TRIBUNALE ROMA, 18 aprile 2014, Sez. lav., ord. – Est. Marocco – C.D. (avv. Grassi) c. P.S. (avv. Canepuccia).

Lavoro autonomo – Collaborazione coordinata e continuativa – Assenza di requisiti – Rapporto di lavoro subordinato – Sussistenza – Licenziamento nullo – Reintegrazione del lavoratore.

In forza del combinato disposto degli artt. 61 e 69, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, la fattispecie astratta posta dagli artt. 2094 ss. cod. civ. è da considerarsi come tipo generale per il governo dei rapporti di lavoro, mentre le ipotesi di collaborazione devono essere regolate in forma scritta e con piena soddisfazione degli specifici requisiti positivamente previsti; ove vi sia difetto genetico di causa, perché il negozio, che si vorrebbe di lavoro atipico, si discosta dalla forma di legge, vi è presunzione legale – quindi assoluta – della natura dipendente del rapporto. (1)

(1) LA PRECARIZZAZIONE DEL MONDO DEL LAVORO: LE COLLABORAZIONI FASULLE E IL «SOTTOBOSCO» DELLE PARTITE IVA

SOMMARIO: 1. Il caso. — 2. La precarizzazione del lavoro e della vita delle persone. — 3. L'erosione delle tutele.

1. — *Il caso* — La vicenda trae origine dalla utilizzazione abusiva e non formalizzata del contratto di collaborazione coordinata e continuativa in un caso pacifico di rapporto di lavoro qualificabile come rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

La precarizzazione e l'abbassamento delle tutele, infatti, è in atto da anni ed è (ed è stata) realizzata in vari modi, sia mediante il decentramento produttivo, esternalizzazioni in frode alla legge, delocalizzazioni, ricorso ad appalti illeciti, nonché mediante l'abuso di simulati lavori a progetto o autonomi, con partite Iva e mediante lo svilimento di ogni forma di professionalità.

In sintesi, anche da una attenta disamina della casistica giurisprudenziale – compreso il caso in questione – e da un'osservazione critica dell'utilizzo concreto delle diverse forme contrattuali, soprattutto autonome, emerge che il ricorso frequente a certe tipologie contrattuali di lavoro parasubordinato rimandi, il più delle volte, a tentativi di elusione della normativa del lavoro.

Il ricorso all'«apparente» rapporto di lavoro autonomo si può facilmente comprendere ed è individuabile nella volontà da parte del datore di lavoro di sottrarsi al regime di tutele derivanti dall'instaurazione di un regolare rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato (1); tutele operanti sia durante lo svolgimento del rappor-

(1) Si veda in particolare P.G. Alleva, *Per una vera riforma del lavoro a progetto*, in G. Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Ediesse, Roma, 2004, pp. 333 ss.; Id., *Ricerca*

to di lavoro con riferimento al trattamento economico e normativo, sia con riguardo al licenziamento invalido e/o illegittimo.

L'abuso da parte del datore di lavoro si è addirittura tradotto nella negazione del diritto di una lavoratrice a proseguire il proprio rapporto di lavoro; negazione posta in essere anche con modalità assolutamente incivili e lesive della dignità della persona che lavora.

Più precisamente, si tratta di un caso in cui una lavoratrice – considerata e trattata dal datore di lavoro come collaboratrice occasionale – era rientrata al lavoro da un periodo di malattia e aveva trovato cambiata la serratura del locale presso cui lavorava.

Questo è lo scenario che si è venuto a configurare. La lavoratrice, dopo essersi vista negate durante lo svolgimento di fatto di un rapporto di lavoro subordinato le tutele a lei spettanti di diritto (ivi inclusa la regolarizzazione contributiva), si vedeva buttata fuori dal posto di lavoro, senza giustificazioni di sorta.

La lavoratrice, infatti, aveva lavorato senza formalizzazione alcuna del rapporto di lavoro nel periodo compreso fra il 1° maggio 2012 e l'8 agosto 2013, secondo modalità proprie del rapporto di lavoro subordinato.

In ogni caso – come correttamente rilevato dal Tribunale di Roma nella decisione in esame –, indipendentemente dalle modalità concrete di svolgimento del rapporto, ogni qualvolta «le ipotesi di collaborazione non siano in forma scritta e con piena soddisfazione dei requisiti specifici positivamente previsti e ove vi sia difetto genetico di causa, perché il negozio, che si vorrebbe di lavoro atipico, si discosta dalla forma di legge, vi è presunzione legale – quindi assoluta – della natura dipendente del rapporto di lavoro».

A tale riguardo, il comma 1 dell'art. 69 del d.lgs. n. 276/2003 non lascia spazio a dubbi di sorta, sancendo la presunzione assoluta della natura subordinata del rapporto originato da un contratto *ex art.* 61, del d.lgs. n. 276/2003, privo di progetto.

D'altra parte, come osservato nella sentenza considerata, non può operare nel caso *de quo* neppure l'eccezione dei rapporti di collaborazione occasionali, in quanto tali non suscettibili di essere convertiti in rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Tuttavia, questa eccezione opera solo nel caso in cui si tratti di rapporti occasionali genuini ovvero quando ricorrano forme di collaborazione caratterizzate da scarsa redditività o di breve durata.

Si allude, per l'esattezza, alle prestazioni occasionali (di cui al comma 2 dell'art. 61, d.lgs. n. 276/2003), intendendosi per tali i rapporti di durata complessiva non superiore a trenta giorni nel corso dell'anno solare ovvero, nell'ambito dei servizi di cura e assistenza alla persona, non superiore a 240 ore, con lo stesso committente, salvo che il compenso complessivamente percepito nel medesimo anno solare sia superiore a 5 mila euro.

Tale previsione, in verità, si pone in perfetta sintonia con gli obiettivi previsti nei trattati comunitari, preordinati al miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, all'incremento dell'occupazione e al miglioramento delle condizioni di vita negli Stati membri (2), nonché con i principi sanciti nelle direttive comunitarie e consolidati

e analisi dei punti critici del decreto legislativo n. 276/2003 sul mercato del lavoro, in q. *Riv.*, 2003, I, pp. 887 ss.

(2) M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, Padova, 2012.

nella giurisprudenza interna e comunitaria, secondo i quali la regola è rappresentata dal contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, in quanto idoneo a garantire meglio la qualità di vita del lavoratore e il miglior rendimento; e ciò perché le forme di collaborazione sono contraddistinte da tratti di maggior precarietà e insicurezza e, comunque, non assicurano la stabilità del posto e la retribuzione sufficiente a garantire al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa ai sensi dell'art. 36 Cost.

Orbene, la lavoratrice non solo aveva lavorato più di 30 giorni in ciascun anno solare, ma aveva, altresì, percepito circa 1.000-1.200 euro al mese, quindi aveva superato le 5.000 euro per anno solare di riferimento, come richiesto per le prestazioni occasionali.

Di conseguenza, la lavoratrice si è vista correttamente reintegrare, considerata l'inefficacia del licenziamento intimato in violazione dell'art. 2, legge n. 604/66, ovvero viziato formalmente, oltre che non sorretto da motivazione, per porre fine a un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Difatti, solo la prestazione occasionale *ex* art. 61, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003 è qualificata come collaborazione coordinata e continuativa, sottratta all'obbligo della «riconducibilità a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso determinati dal committente», in quanto di durata complessiva non superiore a 30 giorni nel corso dell'anno solare con lo stesso committente, sempre che dal medesimo committente il lavoratore non percepisca un compenso superiore ai 5.000 euro. Per quanto concerne le altre collaborazioni coordinate e continuative, occorre un progetto in mancanza del quale scatta la sanzione della conversione automatica della collaborazione in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato (3).

(3) *Ex pluribus*, Trib. Napoli 4 luglio 2012, n. 19891, in *De Jure*, ove si legge: «Il rapporto di lavoro con descrizione del contenuto delle mansioni attribuite, dell'obiettivo che si intende raggiungere e delle attività prodromiche e funzionali al suo conseguimento, con la generica collaborazione nello svolgimento dell'attività imprenditoriale del committente, non può identificarsi come lavoro a progetto. Il progetto deve, infatti, essere dotato di una compiutezza e autonomia da parte del lavoratore con propria prestazione e reso all'impresa quale adempimento della propria obbligazione lavorativa. La mancanza dunque di un progetto specifico o fase di lavoro non può configurare lavoro a progetto, con la conseguente trasformazione del rapporto di lavoro a progetto in rapporto di lavoro a tempo indeterminato»; Trib. Milano 17 maggio 2012, in *www.ildirittoamministrativo.net*, per cui: «Qualora un ente pubblico economico costituisca rapporti di collaborazione coordinata e continuativa privi di progetto sull'erroneo presupposto dell'inapplicabilità della disciplina del contratto a progetto, i relativi rapporti devono ritenersi convertiti in rapporto di lavoro subordinato *ex* art. 69, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276; tale effetto si determina anche qualora il prestatore sia iscritto a un albo professionale allorché le mansioni da questi concretamente svolte non sono quelle per le quali è necessaria l'iscrizione (nella specie il collaboratore/dipendente, benché iscritto all'albo degli psicologi, svolgeva mansioni di insegnante in materie psicologiche)»; Trib. Milano 10 novembre 2011, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2011, p. 874, secondo cui: «Ove il progetto si caratterizzi per un'illustrazione oggettivamente oscura e generica, limitandosi sostanzialmente a indicare un'attività di consulenza e assistenza per la realizzazione di un (non meglio precisato) servizio di assistenza su tecnologie, il rapporto è da considerarsi fin dalla sua costituzione di natura subordinata in forza dell'art. 69, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, trattandosi di presunzione assoluta che non ammette prova contraria da parte del datore di lavoro»; Corte d'Appello Brescia 22 febbraio 2011, in *www.dplmodena.it*, per cui: «In caso di illegittimità del contratto a progetto trova applicazio-

Simile decisione riguarda un rapporto di lavoro instaurato prima della riforma Fornero e, quindi, dell'entrata in vigore dell'art. 69-*bis* del d.lgs. n. 276/2003, introdotto dalla legge n. 92/2012 (entrata in vigore il 19 luglio 2012), che non sarebbe stato, in ogni caso, soggetto alla nuova disciplina concernente le collaborazioni dei titolari di partita Iva.

Tuttavia, tale profilo offre argomenti di riflessione in materia anche prendendo spunto dalla vicenda in esame. Prima di tutto, bisogna evidenziare che, ai sensi dell'art. 69-*bis* del d.lgs. n. 276/2003, «le prestazioni lavorative rese da persona titolare di posizione fiscale ai fini dell'imposta sul valore aggiunto [ammesso e non concesso che la lavoratrice fosse stata per qualche ragione titolare di partita Iva, *n.d.r.*] sono considerate, salvo che sia fornita prova contraria da parte del committente, rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, qualora ricorrano almeno due dei seguenti presupposti:

a) che la collaborazione con il medesimo committente abbia una durata complessiva superiore a otto mesi annui per due anni consecutivi (4);

b) che il corrispettivo derivante da tale collaborazione, anche se fatturato a più soggetti riconducibili al medesimo centro d'imputazione di interessi, costituisca più dell'80 per cento dei corrispettivi annui complessivamente percepiti dal collaboratore nell'arco di due anni solari consecutivi (5);

c) che il collaboratore disponga di una postazione fissa di lavoro presso una delle sedi del committente».

Resta comunque il fatto che i requisiti previsti dalle lettere dell'art. 69, d.lgs. n. 276/2003, non sarebbero stati in concreto soddisfatti e, di conseguenza, non sarebbe stata applicabile la regolamentazione sulle collaborazioni riguardanti i titolari a partita Iva.

D'altra parte, la norma in questione è da considerarsi frutto di una politica legislativa contraddistinta da una tendenza diffusa e radicale, specie negli ultimi anni, a

ne l'art. 69, comma 1, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, il quale non contiene una mera presunzione semplice di subordinazione, ma attua una vera e propria qualificazione del rapporto in difformità della volontà dichiarata dalle parti, riconducendo al rapporto di lavoro subordinato prestazioni che non abbiano le caratteristiche richieste. L'onere di provare l'esistenza di un rapporto diverso non solo è a carico del datore di lavoro, ma è anche circoscritto alla prova della sussistenza di un vero e proprio rapporto di lavoro autonomo *ex art.* 2222 cod. civ.». Corte d'Appello Firenze 26 gennaio 2010, in *www.laprevidenza.it*, per cui: «Il disposto di cui all'art. 69, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, configura una presunzione legale che rende superfluo, in mancanza di progetto, l'accertamento in concreto della sussistenza della subordinazione, qualora le mansioni siano tipiche di tale tipologia di rapporto, mentre ogni altra ipotesi negoziale costituisce eccezione da provarsi rigorosamente, nei presupposti formali e sostanziali, da parte del datore di lavoro». Vedi inoltre: Trib. Pavia 13 febbraio 2007, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, n. 2, p. 433; Trib. Milano 24 ottobre 2006, *ivi*, 2007, n. 1, p. 115; Trib. Milano 2 agosto 2006, n. 2655, in *Lav. giur.*, 2007, n. 1, p. 67; Trib. Torino 17 maggio 2006, in q. *Riv.*, 2007, n. 1, II, p. 52; Trib. Milano 23 marzo 2006, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, n. 3, p. 796; Trib. Pistola 17 marzo 2006, *ivi*, 2006, n. 4, p. 1075; Trib. Milano 23 febbraio 2006, n. 822, in *Lav. giur.*, 2007, 1, p. 68; Trib. Ravenna 24 novembre 2005, *ivi*, 2006, n. 3, p. 273.

(4) Lettera così sostituita dall'art. 33 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni nella legge 7 agosto 2012, n. 134.

(5) Lettera così modificata dall'art. 33 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni nella legge 7 agosto 2012, n. 134.

un generale abbassamento di livello delle tutele e a una precarizzazione del lavoro e della professionalità; e ciò anche in considerazione del fatto che la «collaborazione coordinata e continuativa normale», cioè senza progetto, resta possibile per bacini di grande importanza, quali quelli di pensionati, quelli delle «co.co.co.» della pubblica amministrazione, ma soprattutto dei collaboratori iscritti agli albi professionali *tout court*, dotati per l'appunto di partita Iva e rappresentanti l'emblema di un sottobosco di grande sfruttamento economico e lavorativo.

2. — *La precarizzazione del lavoro e della vita delle persone* — Il fine di questo scritto è di concentrare l'attenzione sulla inaccettabile precarizzazione del mondo del lavoro e di chiarire che la tendenza – predominante in questo particolare contesto storico-politico – è di privare i lavoratori subordinati *tout court* di tutele (6).

È, infatti, falso e frutto della peggior demagogia il messaggio diffuso sempre più frequentemente di voler togliere tutele (fondamentali della dignità della persona) ai cd. lavoratori privilegiati per dare qualcosa o «tutele crescenti» a tutti (7); al contrario, la verità è che si vuole eliminare, in tempi rapidi, ogni forma di tutela e ricondurre il mondo del lavoro «in schiavitù» perenne e al servizio non più di un'aristocrazia terriera, come quella in gran parte spazzata via dalla Rivoluzione francese, ma di un'equivalente o anche peggiore aristocrazia finanziaria (8).

La grande crisi ha aumentato la disuguaglianza, limitando l'accesso ai beni essenziali e primari (quali l'istruzione, il lavoro, la sanità, la giustizia) della maggior parte della popolazione, che si vede inevitabilmente privata della mobilità sociale. L'1% della popolazione in America e in Europa detiene la ricchezza e ha consolidato i propri interessi a discapito del 99% della popolazione, che si è vista impoverita e privata del lavoro e delle fonti di reddito necessarie per vivere un'esistenza civile e dignitosa (9); ne consegue che i «Paperoni» sono in grado di vivere senza lavorare (10) in

(6) Si fa riferimento al *Jobs Act*.

(7) Come prefigurato nel *Jobs Act*.

(8) Cfr. L. Gallino, *Se la Ue diventa una dittatura*, nel quotidiano *la Repubblica*, 23 settembre 2014, ove si legge: «Il culmine della capacità di sequestro della sovranità economica e politica dei nostri paesi da parte della Ue è stato toccato nel 2012 con l'imposizione del trattato detto Fiscal Compact, che prevede l'inserimento nella legislazione del pareggio di bilancio, “preferibilmente in via costituzionale”. I nostri parlamentari, non si sa se più incompetenti o più allineati sulle posizioni di Bruxelles, hanno scelto la strada del maggior danno – la modifica dell'art. 81 della Costituzione. [...] Peraltro abbondano i termini attorno all'idea di dittatura: si parla di “fine della democrazia” nella Ue; di “democrazia autoritaria” o “dittatoriale” o di “rivoluzione neoliberale” condotta per attribuire alle classi dominanti il massimo potere economico». Nonché Id., *Vite rinviate. Lo scandalo del lavoro precario*, Laterza, Bari, 2014, pp. 58 ss., ove viene mirabilmente attestato che lavoro flessibile = occupazione, quale promessa miracolosa che ha legittimato il progressivo smantellamento delle tutele del lavoro, produce in realtà profonde disuguaglianze e costi sociali e personali assurdi e ingiustificati. Lo scopo di restituire stabilità e giustizia al lavoro è più degno di essere perseguito che il ricorrere ad artefatti legislativi deteriori e inutili, asserviti alla esasperata terziarizzazione dell'economia.

(9) J.E. Stiglitz., *Il prezzo della disuguaglianza*, Einaudi, Torino, 2013, pp. 451 ss.

(10) T. Piketty, *Il capitale nel XXI secolo*, Bompiani, Milano, 2014, per cui «il problema è che le nostre economie occidentali non si muovono verso una maggiore uguaglianza; le spinte verso la socialdemocrazia e la redistribuzione del Novecento sono state un'eccezione e un'illusione;

una società in cui i capitali milionari della turbofinanza e dei *managers* strapagati rendono più del lavoro (11).

Ma v'è di più. Non ci si può assolutamente esimere dal fare luce e sgombrare il campo da un grosso equivoco, puntualizzando che lo scopo dei Governi nazionali e delle istituzioni Ue (12) (in piena violazione della Carta di Nizza) non è quello di combattere una (ingigantita e/o volutamente provocata con fusioni societarie e speculazioni di borsa) crisi, ma è piuttosto quello «di assoggettare gli Stati membri alla “disciplina” dei mercati. Oltre che, più in dettaglio, convogliare verso banche e compagnie di assicurazione il flusso dei versamenti pensionistici; privatizzare il più possibile la Sanità; ridurre i lavoratori a servi obbedienti dinanzi alla prospettiva di perdere il posto, o di non averlo. Il vero nemico delle istituzioni Ue è lo Stato sociale e l'idea di democrazia su cui si regge; è questo che esse sono volte a distruggere» (13).

Va, peraltro, evidenziato che già allo stato attuale il diritto del lavoro è, da un lato, già stato profondamente eroso e, dall'altro, gravemente eluso e aggirato.

3. — *L'erosione delle tutele* — È ormai convinzione o, meglio, presa d'atto generale che negli ultimi quindici anni la condizione economica e normativa dei prestatori di lavoro – ossia delle persone che affidano alla propria attività lavorativa la sopravvivenza loro e della loro famiglia, indipendentemente dalla qualificazione tecnica della prestazione (subordinata o parasubordinata) – è gravemente regredita; regredita sicuramente dal punto di vista normativo delle tutele di stabilità, sicurezza e dignità con il dilagare di una fitta tipologia di rapporti precari, ma regredita anche dal punto di vista del compenso, o ragione di scambio, della loro forza lavoro.

A questo proposito, è necessario suddividere i rapporti precari nelle due grandi categorie dei rapporti precari di lavoro subordinato (lavoro a termine, di apprendistato, somministrato) e di lavoro parasubordinato ovvero autonomo di collaborazione coordinata e continuativa.

In effetti, tutti i rapporti precari dell'una e dell'altra categoria hanno comportato l'insicurezza del posto di lavoro e il sottosalarario.

Ma con riguardo ai rapporti precari subordinati, il sottosalarario si presenta come una pratica illegale, nel senso che teoricamente, in esistenza del pur precario rapporto, il compenso dovrebbe essere allineato a quello previsto dai Ccnl per il rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

quello che ci aspetta è il ritorno a un capitalismo ottocentesco come quello dei romanzi di Balzac in cui non importa quanto tu possa lavorare duro: la ricchezza non si accumula, si eredita».

(11) E. Livini, P. Krugman, *Gli invulnerabili, i 3mila Paperoni che in Italia vivono di rendita*, nel quotidiano *la Repubblica*, 9 ottobre 2014, p. 34.

(12) L'art. 30 della Carta di Nizza prescrive, infatti, che: «Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali». Sul punto si è soffermato efficacemente E. Scalfari (in *la Repubblica* del 2 novembre 2014), secondo il quale: «Ai sensi dell'articolo 30 della Carta dei diritti, ogni lavoratore – e quindi anche quelli extracomunitari – ha diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato e incompatibile al diritto dell'Ue e alle legislazioni e prassi nazionali. Pertanto dell'art. 18 [Stat. lav.] il Governo e addirittura il Parlamento italiano non possono decidere alcun provvedimento, perché la legislazione europea fa premio su quelle nazionali di ciascun paese, sempre che ovviamente i Parlamenti nazionali abbiano approvato e ratificato le disposizioni europee, ciò che da tempo è ovunque avvenuto».

(13) E. Livini, P. Krugman, *op. ult. cit.*

Se, in concreto, non lo è, ciò avviene per frode o per minaccia, ossia perché al lavoratore la condizione di sottosalarario è imposta o in maniera pura e semplice come evasione dei minimi standard contrattuali collettivi, o con trucchi quanto mai diffusi di restituzione al datore di lavoro di parte della retribuzione corrisposta.

In altri termini, la precarietà del rapporto di lavoro ha largamente consentito la pratica del sottosalarario, ma come pratica pur sempre illegale esposta a possibilità di contrasto giudiziario e amministrativo e a sanzioni certamente non lievi.

Questo, però, si diceva solo con riguardo ai rapporti di lavoro subordinato, perché per i rapporti precari di lavoro parasubordinato il pagamento di compensi, chiaramente inadeguati, si è presentato, invece, sempre come un fatto giuridicamente legittimo (14).

Lo strumento è stato il rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, vero *passé-partout* buono a eludere tutte le tutele dell'ordinamento del lavoro subordinato, ma – e a questo non è stato normalmente contestato dalla dottrina e dalla giurisprudenza – anche del lavoro autonomo professionale.

La «riscoperta» delle collaborazioni coordinate e continuative può essere fatta risalire, a nostro avviso, al principio degli anni novanta, quando è stata generalizzata almeno una forma minima di tutela contro i licenziamenti, onerandone tutti i datori, ma divenuta davvero preponderante, una sorta di moda agli inizi del 2000, quando il rapporto di collaborazione coordinata e continuativa è stato considerato possibile non soltanto per prestazione professionale e artistica, ma anche per ogni tipo di mansione anche solo manuale.

Fu quella l'epoca, per così dire, della grande evasione.

Bastava stabilire formalmente su contratto scritto che il lavoratore non era tenuto a orari fissi né a giustificare eventuali assenze e che poteva ben svolgere l'attività con un margine di economia esecutiva consentita da direttive generali solo del committente, perché per incanto tutto il complesso *corpus* del diritto del lavoro fosse posto fuori gioco: con la formula magica della collaborazione coordinata e continuativa, che si poneva sul crinale della distinzione fra direttive di massima e direttive specifiche del datore, come per incanto non erano più dovute né ferie, né tredicesima, né indennità di malattia, né un livello minimo stipendiale, né contribuzione previdenziale, oltre a essere il lavoratore o il collaboratore allontanabile *ad nutum*.

(14) L'art. 1, comma 25, della legge 28 giugno 2012, n. 92, è intervenuto in materia, modificando l'art. 63 del d.lgs. n. 276/2003 e disponendo che per i contratti di collaborazione a progetto siglati successivamente all'entrata in vigore della medesima legge il compenso corrisposto ai collaboratori a progetto debba essere proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro eseguito, e statuendo altresì che il compenso stesso non possa essere inferiore «ai minimi stabiliti in modo specifico per ciascun settore di attività, eventualmente articolati per i relativi profili professionali tipici e in ogni caso sulla base dei minimi salariali applicati nel settore medesimo alle mansioni equiparabili svolte dai lavoratori subordinati, dai contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale a livello interconfederale o di categoria ovvero, su loro delega, ai livelli decentrati».

Si tratta di disposizioni che solo apparentemente offrono una tutela in favore dei lavoratori parasubordinati, in quanto detta tutela è solo minimale (il termine di paragone è infatti il minimo salariale) e in ogni caso del tutto inappropriata avallando una perniciosa sovrapposizione tra autonomia genuina (seppur in regime di parasubordinazione) e subordinazione.

Una sorta di colpo di bacchetta magica, di cui il ceto datoriale ha fatto uso senza troppi scrupoli, ma del quale ha anche così chiaramente abusato che, trascorsi non molti anni da quella riscoperta, è giunto un sostanziale stop con l'art. 61 del d.lgs. n. 276 del 2003 – che normalmente richiede per la validità di un contratto co.co.co. (collaborazione coordinata e continuativa) l'esistenza di un progetto, coniando il tipo della collaborazione a progetto (in acronimo co.co.pro.).

Il tipo del co.co.pro., nell'esperienza conforme di tutti i tribunali italiani, si è dimostrato un ostacolo quanto mai coriaceo, per i tentativi elusivi, essendo chiaro che non tutti i co.co.co. vengono ritenuti co.co.pro. regolari.

Uno stop sostanziale – poi rafforzato dalla novella legislativa più recente ovvero dalla legge n. 92 del 2012 –, ma comunque parziale, perché la co.co.co. normale, cioè senza progetto, resta possibile per bacini di grande importanza, quali quelli di pensionati, quelli delle co.co.co. della pubblica amministrazione, ma soprattutto dei collaboratori iscritti agli albi professionali *tout court*.

Proprio quest'ultima categoria (in senso stretto) costituisce l'oggetto o i destinatari di questo scritto.

Oggi, infatti, sono esattamente i giovani lavoratori della conoscenza, i giovani laureati nelle discipline professionali, le prime vittime di un deteriore sfruttamento che nessuno osa più mettere in dubbio, perché tutti conoscono la realtà di ingegneri, informatici, architetti e fisici assunti come collaboratori coordinati e continuativi a 1.000 euro o poco più al mese.

Per non parlare dei giovani medici che come collaboratori coordinati e continuativi mandano avanti cliniche private, lavorando quattordici ore al giorno tra turni e guardie mediche, in cambio di 30.000 euro lorde l'anno.

E proprio questo bacino di lavoro ritenuto in sé importante, quanto sfruttato, richiama la considerazione che prima abbiamo affacciato sulla funzione doppiamente elusiva del tipo contrattuale della collaborazione coordinata e continuativa (co.co.co.) e dell'elusione contributiva.

Se consentiva, da un lato, di eludere le norme del lavoro subordinato, sfruttando il margine della distinzione storica della subordinazione intesa come eterodirezione, dall'altro, ha consentito di eludere quel poco o tanto di riconoscimento economico di tutela apprestata per il prestatore d'opera intellettuale.

Un esempio preso dalla realtà quotidiana, da tutti conosciuta o conoscibile, chiarirà il concetto. Si pensi a un giovane laureato in ingegneria o architettura abilitato alla professione che, dopo aver sostenuto l'esame di Stato, viene preso a lavorare in uno studio tecnico collegato con un gruppo industriale edile.

Se fosse codificato come lavoratore dipendente, gli dovrebbe essere riconosciuta quanto meno la categoria quadro ai sensi del contratto collettivo di settore, con una retribuzione minima di 2.500/3.000 euro al mese, più premi, scatti di anzianità, tredicesima, ferie, trattamento di fine rapporto, piena contribuzione previdenziale, laddove come collaboratore coordinato e continuativo gli viene riconosciuto un compenso inferiore (di circa 1.000/1.500 euro), ma senza mensilità aggiuntive e senza trattamento di fine rapporto e senza altri benefici.

Peraltro, l'attività di questo giovane architetto o ingegnere è quella tipica di progettazione, e se egli, non essendo lavoratore dipendente, è autonomo, allora quella attività di progettazione troverebbe (o avrebbe trovato) riconoscimento nelle tariffe pro-

fessionali, apprestate dagli ordini degli ingegneri, e dunque, ammesso che abbia in un anno terminato tre o quattro progetti, i suoi compensi sarebbero dovuti balzare a un importo ben superiore di 6.000 o 7.000 euro riportati alla media mensile.

Ecco perché si diceva che la collaborazione coordinata e continuativa ha svolto una funzione doppiamente elusiva:

– sul lato del lavoro subordinato, eludendo gli standard minimi contrattuali collettivi;

– ma anche sul lato del lavoro autonomo, eludendo le tariffe professionali.

Qui si apre un importante interrogativo. Il legislatore ha agito, per così dire, sul lato della preservazione delle tutele del lavoro subordinato, attraverso il presidio del contratto a progetto, stabilendo che, ove il progetto non esista nella realtà o non sia ben fatto, il rapporto si converte in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, ovvero – ed è questo il contenuto espresso nella normativa recente del comma 26 dell'art. 1, legge n. 92/2012 – assicurando, comunque, al lavoratore un trattamento economico non inferiore a quello del lavoratore subordinato identico in professionalità e mansioni.

Ora occorre domandarsi se questa prospettiva è ancora possibile.

Non può esistere un'altra sanzione che, proprio perché riconosca in ipotesi pur sempre la consistenza di un lavoro autonomo, estenda i compensi previsti per le prestazioni degli iscritti agli albi riservati anche a coloro che producono i medesimi risultati come collaboratori coordinati e continuativi?

Per poter provare a dare una risposta a questo interrogativo occorrerebbe, a parer nostro, addentrarsi per un po' nelle problematiche del lavoro autonomo professionale ovvero del contratto d'opera intellettuale.

È ben noto che con riguardo al contratto di prestazione d'opera autonoma, sia manuale che intellettuale, la gerarchia delle fonti regolatrici del compenso ha, al suo vertice, l'accordo individuale tra il prestatore d'opera e il cliente, mentre alle tariffe professionali, agli usi e alla discrezionalità del giudice è riconosciuta una funzione suppletiva, nel senso che a essa si può far ricorso ove le parti abbiano omesso di stabilire il compenso.

Dunque, ciò sembra a prima vista precludere la prospettiva che abbiamo in qualche modo affacciato, nel senso che se l'autonomia individuale risulta essere sovrana nel lavoro autonomo professionale, allo stesso modo dovrebbe essere considerata sovrana quando il lavoro autonomo viene svolto con le modalità della co.co.co.

Bisogna però considerare che questa visuale, che risulta tutta racchiusa nella volontà delle parti, come espressa nel momento in cui fu concluso l'accordo e, dunque, anche in possibili condizioni di superiorità fattuale di una parte sull'altra, ben può incontrare il limite dell'art. 2233, comma 2, cod. civ., sulla cui esatta portata esistono sicuramente interpretazioni differenti e, comunque, favorevoli al riconoscimento di un ruolo primario dell'autonomia delle parti (15).

(15) Cass., Sez. II civile, 24 giugno 2013, n. 15786, in www.dirittoegiustizia.it, ove si afferma che il compenso per prestazioni professionali va determinato in base alla tariffa e adeguato all'importanza dell'opera solo nel caso in cui esso non sia stato liberamente pattuito, in quanto l'art. 2233 cod. civ. pone una garanzia di carattere preferenziale tra i vari criteri di determinazione del compenso, attribuendo rilevanza in primo luogo alla convenzione che sia interve-

Il problema che si pone con riguardo alle modalità di sfruttamento meschino dei giovani professionisti titolari di partite Iva è che questi ultimi non sono tutelati, ma sono, da un lato, fagocitati dal regime di sottopagamento e assenza di tutele proprio della collaborazione coordinata e continuativa; d'altra parte, non possono vedersi estendere il trattamento economico più vantaggioso previsto dalle tariffe o dai parametri, in assenza di un'esplicita pattuizione con il committente-datore di lavoro.

In epoca di grande riformismo, non sempre positivo, si potrebbe allora pensare di intervenire in questo ambito non per trasformare questi rapporti in rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato (inclusivo delle tutele economiche, previdenziali e di stabilità), quanto piuttosto per farli rimanere nell'alveo del lavoro autonomo.

E ciò sia perché vi sono ostacoli alla trasformazione in questione racchiusi proprio nell'art. 69-*bis* del d.lgs. n. 276/2003, sia perché occorre – in assenza di stabilità del posto di lavoro – rafforzare il compenso economico, adeguandolo alla professionalità e valorizzando il percorso formativo, e prevedere l'estensione di tariffe e/o parametri alle collaborazioni e alle prestazioni rese da professionisti titolari di partita Iva, che si vedono destinati a un limbo senza via di uscita in ordine a una stabilizzazione come rapporto di lavoro subordinato e neppure ristorato da un adeguato trattamento economico.

Alessandra Raffi
*Ricamatore di Diritto del lavoro
presso l'Università di Milano*

nuta fra le parti e poi, solo in mancanza di quest'ultima, e in ordine successivo, alle tariffe e agli usi e, infine, alla determinazione del giudice, mentre non operano i criteri di cui all'art. 36, comma 1, Cost., applicabili solo ai rapporti di lavoro subordinato. In senso conforme vd. Cass. 11 agosto 2011, n. 17222, in www.altalex.com; Cass. 5 ottobre 2009, n. 21235, in www.ilsole24ore.com.

DIRITTO SINDACALE

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, 8 aprile 2014, ricorso n. 31045/10 – Pres. Ziemele – National Union of Rail, Maritime and Transport Workers, «Rmt» (N. Todd, *solicitor*, con J. Hendy QC e M. Ford QC, *barristers*) c. Regno Unito (agente R. Tomlinson, *Foreign and Commonwealth Office*).
Respinge il ricorso.

Sciopero – Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Sciopero di solidarietà – Elemento accessorio della libertà di associazione sindacale – Effetti.

Sciopero – Sciopero di solidarietà – Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Restrizioni consentite – Margine di apprezzamento delle autorità nazionali – Ampiezza.

L'azione collettiva secondaria rappresenta un elemento accessorio e non essenziale della libertà sindacale; nondimeno, il ricorso all'azione secondaria, incluso lo sciopero di solidarietà, avverso un datore di lavoro al fine di portare avanti una controversia in cui gli iscritti al sindacato sono dipendenti di un altro datore di lavoro deve essere considerata come parte dell'attività sindacale ricompresa nell'ambito della libertà di associazione di cui all'art. 11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. (1)

Laddove una restrizione legislativa colpisca il cuore dell'attività sindacale, al legislatore nazionale andrà riconosciuto un minore margine di apprezzamento e saranno richieste maggiori giustificazioni rispetto alla proporzionalità tra l'interesse generale e l'interferenza con la libertà sindacale. Al contrario, se non si tratta di uno degli elementi essenziali ma di un aspetto secondario o accessorio dell'attività sindacale, il margine è più ampio ed è più probabile che, per sua natura, l'interferenza sia proporzionata. (2)

(1-2) CEDU, CORTE DI STRASBURGO E SCIOPERO DI SOLIDARIETÀ:
QUALCHE CONFERMA E MOLTE QUESTIONI APERTE

SOMMARIO: 1. Breve inquadramento: l'approccio integrato ai diritti umani della Corte di Strasburgo, la legislazione e giurisprudenza britanniche in materia di sciopero e le fattispecie in esame. — 2. Le fonti internazionali ed europee e le posizioni delle parti. — 3. La decisione della Corte: protezione del diritto di sciopero ai sensi della Convenzione, natura accessoria dell'azione secondaria e margine di apprezzamento delle autorità nazionali. — 4. Qualche osservazione critica.

1. — *Breve inquadramento: l'approccio integrato ai diritti umani della Corte di Strasburgo, la legislazione e giurisprudenza britanniche in materia di sciopero e le fattispecie in esame* — La sentenza in commento si inserisce in una serie di pronunce della Corte Edu che ha segnato il superamento del tradizionale approccio «individualistico» della Corte alla libertà di associazione sindacale riconosciuta dall'art. 11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) (1).

Dal 2008, la Corte di Strasburgo ha espressamente operato un deciso *revirement* della propria giurisprudenza in materia, ricomprendendo il diritto alla contrattazione collettiva e il diritto di sciopero nell'ambito di applicazione di questa disposizione (2).

Si tratta di uno sviluppo non privo di significative conseguenze.

La riconduzione di questi diritti in ambito Cedu, infatti, fa innanzitutto segnare un passo in avanti a un approccio interpretativo che è stato definito «integrato» (3) e cioè teso al superamento della tradizionale distinzione tra diritti sociali e diritti politici nell'ambito del diritto internazionale e all'adozione, anche nei confronti dei primi, di un approccio «da diritti umani» le cui ricadute sono di non poco conto.

L'applicazione dell'art. 11 comporta che qualunque restrizione ai diritti citati non possa, ai sensi del comma 2 dello stesso articolo, essere «oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale e alla protezione dei diritti e delle libertà altrui». Uno Stato che voglia limitare l'esercizio dei di-

(1) Cfr. Corte Edu 12 novembre 2008, *Demir and Baykara c. Turchia*, ricorso n. 34503/97; Corte Edu 21 aprile 2009, *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turchia*, ricorso n. 68959/01; Corte Edu 10 dicembre 2009, *Danilenkov e altri c. Russia*, ricorso n. 67336/01; Corte Edu 31 gennaio 2012, *Sindicatul «Păstorul cel bun» c. Romania*, ricorso n. 2330/09.

(2) Sul superamento dell'approccio «individualistico» cfr., *ex multis*, K.D. Ewing, J. Handy, *The Dramatic Implications of Demir and Baykara*, in *Industrial Law Journal*, 2010, pp. 41 ss.; S. Sciarra, *Un confronto a distanza: il diritto di sciopero nell'ordinamento globale*, in *Pol. dir.*, pp. 213 ss. Cfr. anche V. De Stefano, *La protezione del diritto di sciopero nella dialettica tra Corti e organi di supervisione internazionali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2014, pp. 461 ss. Sul crescente impatto della Cedu sul rapporto di lavoro, cfr. ora i saggi raccolti in F. Dorssemont, K. Lörcher, I. Schömann (a cura di), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Hart, Oxford, 2013.

(3) Cfr. V. Mantouvalou, *Labour Rights in the European Convention on Human Rights: An Intellectual Justification for an Integrated Approach to Interpretation*, in *Human Rights Law Review*, 2013, pp. 529 ss.; V. Remida, *Il ruolo della soft-law nella protezione multilivello dell'autonomia collettiva*, in *q. Riv.*, 2013, I, pp. 783 ss.

ritti protetti dall'art. 11 dovrà quindi attenersi ai criteri previsti dal comma 2 e giustificare l'esercizio di tale facoltà in funzione degli obiettivi da esso elencati.

Proprio la misura del «margine di apprezzamento» concesso agli Stati nel disporre restrizioni alla libertà di associazione è al centro della decisione della Corte qui commentata.

La sentenza esamina, in realtà, due diverse vicende, accadute nel Regno Unito, che hanno avuto come protagonista lo stesso sindacato, la *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers* (di seguito, Rmt).

Com'è noto, nel Regno Unito l'organizzazione di scioperi dà luogo a responsabilità extracontrattuale a meno che l'azione collettiva non sia coperta dalle *immunities* previste specificamente dalla legge, nell'ambito della cd. *golden formula* (4). Lo sciopero è lecito solo se rientra nel campo di applicazione delle *immunities*, che si configurano come un'eccezione alla disciplina di *common law*, la quale riconoscerebbe altrimenti l'attività di organizzazione di *industrial actions* come illecito extracontrattuale.

È altrettanto noto che, durante gli anni del «thatcherismo», i Governi che si sono succeduti alla guida del Regno Unito hanno drasticamente ridotto l'ambito di applicazione della *golden formula*, restringendo la protezione offerta dalle *immunities* ed escludendo dal loro ambito di applicazione le cosiddette «azioni secondarie», come gli «scioperi di solidarietà» (5).

La liceità di un'azione collettiva è attualmente condizionata al previo svolgimento di una votazione tra i lavoratori interessati (*strike ballot*) e alla stretta osservanza delle procedure imposte dalla legge relative al voto e all'obbligo di fornire dettagliate informazioni sugli esiti dello stesso nonché, tra l'altro, sul numero e le categorie dei lavoratori consultati.

Le regole procedurali sono particolarmente minuziose e il loro mancato pieno rispetto comporta spesso la richiesta d'urgenza in giudizio, da parte del datore di lavoro, di un'*injunction* che vieti lo svolgimento dell'azione collettiva fin quando la procedura non sia ripetuta correttamente: il tutto può paralizzare lo sciopero per lungo tempo, anche perché il mancato rispetto di un'*injunction* è un illecito passibile di sanzioni molto severe (cd. *contempt of Court*). Tradizionalmente, inoltre, secondo la giurisprudenza l'interpretazione delle disposizioni sulle *immunities* andrebbe orientata verso la restrizione delle stesse e quindi verso la compressione dell'ambito di liceità dell'azione collettiva (6). Solo di recente questo orientamento è stata riformato in favore

(4) Secondo la definizione di (Lord) B. Wedderburn, *The Worker and the Law*, Harmondsworth, Penguin Books, I ed., 1965, p. 222. La *golden formula*, dopo le riforme dei Governi «thatcheriani», è ora prevista dalla *section 219* del *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act* del 1992 («Tulcrà 1992») e dispone: «*an act done by a person in contemplation or furtherance of a trade dispute is not actionable in tort*», per i casi e nelle modalità previste dalla legge. Per una ricognizione, nella dottrina italiana, della giurisprudenza sulle *immunities* prima dei governi Thatcher e Mayor, cfr. S. Liebman, *Azione sindacale e responsabilità civile delle trade unions nel diritto inglese*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1976, I, pp. 495 ss.

(5) L'azione secondaria è espressamente esclusa dalle *immunities* ai sensi della *section 224* del Tulcrà 1992. Per una recente descrizione dell'attuale disciplina britannica in tema di *industrial action*, cfr., *ex plurimis*, P. Lorber, T. Novitz, *Industrial Relations Law in the UK*, Cambridge, Intersentia/Hart Publishing, 2012.

(6) Cfr. già la sentenza della *Court of Appeal*, *Express Newspapers v McShane*, [1979] 1 WlR 390, 395; vd. anche *Metrobus v Unite The Union*, [2009] Ewca Civ 829, nella quale il giudice

di una interpretazione «neutra» (7), che ha reso possibile una linea giurisprudenziale non pregiudizialmente sfavorevole allo sciopero, anche sulla base di considerazioni relative al citato *revirement* della Corte di Strasburgo (8).

Nel primo dei casi trattati dalla sentenza in commento, Rmt aveva avviato la procedura per intraprendere uno sciopero nell'ambito di una negoziazione collettiva, dando notizia, all'impresa interessata, di uno *strike ballot* che si sarebbe tenuto tra i suoi lavoratori con qualifica «*engineer/technician*». L'impresa aveva comunicato al sindacato di considerare l'informazione incompleta: la generica qualifica di *technician* non poteva essere riconosciuta, dovendo invece essere fornito il dato preciso circa ogni ruolo utilizzato dall'azienda, suddiviso per «*fitters, jointers, test room inspectors, day testers, shift testers, Olbi fitters*».

La società aveva quindi domandato giudizialmente un'*injunction* che era stata concessa. Rmt si era allora adoperata per raccogliere le informazioni necessarie a fornire all'impresa i dati precisi circa i lavoratori che avrebbero partecipato allo *strike ballot*: raccolti questi dati, una nuova informazione completa era stata inviata all'azienda e, dopo aver riportato un voto dei lavoratori favorevole all'azione collettiva, lo sciopero si era tenuto tra dicembre 2009 e gennaio 2010, più di tre mesi dopo l'invio della prima comunicazione sulla volontà di procedere al *ballot*. In conseguenza dello sciopero, l'impresa aveva migliorato la propria offerta negoziale, che era stata quindi accettata dal sindacato.

Nella seconda fattispecie esaminata, il sindacato ricorrente rappresentava alcuni lavoratori che nel 2007 erano stati ceduti da una società del gruppo Jarvis Plc a una società esterna a tale gruppo: la Hydrex Equipment (UK) Limited. Le condizioni contrattuali dei lavoratori erano state in un primo momento preservate in ottemperanza alla disciplina del trasferimento d'azienda; nel 2009, tuttavia, la Hydrex aveva comunicato che esse sarebbero state allineate a quelle della restante forza lavoro della società, il che avrebbe comportato – a detta di Rmt – un taglio dei salari del 36-40%. Il negoziato sul punto era fallito e i lavoratori avevano effettuato un *ballot* favorevole allo sciopero, che si era tenuto tra il 6 e il 9 novembre 2009. Un nuovo sciopero era stato programmato per due settimane dopo ma era stato sospeso perché l'azienda aveva sottoposto una offerta contrattuale migliorativa: nonostante il parere favorevole all'accordo da parte del sindacato, i lavoratori avevano deciso di rifiutare l'offerta. Rmt, considerato che i lavoratori di Hydrex coinvolti erano troppo pochi per imporre una pressione effettiva sulla società, avrebbe voluto coinvolgere nel conflitto collettivo in corso anche i lavoratori

L.J. Maurice Kay afferma, tra l'altro, che nel Regno Unito «il diritto di sciopero non è mai stato molto più che uno slogan o una metafora giuridica» (qui, come nel resto del commento, ladove non sia presente una traduzione ufficiale in italiano, la traduzione è dell'Autore).

(7) Cfr. *Nurmit v Serco, Aslef v London & Birmingham Railway Limited*, [2011] Ewca Civ 226, nella quale, tra l'altro, in contrasto con la sentenza citata alla nota precedente, si afferma l'esistenza del diritto di sciopero nell'ordinamento britannico; cfr. R. Dukes, *The Right to Strike under UK Law: Something More Than a Slogan?*, in *Industrial Law Journal*, 2011, pp. 302 ss.

(8) Cfr. le due recenti sentenze dell'*High Court* (giudice in primo grado), *London Underground Ltd v Aslef* [2011] Ewhc 3506(QB) (Lul); e *Balfour Beatty Engineering Services Ltd v Unite* [2012] Ewhc 267 (QB); [2012] Icr 822; secondo quest'ultima, in base alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, «una presunzione di interpretazione contraria [allo sciopero] sarebbe inappropriata».

ancora impiegati dal gruppo Jarvis: questa opzione aveva tuttavia dovuto essere esclusa perché l'attuale legislazione britannica vieta lo sciopero di solidarietà. Ai lavoratori trasferiti presso Hydrex non era quindi rimasta altra scelta che accettare l'offerta.

2. — *Le fonti internazionali ed europee e le posizioni delle parti* — La Corte di Strasburgo esamina il caso partendo come di consueto dalle fonti applicabili alla fattispecie; nel far questo, ricorda innanzitutto come, secondo l'attuale legislazione del Regno Unito, lo sciopero di solidarietà sia escluso dalla protezione offerta dalla *golden formula*. La sentenza ripercorre quindi le tappe più importanti della legislazione e della giurisprudenza britannica in materia di azioni collettive, soffermandosi sugli ultimi sviluppi in tema di sciopero di solidarietà e riportando le contrapposte opinioni del Governo del Regno Unito e di Rmt, circa l'incidenza statistica e gli effetti economici delle azioni secondarie nel paese prima della loro limitazione nel 1980 e del loro divieto nel 1990 (poi recepito nel *Tulra* 1992).

La Corte esamina poi le fonti del diritto internazionale, ricordando come, sebbene il diritto di sciopero non sia riconosciuto espressamente dalle convenzioni dell'Oil, gli organi preposti a monitorare il rispetto delle convenzioni o dei principi in tema di libertà di associazione abbiano sviluppato nel corso degli anni una serie di principi in tema di diritto di sciopero (9).

La citazione delle opinioni di questi organi, non nuova nelle sentenze della Corte di Strasburgo (10), assume tuttavia una rilevanza assolutamente significativa nel momento attuale, essendo in corso presso l'Oil un'aspra controversia proprio in tema di diritto di sciopero, che si estende fino a mettere in dubbio l'intero mandato di uno degli organi di supervisione (11).

La sentenza cita proprio le opinioni di quest'ultimo organo, il Ceacr, che nel 2008 era nuovamente intervenuto muovendo osservazioni e richiedendo chiarimenti al

(9) Si tratta, in particolare, del Comitato di esperti sull'applicazione delle convenzioni e raccomandazioni (di seguito Ceacr) e del Comitato sulla libertà di associazione (*Committee on Freedom of Association*; di seguito Cfa). Per una descrizione della composizione e del funzionamento di questi organi e anche del «Coeds», che sarà menzionato a breve, cfr. V. De Stefano, *La protezione del diritto di sciopero nella dialettica tra Corti e organi di supervisione internazionali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2014, pp. 461 ss. Per un resoconto dettagliato della struttura dei meccanismi di supervisione dell'Oil, cfr. Oil, *Rules of the Game: A Brief Introduction to International Labour Standards*, Oil, Ginevra, 2009. Per una ricognizione dei principi statuiti da questi comitati in tema di libertà di associazione, cfr. Oil, *Freedom of association – Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the Ilo*, Oil, Ginevra, V ed., 2006; Oil, *Report del Ceacr alla Conferenza internazionale sul lavoro (di seguito Ilc) 2011, General Survey on the fundamental Conventions concerning rights at work in light of the Ilo Declaration on Social Justice for a Fair Globalization, 2008*, Oil, Ginevra, 2012.

(10) Cfr., sul punto, T. Novitz, *The Internationally Recognized Right to Strike: A Past, Present, and Future Basis upon Which to Evaluate Remedies for Unlawful Collective Action?*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, pp. 357 ss.; V. Remida, *Il ruolo della soft-law nella protezione multilivello dell'autonomia collettiva*, in *q. Riv.*, 2013, I, pp. 783 ss.; S. Sciarra, *Un confronto a distanza: il diritto di sciopero nell'ordinamento globale*, in *Pol. dir.*, pp. 213 ss.

(11) Per una recente ricognizione della disputa in corso, che non si è risolta nemmeno nella Ilc di giugno 2014, successiva alla pubblicazione della sentenza, si rinvia, anche per maggiori riferimenti bibliografici, a V. De Stefano, *op. ult. cit.*

Regno Unito circa la procedura di *strike ballot* e l'interpretazione delle relative disposizioni da parte delle Corti nazionali, e riaffermando la propria opinione per cui il divieto generalizzato di azione secondaria può dare adito ad abusi, «particolarmente in un contesto di globalizzazione caratterizzato da una crescente interdipendenza e internazionalizzazione della produzione» (12). La Corte cita inoltre il parere del Cfa, secondo il quale il divieto di sciopero di solidarietà costituisce una violazione della libertà di associazione (13) e ricorda come il Ceacr abbia, a più riprese (e anche nel 2012), affermato che l'attuale legislazione del Regno Unito in tema di azione secondaria si pone in contrasto con gli standard dell'Oil (14).

Passando alle fonti internazionali che si riferiscono al Consiglio d'Europa, come tra l'altro la stessa Cedu, la Corte richiama l'art. 6 della Carta sociale europea, che impone il riconoscimento del «diritto dei lavoratori e dei datori di lavoro d'intraprendere azioni collettive in caso di conflitti d'interesse, compreso il diritto di sciopero, fatti salvi gli obblighi eventualmente derivanti dalle convenzioni collettive in vigore», e ricorda come l'organo deputato alla supervisione dell'ottemperanza alle previsioni della Carta, il Comitato europeo dei diritti sociali (di seguito Coeds), abbia ritenuto incompatibili con l'effettivo esercizio del diritto di sciopero sia le menzionate disposizioni vigenti in tema di *strike ballot* che l'attuale divieto di azione secondaria (15).

La Corte cita poi la Carta dei diritti fondamentali dell'Ue e passa infine all'analisi comparata della legislazione dei diversi Stati membri Ue, riscontrando come, tra questi, solo l'Austria, il Lussemburgo e i Paesi Bassi vietino lo sciopero di solidarietà, oltre al Regno Unito.

Dopo aver completato la rassegna delle varie fonti del diritto rilevanti nel caso di specie, la Corte passa all'esame diretto delle fattispecie di cui è causa.

Il primo caso, riguardante l'azione collettiva ritardata dal necessario adempimento delle procedure di *strike ballot* e dall'*injunction* concessa a causa del ritenuto mancato rispetto delle stesse procedure, viene ritenuto inammissibile dalla Corte in poche battute. Come riportato sopra, infatti, le procedure erano state ripetute correttamente e lo sciopero si era quindi tenuto, tra l'altro con esito positivo, avendo successivamente la società formulato un'offerta negoziale migliorativa accettata dai lavoratori.

La Corte ritiene di non poter sottovalutare «il risultato positivo» ottenuto dal sindacato e che sarebbe scorretto analizzare la concessione di un'*injunction* contro Rmt senza tener conto degli eventi successivi. Per quanto i requisiti procedurali la cui ottemperanza è necessaria ai fini della liceità dello sciopero nel Regno Unito siano stati oggetto di critica da parte dei menzionati organi di supervisione internazionale, «la

(12) Cfr. Oil, *op. ult. cit.*, par. 125.

(13) Oil, *Freedom of association – Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the Ilo*, Oil, Ginevra, V ed., 2006, par. 534 e 538.

(14) Le «osservazioni» e «richieste dirette» espresse dal Ceacr sono liberamente accessibili presso il database «Normlex» dell'Oil al sito <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:20010:0::NO::>

(15) Coeds, *Conclusioni XIII-1*, 1993, Regno Unito; Id., *Conclusioni XIX-3*, 2010, Regno Unito. Per una ricognizione dei principi elaborati dal Coeds in tema di diritto di sciopero, cfr. E. Kovács, *The right to strike in the European Social Charter*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2006, pp. 445 ss. A.M. Świątkowski, *Resocialising Europe through a European Right to strike modelled on the Social Charter?*, in N. Countouris, M. Freedland (a cura di), *Resocialising Europe in a time of crisis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 390 ss.

Corte può esaminare i ricorsi solo alla luce degli accadimenti concreti», e sottolinea come dall'esame di questi ultimi emerga che l'azione collettiva portata avanti dal sindacato ricorrente sia risultata «in ultima analisi vittoriosa»: di conseguenza, il primo caso è ritenuto «manifestamente infondato».

La sentenza passa quindi ad analizzare la fattispecie relativa allo sciopero di solidarietà; il Governo del Regno Unito aveva sostenuto che l'azione secondaria non fosse protetta dall'art. 11 Cedu, sulla scorta della considerazione che l'articolo tuteli il diritto di associazione sindacale dei lavoratori volto alla tutela dei «propri interessi».

Secondo Rmt, invece, il divieto di sciopero di solidarietà aveva seriamente limitato la sua azione: il sindacato sosteneva che, in assenza di tale divieto, avrebbe potuto organizzare uno sciopero presso gli ex colleghi dei lavoratori coinvolti che avrebbe condotto a un esito positivo della controversia per i propri membri.

In risposta alle affermazioni del Governo che paventavano possibili ripercussioni negative generali sull'economia britannica in caso di mancato divieto dello sciopero di solidarietà, Rmt argomentava inoltre che, nel caso di specie, l'azione collettiva si sarebbe estesa ai soli dipendenti del gruppo Jarvis a supporto dei propri ex colleghi e che nell'ordinamento britannico fossero presenti strumenti giuridici, anche penali, che avrebbero potuto tutelare a sufficienza i diritti dei terzi coinvolti in un conflitto sindacale, anche con un regime legislativo meno limitativo di quello vigente, che andava quindi rivisto in ossequio al principio di proporzionalità.

Sempre secondo il sindacato, ai sensi della passata giurisprudenza della Corte, il diritto di sciopero andrebbe riconosciuto quale elemento essenziale della libertà di associazione «*in its own right*» o, quantomeno, come logica conseguenza del riconoscimento, come elemento essenziale, del diritto alla contrattazione collettiva (16): ogni restrizione allo sciopero, incluso lo sciopero di solidarietà, dovrebbe quindi essere sottoposto a uno scrutinio rigoroso, ai sensi del citato comma 2 dell'art. 11.

Si invitavano inoltre i giudici di Strasburgo ad adottare una nozione allargata di libertà sindacale, comprensiva delle sue componenti collettive e non limitata ai soli diritti individuali, in linea con le opinioni di organi internazionali autorevoli come il Ceacr e il Coeds, che avevano a più riprese criticato il divieto di azione secondaria previsto dall'ordinamento britannico.

Il Governo del Regno Unito replicava che dalla vicenda *Hydrex* non emergeva alcuna ipotesi di violazione della libertà sindacale: i lavoratori direttamente coinvolti erano stati in grado di scioperare e questo sciopero aveva condotto a un'offerta migliorativa da parte della società, che lo stesso sindacato ricorrente aveva suggerito ai lavoratori di accettare. Né alcuna violazione derivava dall'impossibilità per i lavoratori di Jarvis di scioperare in solidarietà con i propri ex colleghi.

Secondo il Governo, il diritto di sciopero era sufficientemente tutelato nella legislazione britannica. Veniva specificato inoltre come le attuali restrizioni costituissero una risposta ai gravi disturbi arrecati dall'azione sindacale all'andamento dell'economia del paese; prima del 1980, le *trade unions* avrebbero goduto di un'ampia facoltà

(16) Secondo il ricorrente, infatti, senza la minaccia dello sciopero il diritto alla contrattazione collettiva si risolverebbe in un mero diritto a «chiedere la carità collettivamente»; cfr., K.D. Ewing, J. Hendy, *A Tale of Two Cities. Strasbourg and Luxembourg and the Rights to Collective Bargaining and to Strike*, 2009.

di ricorrere all'azione secondaria «con gravi conseguenze a cascata su altre aziende e sulla loro forza lavoro oltre che sulla collettività». Il Governo conservatore aveva quindi dapprima significativamente limitato, e poi, nel 1990, proibito, l'azione secondaria; il divieto era stato mantenuto anche dai successivi Governi laburisti.

Sempre secondo il Governo, l'attuale regolamentazione britannica dello sciopero di solidarietà si collocava pienamente all'interno del «margine di apprezzamento» riconosciuto agli Stati nell'applicazione della Cedu: tale margine avrebbe dovuto essere ampio, alla luce delle importanti implicazioni economiche e sociali del tema. Inoltre, il citato divieto era stato in vigore ormai talmente a lungo che sindacati e datori di lavoro si erano adattati allo stesso, anche se l'atteggiamento delle *trade unions* presentava segnali crescenti di conflittualità avverso le politiche del Governo: la ripresa economica del paese sarebbe quindi stata in pericolo se si fosse dovuto eliminare il divieto di azione secondaria.

Ancora, le critiche espresse dal Coeds al Regno Unito non avrebbero dovuto avere rilievo nella decisione della Corte: il Coeds non è un organo giurisdizionale o paragiurisdizionale, ma un comitato indipendente che deve presentare le proprie conclusioni al Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa; solo quest'ultimo può adottare raccomandazioni circa l'inosservanza della Carta sociale europea. Il Coeds e il Ceacr, inoltre, si sarebbero concentrati particolarmente sugli effetti negativi di un divieto di azione secondaria avverso il «datore di lavoro *de facto*», quando questi sia un soggetto diverso dal datore di lavoro formale, e quindi relativamente a circostanze diverse dal caso di Hydrex. In ogni caso, nemmeno il Ceacr poteva intendersi come organo giurisdizionale o paragiurisdizionale; né poteva sottovalutarsi come proprio la questione del diritto di sciopero fosse attualmente causa di una profonda controversia in sede Oil, nell'ambito della quale il valore dell'interpretazione delle convenzioni fornita dal Ceacr era stato contestato.

3. — *La decisione della Corte: protezione del diritto di sciopero ai sensi della Convenzione, natura accessoria dell'azione secondaria e margine di apprezzamento delle autorità nazionali* — La Corte affronta in primo luogo la questione della riconducibilità dello sciopero di solidarietà nell'ambito dell'art. 11 Cedu, affermando che l'interpretazione strettamente letterale della disposizione proposta dal Governo non può essere accettata. Nel far questo, richiama la propria giurisprudenza secondo cui la Cedu va interpretata — anche in ossequio alla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati — «alla luce di ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni fra le parti» (17). Le opinioni degli organi di supervisione sopramenzionati dimostrerebbero come l'azione secondaria sia protetta quale componente della libertà sindacale ai sensi della Convenzione n. 87 dell'Oil e della Carta sociale europea; rileva inoltre che tali organi abbiano espresso critiche o riserve circa la legislazione britannica sul punto.

Rispondendo alle osservazioni del Governo sul valore da attribuirsi alle opinioni dei comitati di supervisione, si richiama poi la sentenza *Demir*, secondo la quale la Corte «ha la facoltà e il dovere» di prendere in considerazione le opinioni di questi organi e la prassi comparata degli Stati europei.

(17) Cfr. le sentenze citate alla nota 1.

Dare un'interpretazione dell'art. 11 che sia molto più restrittiva di quella che emerge dal diritto internazionale sarebbe contrario a questi principi. Di conseguenza, per quanto si possa certamente sostenere che l'azione secondaria costituisca «un elemento accessorio e non essenziale della libertà sindacale», essa deve comunque ritenersi ricompresa «nell'ambito dell'attività sindacale protetta dall'art. 11»: ogni divieto di azione secondario andrà quindi esaminato alla luce dei limiti posti al legislatore dal comma 2 dell'art. 11.

Passando a operare questo esame, la sentenza si concentra sulla «protezione dei diritti e delle libertà altrui».

La Corte afferma che la fattispecie in questione debba tenersi distinta dai casi precedenti, pur citati dalle parti, che avevano come oggetto un'azione «primaria» (18) e accetta l'argomento del Governo, secondo il quale lo sciopero di solidarietà può avere effetti negativi sui diritti di soggetti estranei al conflitto collettivo in corso, causare «ampie disfunzioni [*broad disruption*] all'economia e coinvolgere la fornitura di servizi al pubblico». Il Collegio osserva come il divieto di azione secondaria sia funzionale alla «protezione dei diritti e delle libertà altrui» e non solo alla tutela «del datore di lavoro coinvolto in una controversia collettiva».

Rimane tuttavia da verificare se questo divieto possa essere considerato «necessario, in una società democratica»: a tal fine, lo Stato deve dimostrare che la restrizione alla libertà di associazione che esso comporta risponda a un «bisogno sociale pressante, che le giustificazioni fornite dalle autorità nazionali siano rilevanti e sufficienti e che [tale restrizione] sia proporzionata alla legittima finalità perseguita».

Sebbene il sindacato avesse richiamato diverse sentenze relative a fattispecie connesse ad azioni collettive, e in particolare la pronuncia *Enerji* dove ci si riferiva allo sciopero come «corollario essenziale» del diritto di organizzazione, il Collegio ricorda come in quel passaggio la Corte stesse semplicemente citando la posizione degli organi di supervisione dell'Oil, senza tuttavia «modificare l'interpretazione dell'art. 11 nel senso di conferire una posizione privilegiata al diritto di sciopero».

Secondo la Corte, la propria giurisprudenza dimostra come «lo sciopero sia chiaramente tutelato dall'art. 11»; nel caso in esame, tuttavia, il Collegio «non ravvisa alcun bisogno di determinare se l'azione collettiva debba adesso essere considerata come un elemento essenziale della protezione fornita [dallo stesso] art. 11».

Le circostanze del caso concreto dimostrano infatti come Rmt abbia avuto modo di esercitare due dei diritti essenziali che la giurisprudenza di Strasburgo associa alla libertà sindacale: il diritto di cercare di persuadere il datore di lavoro ad ascoltare l'opinione del sindacato e il diritto di intraprendere la contrattazione collettiva (19); lo sciopero dei dipendenti di Hydrex si collocava nell'ambito dell'esercizio di questi ele-

(18) Per una ricognizione della giurisprudenza della Corte in materia di sciopero, cfr. F. Dorssemont, *The Right to Take Collective Action under Article 11 ECHR*, in F. Dorssemont, K. Lörcher, J. Schömann (a cura di), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Hart, Oxford, 2013, pp. 333 ss.; C. Tomba, *Supranational perspectives on the right to strike: A critical study of the legal sources and of their interpretation*, Tesi di dottorato in Diritto dell'impresa, XXVI ciclo: Università commerciale di Milano «Luigi Bocconi», 2014.

(19) Cfr. i saggi di A. Jacobs e I. Van Hiel pubblicati in F. Dorssemont, K. Lörcher, J. Schömann (a cura di), *op. ult. cit.*

menti essenziali e, «sebbene non avesse raggiunto lo scopo preposto, non era stato comunque invano, avendo spinto l'azienda a rivedere la propria offerta».

Il fatto che lo sciopero non avesse «sortito il risultato voluto» non significa che l'art. 11 non fosse stato effettivamente esercitato. Il diritto alla contrattazione collettiva, prosegue la sentenza, non include il «diritto» al contratto collettivo: quello che la Convenzione impone è che il sindacato sia messo nella condizione di «lottare [*strive*] per la protezione degli interessi dei propri membri, cosa che il ricorrente e i suoi iscritti coinvolti nella controversia erano stati ampiamente in grado di fare nel caso di specie».

La Corte osserva ancora come, nella propria giurisprudenza in materia di libertà sindacale, si sia riferita alla necessità di operare «un equo contemperamento degli interessi degli individui e della società»; poiché giungere a un «contemperamento appropriato degli interessi dei lavoratori e delle aziende coinvolge questioni sociali e politiche delicate», è necessario «concedere agli Stati contraenti un margine di apprezzamento» che, in base all'ultima giurisprudenza della Corte (20), «deve essere ampio».

Il Collegio nota come il ricorrente si fosse ampiamente riferito ai passaggi della sentenza *Demir* in cui era stato riconosciuto come il margine dovesse essere limitato; si trattava, tuttavia, di statuizioni relative a un'interferenza di portata vastissima, «che si scontrava con il nucleo centrale della libertà di associazione», e cioè «lo scioglimento di un sindacato».

«Laddove una restrizione legislativa colpisca il cuore dell'attività sindacale», prosegue la sentenza in uno dei suoi snodi fondamentali, «al legislatore nazionale andrà riconosciuto un minore margine di apprezzamento e saranno richieste maggiori giustificazioni rispetto alla proporzionalità tra l'interesse generale e l'interferenza con la libertà sindacale». Al contrario, se non si tratta di uno degli elementi essenziali ma di «un aspetto secondario o accessorio dell'attività sindacale, il margine è più ampio ed è più probabile che, per sua natura, l'interferenza sia proporzionata».

Secondo la Corte, l'interferenza nel caso di specie non è stata tanto invasiva quanto sostenuto dal ricorrente; risulta invece che Rmt abbia in effetti organizzato uno sciopero, per quanto di portata ed effetti limitati, e che solo il suo desiderio di effettuare o minacciare un'azione collettiva che coinvolgesse centinaia dei propri iscritti presso Jarvis sia stata ostacolata. Non può quindi sostenersi che il divieto di azione secondaria abbia interferito con il cuore della libertà sindacale di Rmt. La fattispecie in esame va infatti tenuta distinta dai casi affrontati in precedenza, che si riferivano ad «azioni primarie»: «il margine di apprezzamento da riconoscere alle autorità nazionali è pertanto quello più ampio, relativo alla regolamentazione, nel pubblico interesse, di un aspetto secondario dell'attività sindacale».

Il Collegio riconosce come la regolamentazione britannica sia tra le più restrittive adottate tra gli Stati europei. Né è possibile ignorare come sia il Ceacr che il Coeds abbiano espresso critiche a riguardo.

La Corte respinge il tentativo del Governo di svalutare l'opinione del Coeds, ricordando che la mancata adozione di una successiva raccomandazione da parte del Comitato dei ministri non priva di significato le conclusioni da questo raggiunte (21).

(20) Cfr. sentenza *Sindicatul «Păstorul cel bun» c. Romania*, ricorso n. 2330/09.

(21) La Corte ricorda infatti come il ruolo del Comitato dei ministri sia di rivolgere raccomandazioni agli Stati «su base selettiva, guidati da considerazioni sociali, economiche o di al-

Quanto al Ceacr, la sentenza esclude che l'attuale controversia sul diritto di sciopero in corso all'Oil possa modificare «il ruolo di riferimento e guida dell'interpretazione di certe disposizioni della Convenzione [n. 87]», che la Corte riconosce a tale organo; quest'ultimo avrebbe già chiarito come le sue opinioni non siano legalmente vincolanti, mentre il disaccordo emerso in sede Ilc «ha avuto origine ed è rimasto confinato al gruppo dei datori di lavoro» nella Ilc del 2013: l'ultima prima della decisione della sentenza in esame.

Secondo il Collegio, tuttavia, emerge in questo caso la distinzione tra il ruolo della Corte Edu e quello di questi organi: essi decidono in termini generali, laddove «il compito della Corte non è quello di analizzare la legislazione nazionale in astratto ma di determinare se la maniera in cui essa è stata applicata in concreto al ricorrente abbia pregiudicato i diritti riconosciuti a quest'ultimo ai sensi dell'art. 11».

A questo proposito, prosegue la sentenza, il ricorrente si era riferito negli atti a situazioni ipotetiche nelle quali il divieto in questione avrebbe potuto avere conseguenze tali da impedire la tutela di lavoratori impossibilitati ad agire tramite un'azione primaria; situazione, questa, che, «a differenza che nel caso di specie», avrebbe, in effetti, potuto pregiudicare elementi essenziali della libertà sindacale. Queste potenziali ampie ricadute negative del divieto di azione secondaria «non emergono tuttavia nel caso di Hydrex»: i giudizi negativi espressi dagli organi Oil e dal Coeds circa la legislazione britannica non possono avere valore decisivo nel caso di specie.

Il Governo britannico, continua la sentenza, ha sostenuto che il «bisogno sociale pressante» circa il mantenimento del divieto di sciopero di solidarietà sarebbe la salvaguardia dell'economia nazionale rispetto ai potenziali effetti negativi che potrebbero nascere da questa attività sindacale che, se consentita, «metterebbe a rischio la ripresa economica del paese». A questo proposito, la Corte afferma che, nelle materie di politica economica e sociale, essa si atterrà alle scelte politiche dei legislatori nazionali a meno che queste siano «manifestamente prive di ragionevole fondamento».

Il Collegio nota inoltre come il divieto di sciopero di solidarietà sia rimasto intatto per oltre vent'anni, nonostante due cambi di colore delle maggioranze parlamentari succedutesi nel Regno Unito; ciò denoterebbe un «consenso democratico» a favore della disciplina vigente e una sua accettazione tra vasti settori dell'opinione politica: le ragioni del divieto sarebbero quindi fornite di fondamento.

Quanto al principio di proporzionalità, non rileva che dal 1980 al 1990 la legislazione britannica abbia limitato ma non vietato del tutto l'azione secondaria, cosa che dimostrerebbe, secondo Rmt, la possibilità di una regolamentazione meno severa della stessa: il sindacato non avrebbe dimostrato che al legislatore britannico mancassero ragioni sufficienti per considerare il divieto «necessario in una società democratica».

La Corte conclude quindi per il rigetto, non prima però di aver specificato come la decisione del caso di specie non vada interpretata come un riconoscimento del rispetto, da parte del Regno Unito, degli standard dell'Oil o della Carta sociale europea, la quale «contiene una norma più specifica e rigorosa in materia di azione collettiva»,

tro tipo», e non quello di supportare le conclusioni del Coeds, e rammenta, inoltre, come in realtà lo stesso Comitato avesse richiesto al Governo britannico di «adottare tutte le misure necessarie a riportare la situazione in conformità con la Carta».

e nemmeno come una «sconfessione [*calling into question*] dell'analisi effettuata sulla base di tali standard dal Ceacr o dal Coeds».

4. — *Qualche osservazione critica* — Come anticipato, la sentenza si colloca in continuità con la lettura dell'art. 11 della Cedu volta a ricomprendere nella libertà sindacale non solo gli elementi individuali della stessa, come la libertà positiva e negativa di associazione, ma anche gli aspetti tipicamente collettivi dell'agire sindacale.

Questo approccio espansivo alla portata della Convenzione ha trovato conferma nel ribadire la sostanziale validità delle statuizioni della sentenza *Demir*, nella quale la Corte ha per la prima volta incluso espressamente il diritto alla contrattazione collettiva tra gli elementi protetti dall'art. 11. Poco dopo, come è noto, la sentenza *Enerji* ha stabilito che il divieto di sciopero imposto dalla Turchia ai dipendenti pubblici costituisce una violazione dello stesso articolo. Nella decisione in commento la Corte compie un passo ulteriore, tramite l'inequivoca riconduzione dello sciopero, «chiaramente tutelato dall'art. 11», nell'ambito protettivo della Convenzione.

Neppure va sottovalutato come anche lo sciopero di solidarietà vi sia stato ricompreso, per quanto nel caso di specie la Corte non abbia riscontrato una violazione pur in presenza di un suo totale divieto: la legislazione britannica è stata sottoposta a un'ampia verifica della sussistenza degli elementi che possono giustificare una restrizione della libertà di associazione ai sensi dell'art. 11, comma 2. Sebbene il modo in cui tale verifica è stata operata dalla Corte desti diverse perplessità, si tratta comunque di uno sviluppo significativo nella giurisprudenza di Strasburgo.

Come già osservato, inoltre, particolarmente rilevante sembra la conferma del ruolo e del valore di guida che possono assumere le opinioni dei comitati di supervisione degli standard Oil e della Carta sociale europea (22).

La sentenza in commento, ribadendo come non sempre le opinioni di tali organi abbiano valore decisivo ai fini delle conclusioni adottate dalla Corte, sanziona comunque in maniera netta la loro autorevolezza in un momento particolarmente delicato, nel quale il ruolo dei comitati, e specialmente del Ceacr, è al centro di contestazioni.

Discostandosi da questi sviluppi, come riportato sopra, la Corte ha osservato come le conclusioni del Coeds nel senso della violazione della Carta sociale europea rimangano valide anche in mancanza di una successiva raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa che vi dia seguito. Quanto alle opinioni del Ceacr, esse rimangono un punto di riferimento fondamentale nel determinare il significato delle disposizioni previste dalle convenzioni Oil, per quanto, come ha riconosciuto lo stesso comitato, esse non abbiano valore giuridico vincolante; ancor più significativa l'affermazione che l'attuale aspra controversia sullo sciopero in corso all'Oil non assuma valore interpretativo agli occhi della Corte.

Non va sottovalutato, inoltre, come la sentenza metta espressamente in guardia dall'utilizzo delle proprie statuizioni nel senso di smentire i pareri di Coeds e Ceacr sulla violazione, da parte del Regno Unito, dei relativi standard con riferimento alla regolamentazione dell'azione secondaria; proprio al termine della decisione il Collegio

(22) Sul recente accresciuto ruolo di tali organi a livello internazionale e comparato, cfr. V. Remida, *Il ruolo della soft-law nella protezione multilivello dell'autonomia collettiva*, in q. Riv., 2013, I, pp. 783 ss.

ribadisce quanto già emerso nel corso della sentenza: l'oggetto e la portata dell'analisi della Corte ai sensi dell'art. 11 differiscono da quelli dei comitati; mentre questi ultimi analizzano la portata generale delle disposizioni nazionali contestate, la Corte si limita ad analizzarne gli effetti nel caso concreto, verificando che i diritti dei ricorrenti non siano stati pregiudicati nell'ambito delle sole fattispecie oggetto di giudizio.

Tale distinzione gioca un ruolo fondamentale ai fini delle conclusioni adottate dal Collegio. L'analisi della sentenza, tuttavia, sembra suggerire che l'opinione della Corte sia stata particolarmente guidata dalle caratteristiche specifiche del caso concreto soprattutto con riferimento alla questione dello sciopero di solidarietà.

Nel decidere circa la legislazione sullo *strike ballot*, infatti, il Collegio impiega poche battute per escludere la violazione dell'art. 11, in quanto Rmt era infine riuscita a organizzare uno sciopero che aveva ottenuto gli obiettivi sperati. La concessione dell'*injunction* in base alle disposizioni legislative denunciate non poteva dunque essere considerata isolatamente rispetto al risultato positivo della vicenda, a detta della Corte.

Si tratta di una statuizione che merita qualche approfondimento. L'*injunction* contro Rmt, concessa per una violazione della procedura abbastanza lieve – aver fornito i dati dei tecnici in maniera aggregata e non suddivisi per specifici ruoli –, era, infatti, rimasta in forza, e il sindacato era stato costretto a organizzare un diverso sciopero dopo aver dovuto effettuare un nuovo *strike ballot* successivo alla raccolta e alla comunicazione degli specifici dati al datore di lavoro. L'azione collettiva era stata quindi ritardata di oltre tre mesi e il sindacato aveva dovuto affrontare ingenti spese legali per difendersi in giudizio (23). Il risultato finale positivo non toglie quindi che l'azione sindacale fosse stata significativamente ostacolata attraverso la restrittiva interpretazione della normativa.

L'impressione che se ne potrebbe ricavare è che, nel decidere del caso concreto, la Corte abbia tenuto conto anche della citata evoluzione della giurisprudenza britannica sulle *immunities* (24), della quale era stato dato conto anche nella recente opinione del Ceacr citata dal Collegio, sebbene tale considerazione non sia stata manifestata espressamente dalla Corte, probabilmente per non discostarsi in maniera visibile dai fatti di causa. La categorica esclusione di una violazione dell'art. 11 di fronte a un ostacolo comunque rilevante all'esercizio della libertà di associazione – si trattava, tra l'altro, di un'azione «primaria» – sembra quindi poter trovare una spiegazione nel citato alleggerimento delle rigidità interpretative della disciplina delle *immunities*.

Venendo al secondo ricorso, si è già detto come la Corte abbia espressamente incluso lo sciopero, compreso quello di solidarietà, nell'ambito della protezione di cui all'art. 11 Cedu e come da tale inclusione derivi la necessità di verificare che le restrizioni legislative di tali attività rispondano ai criteri previsti dal comma 2 della stessa disposizione.

(23) Oltre 85.000 sterline, secondo A. Bogg, K.D. Ewing, *The Implication of the Rmt Case*, in *Industrial Law Journal*, 2014, pp. 221 ss., qui p. 234, che osservano come, seppure l'art. 35 della Convenzione, modificato dal Protocollo n. 14 alla Cedu, imponga la dichiarazione di inammissibilità del ricorso alla Corte quando «il ricorrente non abbia subito alcun pregiudizio significativo», una ricerca commissionata dal Consiglio d'Europa dimostri che la soglia economica sulla quale la Corte attesta la misura del «pregiudizio significativo» si aggiri mediamente attorno ai 500 euro.

(24) Cfr. le sentenze citate alle note 7 e 8.

Sembra tuttavia opportuno analizzare criticamente il modo in cui la Corte ha operato tale verifica.

La sentenza evita infatti di prendere posizione sulla questione dello *status* dello sciopero quale elemento essenziale della libertà di associazione, ma assume una posizione molto netta nell'affermare che l'azione secondaria costituisca un aspetto «secondario o accessorio» della stessa per il quale è più probabile che, «per sua natura», il giudizio di proporzionalità sia risolto in favore del legislatore nazionale.

La Corte non fornisce una particolare spiegazione del perché consideri lo sciopero di solidarietà come un elemento accessorio della libertà sindacale; sembra quasi che giunga a tale conclusione sulla base dell'argomento tautologico che questo sciopero abbia rilievo «secondario» giacché si tratta, appunto, di un'azione «secondaria».

Si tratta tuttavia di un aspetto fondamentale, che avrebbe forse potuto meritare qualche argomentazione in più, soprattutto se si considera come, in contraddizione con l'affermazione che la Corte giudichi in funzione della concreta violazione denunciata, le statuizioni appena riportate sembrano di particolare generalità, per quanto parzialmente ridimensionate dalla successiva ammissione che il divieto di azione secondaria potrebbe ipoteticamente restringere la libertà di associazione in maniera incompatibile con l'art. 11, nel caso in cui i lavoratori fossero impossibilitati a ricorrere all'azione primaria.

Ancora, un maggiore approfondimento avrebbe forse potuto meritare l'osservazione del sindacato secondo la quale la semplice limitazione dell'azione secondaria – prevista dalla legislazione britannica nel decennio 1980-1990 – avrebbe potuto assolvere le finalità indicate dal Governo in maniera adeguata ma comunque meno invasiva del divieto totale. Trattandosi comunque di una restrizione a un aspetto della libertà di cui all'art. 11, l'onere della prova del rispetto del principio di proporzionalità sarebbe dovuto spettare al Governo: la Corte sembra invece accettare senza riserva le argomentazioni per cui il mantenimento del divieto sarebbe dettato da «un bisogno sociale pressante» perché un suo eventuale allentamento «metterebbe a rischio la ripresa economica del paese».

Anche qui, la distinzione tra elementi primari e secondari della libertà di associazione e il conseguente allargamento del «margine di apprezzamento» degli Stati contraenti rispetto agli aspetti secondari sembra aver pesato decisamente nell'*iter* decisionale. Sembra potersi convenire che un ruolo particolarmente importante a questo proposito sia stato giocato dal recente Protocollo n. 15 alla Cedu, che ha ribadito l'importanza del principio di sussidiarietà nell'applicazione della Convenzione e del margine di apprezzamento riservato agli Stati (25).

Ulteriore argomento che non pare del tutto convincente è quello basato sul fatto che il divieto stesso sarebbe in vigore da lungo tempo e sarebbe «sopravvissuto» a due cambi di maggioranze politiche, a dimostrazione del «consenso democratico» in suo favore: giudicare l'ottemperanza alla Convenzione sulla base di pratiche accettate dalle maggioranze politiche e dall'opinione pubblica potrebbe pregiudicare la protezione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Cedu in presenza di un forte consenso politico nel senso, ad esempio, di una compressione dei diritti delle minoranze.

(25) In questo senso, A. Bogg, K.D. Ewing, *op. ult. cit.*

Si tratta di considerazioni dalle conseguenze potenzialmente molto serie e che non sembrano limitate dalla statuizione della Corte secondo cui il margine di apprezzamento è particolarmente ampio nelle materie di «politica economica e sociale», data la portata molto estesa di tale definizione. Non va neppure sottovalutato come tracciare un «doppio standard» di giudizio, nella distinzione tra politica economica e sociale e altre aree di *policy*, potrebbe causare un'inversione di tendenza rispetto al citato approccio «integrato» ai diritti umani, volto a superare la tradizionale distinzione tra diritti sociali e diritti civili e politici. Si tratterebbe di un arretramento della giurisprudenza della Corte, che proprio in materia di libertà sindacale ha adottato diverse decisioni che dimostrano (26), anche in linea con l'evoluzione dottrinale in materia (27), come tale distinzione sia artificiosa.

La sentenza in commento non sembra aver davvero invertito questa tendenza: la ricomprensione dello sciopero nell'ambito della protezione dell'art. 11, conferma anzi l'approccio «integrato», seppure la Corte non abbia preso posizione sullo *status* dell'azione «primaria» quale elemento essenziale della libertà di associazione. L'impressione, però, è che le argomentazioni con le quali il Collegio ha rigettato il ricorso in esame siano un segnale netto della volontà della Corte di procedere con molta cautela rispetto a questi temi.

Valerio De Stefano

*Docente a contratto di Diritto del lavoro
presso l'Università di Milano «Bocconi»*

(26) Oltre alle sentenze citate alla nota 1, anche Corte Edu 15 dicembre 2009, *Kaya e Seyhan c. Turchia*, ricorso n. 30946/04; Corte Edu 17 ottobre 2008, *Urcan e altri c. Turchia*, ricorsi nn. 23018/04 *et al.* Cfr., sul punto, C. Tomba, *Supranational perspectives on the right to strike: A critical study of the legal sources and of their interpretation*, Tesi di dottorato in Diritto dell'impresa, XXVI ciclo: Università commerciale di Milano «Luigi Bocconi», 2014.

(27) Si tratta di un dibattito vastissimo: cfr., *ex plurimis*, anche per una ricognizione delle diverse posizioni dottrinali esistenti, V. Mantouvalou, *Are Labour Rights Human Rights?*, in *European Labour Law Journal*, pp. 151 ss. Ulteriori considerazioni e informazioni bibliografiche sul punto anche in V. De Stefano, *La protezione del diritto di sciopero nella dialettica tra Corti e organi di supervisione internazionali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2014, pp. 461 ss.

CORTE D'APPELLO TORINO, 7 maggio 2014, Sez. lav. – Pres. Girolami, Est. Grillo Pasquarelli – Fiom-Cgil nazionale (avv.ti Sbarra, Guarini, Martino, Poli) c. Cnh Industrial N.V. (avv.ti De Luca Tamajo, Dondi, Amendolito, Favalli, Dirutigliano, Ropolo).

Condotta antisindacale – Comitato aziendale europeo – Procedimento di costituzione – Nomina dei componenti della Delegazione speciale di negoziazione – Ingerenza del datore di lavoro – Sussiste.

Configura comportamento antisindacale la condotta del datore di lavoro che cerchi di imporre la sostituzione di uno dei componenti della Delegazione speciale di negoziazione durante la procedura per il rinnovo del Comitato aziendale europeo perché designato da un sindacato non firmatario del contratto collettivo applicato in azienda. Ciò, in quanto, ai sensi del d.lgs. n. 74 del 2002, la designazione dei delegati è atto unitario, congiunto ed esclusivo delle organizzazioni sindacali. (1)

(1) COSTITUZIONE DEL COMITATO AZIENDALE EUROPEO
E COMPORTAMENTO ANTISINDACALE

SOMMARIO: 1. Il caso. — 2. La procedura di costituzione del Comitato aziendale europeo. — 3. Condotta antisindacale e ingerenza del datore di lavoro. — 4. Motivazioni della Corte: critica. — 5. Brevi conclusioni.

1. — *Il caso* — Il caso in esame si configura come l'ennesimo – e forse nemmeno l'ultimo – capitolo della oramai nota «vicenda Fiat» (1) e del braccio di ferro giudiziario che la contrappone alla Fiom-Cgil, ma appare comunque interessante nel complesso panorama delle relazioni industriali in quanto presenta indubbi profili di internazionalità e tocca istituti di diritto dell'Unione europea, sì da portare lo «scontro» a un livello sovranazionale.

Con la scissione del gruppo Fiat Spa e la nascita del gruppo Fiat Industrial Spa (ora incorporato nella società Cnh Industrial N.V.) venivano avviate le procedure per la costituzione, nell'ambito di tale ultimo gruppo, del Comitato aziendale europeo per l'esercizio dei diritti di informazione e consultazione spettanti ai lavoratori a livello transnazionale. Per tale motivo, nel settembre del 2011, alla direzione della Fiat Industrial veniva inviata una lettera in cui le organizzazioni nazionali dei metalmeccanici Fiom, Fim e Uilm indicavano unitariamente i tre membri italiani della Delegazione

(1) Per l'analisi di tale importante e complessa vicenda e del suo impatto sul sistema delle relazioni industriali vd., fra gli altri, Aa.Vv., *Il caso Fiat: una crisi di sistema?*, in *Lav. dir.*, 2011, pp. 239 ss., e F. Carinci (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, Ipsoa, Milano, 2011.

speciale di negoziazione e dell'esperto della Fem che li avrebbe affiancati. Senonché, nella riunione del 16 dicembre dello stesso anno, la Direzione aziendale, pur accettando l'aumento dei delegati per l'Italia da due a tre, rifiutava la nomina del delegato Fiom e ne chiedeva la sostituzione in quanto rappresentante di associazione sindacale non firmataria del contratto collettivo speciale applicabile all'azienda sottoscritto il 13 dicembre 2011. A nulla valeva la lettera del 25 settembre 2012 spedita alla Fiat dal segretario generale del sindacato europeo IndustriAll, con la quale si precisava che tutte le organizzazioni sindacali italiane affiliate – Fiom-Cgil compresa – dovessero considerarsi incluse nella Delegazione speciale di negoziazione (d'ora in poi Dsn). La Fiat Industrial ribadiva la sua indisponibilità ad accettare il delegato designato dalla Fiom, di talché i lavori della Delegazione non erano mai potuti iniziare.

A tale punto la Fiom-Cgil adiva, con ricorso *ex art.* 414 cod. proc. civ., il Tribunale di Torino, sostenendo l'antisindacalità del comportamento della Fiat, in quanto la pretesa della sostituzione del delegato appartenente alla Fiom-Cgil costituiva un'indebita ingerenza della società nella formazione della Delegazione deputata a trattare la costituzione del Comitato aziendale europeo. La Fiat eccepiva la mancanza di legittimazione attiva e di interesse ad agire dell'organizzazione ricorrente e, nel merito, contestava il fondamento della pretesa, chiedendone il rigetto.

Il Tribunale rigettava le eccezioni preliminari della Fiat, ma le dava poi ragione nel merito, in quanto, pur costituendo il comportamento dell'azienda un'indebita ingerenza in un atto di competenza esclusiva del sindacato, esso non rilevava come condotta antisindacale, visto che – secondo il giudice di prime cure – la legge tutela il diritto di nominare i rappresentanti della Delegazione solo fino alla concorrenza del numero previsto. Talché, una volta spostatisi dal piano legislativo a quello negoziale, tale diritto non è più configurabile. In altre parole, il Tribunale ha rigettato il ricorso in quanto le organizzazioni sindacali non avevano alcun diritto di nominare tre membri delegati per l'Italia; di conseguenza, il rifiuto della società resistente doveva considerarsi legittimo.

2. — *La procedura di costituzione del Comitato aziendale europeo* — Prima di esaminare la decisione della Corte d'Appello, pare opportuno svolgere alcune riflessioni sul fenomeno dei Comitati aziendali europei (d'ora in poi Cae) (2).

La «lunga marcia» dei Cae inizia con la Direttiva n. 94/45 (3), recepita nel nostro ordinamento col d.lgs. n. 74/2002. Il Cae è formato dai rappresentanti dei lavoratori i quali hanno diritto a essere informati e consultati (diritti di partecipazione cd. *debole*) (4) sulle questioni transnazionali che riguardano i prestatori di lavoro dell'impresa

(2) Vd., fra gli altri, G. Leotta, voce *Comitati aziendali europei*, in *Digesto sez. comm., Aggiornamento-2007*, Utet, Torino, 2007, p. 128; G. Barbucci, G. Arrigo (a cura di), *Comitati aziendali europei. Per una guida alle buone prassi*, Ediesse, Roma, 2007 (e poi Id., *I Comitati aziendali europei tra vecchio e nuovo diritto*, Ediesse, Roma, 2010).

(3) Per una prima lettura della Direttiva n. 94/45 vd. B. Veneziani, *I Comitati aziendali europei tra autonomia ed eteronomia*, in *Dir. rel. ind.*, 1995, n. 2, p. 51.

(4) Sulle varie tipologie partecipative e i diritti a esse connessi si rimanda in generale a F. Lunardon (a cura di), *Conflitto, partecipazione e concertazione*, in M. Persiani, F. Carinci, *Trattato di diritto del lavoro*, vol. III, Cedam, Padova, 2011, e all'ampia bibliografia ivi citata. Sul punto non si può comunque decampare dall'analisi di M. D'Antona, voce *Partecipazione*

o gruppo di imprese di dimensioni comunitarie. Esso occupa dunque un posto di particolare rilievo nell'ordinamento comunitario del lavoro, vista la rilevanza del compito che gli viene affidato di titolare dei diritti di informazione e consultazione, ovvero di diritti che, in base all'art. 27 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, sono di rango «primario» per i lavoratori europei (5).

Ciò, a sua volta, giustifica la particolare attenzione che il legislatore Ue ha dedicato all'istituto attraverso l'approvazione di due direttive (Direttiva n. 94/45, poi rifiuta nella Direttiva n. 2009/38, recepita in Italia con il d.lgs. n. 113/2012) caratterizzate dalla valorizzazione del principio di sussidiarietà, e quindi dalla più ampia libertà e autonomia lasciata alle parti sociali nel definire i meccanismi concreti della nascita e del funzionamento del Cae.

Peraltro nell'ambito di questo commento pare opportuno focalizzare l'attenzione soltanto sugli artt. 5, 6 e 7 del d.lgs. n. 74/2002; questo, benché abrogato dal più recente d.lgs. n. 113/2012 (6), è la normativa di recepimento applicabile *ratione temporis* al caso esaminato.

Secondo l'art. 5 del d.lgs. n. 74/2002, il procedimento di costituzione del Cae inizia con un *motu proprio* della Direzione centrale dell'impresa oppure, più realisticamente, con l'iniziativa di almeno 100 lavoratori – o di loro rappresentanti – di aziende o stabilimenti situati in almeno due Stati membri, oppure ancora con la richiesta delle organizzazioni sindacali che abbiano stipulato il Ccnl applicabile all'impresa.

A loro volta, gli artt. 6 e 7 prevedono e disciplinano, come passi successivi a tale iniziativa, l'istituzione di una Dsn, che ha il compito di stipulare l'accordo sulla costituzione e il funzionamento del Cae. Tale delegazione è costituita da un delegato per ogni Stato membro in cui l'impresa – o il gruppo di imprese – ha almeno uno stabilimento, prevedendo un limite minimo (tre) e uno massimo (diciotto) di delegati (cfr. art. 7, comma 1). Peraltro, i numeri così stabiliti possono subire modifiche, essendovi la possibilità di designare componenti ulteriori in base alla percentuale di lavoratori impiegati negli Stati membri, secondo quanto previsto dall'art. 7, comma 2, ovvero un seggio supplementare se nello Stato vengono occupati almeno il 25 per cento dei lavoratori, due seggi supplementari se il numero è almeno il 50 per cento e tre seggi supplementari se si arriva almeno al 75 per cento.

L'individuazione dei membri della Dsn avviene, in base all'art. 6, mediante designazione da parte delle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo nazionale applicato all'impresa, di concerto con le Rsu. Ove manchino preesistenti rappresentanze sindacali, le organizzazioni firmatarie dovrebbero accordarsi con la dire-

dei lavoratori alla gestione delle imprese (diritto del lavoro), in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, vol. XXII, pp. 1 ss. (dell'estratto).

(5) Si veda, sul punto, Corte di Giustizia Ue 15 gennaio 2014, causa C-176/12. Per un commento vedi B. Caruso, V. Papa, *I percorsi «accidentati» della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue... eppur la talpa scava*, in *q. Riv.*, 2014, II, pp. 185 ss.

(6) Per una prima analisi del d.lgs. 22 giugno 2012, n. 113, vd. G. Verrecchia, *Comitati aziendali europei ultimo atto: il decreto legislativo n. 113 del 22 giugno 2012 per l'attuazione della Direttiva n. 2009/38 di rifusione*, in G. Barbucci, G. Arrigo (a cura di), *Il nuovo quadro normativo dei comitati aziendali europei*, Roma, 2012, pp. 77 ss. Vedi, se vuoi, anche F. Pascucci, *La partecipazione dei lavoratori. Responsabilità sociale e amministrativa d'impresa*, Ipsoa, Milano, 2013, pp. 76 ss.

zione centrale dell'impresa per stabilire le modalità di concorso dei lavoratori alla designazione dei rappresentanti della Dsn.

Una delle criticità maggiori del d.lgs. n. 74/2002, anche rispetto alla Direttiva n. 94/45, si ritrova proprio sul metodo di individuazione dei membri della Dsn in mancanza di preesistenti rappresentanze all'interno dell'impresa. E infatti, mentre in tale caso la direttiva prevedeva l'elezione o la designazione diretta di tali membri da parte dei lavoratori, il decreto ha optato per un diritto «mediato» tramite l'accordo dei sindacati e della direzione dell'impresa, con un *favor* del legislatore nazionale verso il canale singolo di rappresentanza, ovvero le organizzazioni sindacali e i loro rappresentanti (7). Ma è proprio tale preferenza a configurare il *vulnus* ai diritti di informazione e consultazione che invece si vorrebbero proteggere. In mancanza di Rsu, e nel silenzio del decreto sulle Rsa, la designazione dei membri della Dsn spetta – insieme alla direzione aziendale – alle sole organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo nazionale applicabile all'impresa, lasciando fuori quei sindacati che non hanno sottoscritto il contratto di primo livello, e questo indipendentemente dalla loro effettiva rappresentatività. Detto in altri termini, la preferenza del legislatore nazionale per il canale singolo di rappresentanza – ovvero soltanto sindacale – rischia di tradursi, ove un sindacato non abbia firmato il contratto collettivo nazionale o equivalente applicabile all'impresa, in un'esclusione dello stesso, e quindi dei suoi iscritti, dai diritti di informazione e consultazione garantiti dall'art. 27 della Carta dei diritti.

Situazione, questa, che si è puntualmente verificata nel caso deciso dalla sentenza in commento, ove la Fiat ha rifiutato di aprire le trattative per la costituzione del Cae finché non fosse stato sostituito il membro della Dsn nominato dalla Fiom-Cgil: organizzazione non firmataria del Contratto collettivo specifico – ovvero dell'unico contratto collettivo di primo livello – applicabile – secondo l'ottica della società – all'impresa al momento dell'inizio della procedura.

3. — *Condotta antisindacale e ingerenza del datore di lavoro* — Il comportamento della Fiat può dunque configurare condotta antisindacale?

Come è noto l'art. 28 Stat. lav. non specifica cosa debba intendersi per «condotta antisindacale» (8), ma si limita a definirla come tutti quei comportamenti «diretti a impedire o limitare l'esercizio della libertà o dell'attività sindacale nonché del diritto di sciopero», configurando così una condotta atipica e indeterminata, caratterizzata però dalla obbiettiva idoneità a ledere gli interessi protetti dalla norma (9). La situa-

(7) Cfr. G. Dondi, *Comitati aziendali europei: il d.lgs. n. 74 del 2002 per l'attuazione della Direttiva n. 94/45/Ce*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, I, p. 115, per cui tale procedura presenterebbe «un aspetto di contrasto insuperabile con la direttiva».

(8) Sull'argomento, si vedano R. Scognamiglio, voce *Condotta antisindacale. Disciplina sostanziale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, 1988, pp. 1 ss. (dell'estratto), nonché C. Assanti, voce *Condotta antisindacale nei rapporti di lavoro privati*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2000, p. 341.

(9) Per R. Scognamiglio, *op. ult. cit.*, p. 2, il termine «comportamenti» indica qualsiasi atto o contegno, anche omissivo, che il datore di lavoro può adottare nei confronti dei sindacati o dei lavoratori e che trova il proprio dato di specificazione nella produzione di eventi che la legge stessa definisce in maniera lata e comprensiva. A sua volta, il termine «impedire» sta a significare qualsiasi forma di opposizione sia materiale che psicologica, mentre

zione a cui l'art. 28 si riferisce riguarda il conflitto nel quale le parti sociali si contrappongono e contrappongono i loro interessi collettivi; conflitto che può inasprirsi al punto tale da indurre il datore di lavoro, che si trova in posizione di superiorità, ad adottare comportamenti o provvedimenti volti a reprimere l'azione dei sindacati e piegare a proprio vantaggio la dialettica delle relazioni industriali (10). Come è stato notato, il datore di lavoro può infatti opporsi «nel» conflitto – facoltà che gli è consentita proprio dal principio di cui all'art. 39 Cost. – ma non può opporsi «al» conflitto, limitando o escludendo la libertà e/o l'attività del sindacato (11).

L'art. 28 è una norma a fattispecie «aperta», dove il legislatore non tipizza la condotta illecita, ma il risultato illecito. Talché ogni atto, in apparenza anche lecito, ma che finisce per impedire o limitare la libertà e l'attività sindacale oppure il diritto di sciopero, deve ritenersi antisindacale e quindi vietato.

Peraltro, la norma individua due diversi fenomeni di «antisindacalità» a seconda che essi siano diretti a impedire o solo limitare la libertà o l'attività sindacale. La libertà atiene al momento organizzativo, consentendo che i sindacati si diano un'associazione e una struttura fondata sulle proprie valutazioni e decisioni – libera quindi da condizionamenti esterni –, di modo che i singoli lavoratori possano decidere, in base alla propria scelta, di aderire o meno a una determinata associazione o rimanere del tutto estranei al movimento sindacale (12). Da parte sua, l'attività consiste in tutte quelle decisioni e azioni che i sindacati, ma anche i singoli lavoratori, possono porre in essere per realizzare gli obiettivi di rappresentanza e tutela collettiva sia nella categoria sia nella singola azienda.

Si capisce, dunque, perché l'art. 28 Stat. lav. ponga al primo posto la protezione della libertà contro l'illegittimo comportamento del datore di lavoro: la libertà è infatti prodromica e strumentale all'attività delle organizzazioni con la quale è, tuttavia, strettamente legata e integrata nella sfera dell'autotutela degli interessi collet-

quello «limitare» indica qualsiasi ostacolo di minore entità che il datore frapponga alla libertà e all'attività degli altri.

(10) Cfr., sul punto, ancora R. Scognamiglio, *op. ult. cit.*, per cui in tali casi può prospettarsi l'opportunità di offrire al sindacato un rimedio giuridico «che valga a ricondurre il conflitto nei binari di una corretta e leale prova di forza».

(11) Secondo la fortunata formula coniata da M.G. Garofalo, *Art. 28*, in G. Giugni (a cura di), *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 472. Secondo questa opinione, quando l'opposizione al sindacato è opposizione al conflitto, ovvero repressione dello stesso (con licenziamenti di attivisti sindacali, negazioni di assemblee o permessi), il comportamento è lesivo del bene tutelato e perciò illecito, mentre, ove il datore si muove nel conflitto, accettandolo e accettandone le conseguenze (resistere alle rivendicazioni, non accogliere la piattaforma sindacale ecc.), il suo comportamento è lecito perché si svolge nella logica del conflitto stesso.

(12) Si veda, sul punto, C. Assanti, *op. ult. cit.*, p. 342, la quale si chiede quale sia la collocazione, all'interno della norma, della scelta di non rendersi attivi, ovvero sia di utilizzare la libertà sindacale negativa, la quale si manifesta con l'opzione di non costituire strutture sindacali e di non entrare in quelle esistenti. La risposta, per l'Autore, non può che derivare dallo Statuto stesso, il quale richiama esplicitamente le scelte negative allorché prevede la nullità di qualsiasi atto o patto diretto a subordinare l'occupazione di un lavoratore a condizione che aderisca o meno a un'associazione sindacale oppure cessi di farne parte (art. 15, comma 1, Stat. lav.).

tivi. Per contro l'attività viene lesa quando vi sono situazioni protette specificatamente dalla legge o dai contratti collettivi. Rilevano, da questo punto di vista, le disposizioni del Titolo III dello Statuto dei lavoratori; ma si possono citare anche tutte quelle normative che attribuiscono ai sindacati poteri di partecipazione alla vita delle aziende, come sono proprio i diritti di informazione e consultazione, l'esercizio dei quali «il datore di lavoro non può impedire o limitare senza contravvenire al divieto dell'art. 28» (13).

Poste tali premesse, appare chiaro come la condotta della Fiat sia stata giustamente stigmatizzata – dalla Corte d'Appello di Torino – come comportamento antisindacale, dato che il rifiuto di aprire le trattative per la costituzione del Cae, titolare dei diritti di informazione e consultazione su questioni transnazionali, condizionato alla sostituzione del delegato nominato dalla Fiom, si configura come una intollerabile ingerenza in un atto di esclusiva attività sindacale quale, appunto, la nomina unitaria dei componenti della Dsn da parte delle organizzazioni sindacali e quindi, in definitiva, si traduce in un comportamento che impedisce tale attività.

Né l'art. 6 del d.lgs. n. 74/2002 può essere interpretato nel senso che i membri della Dsn debbano essere necessariamente appartenenti alle organizzazioni che li designano e a esse fare riferimento. Al contrario, proprio a smentire tale lettura, bisogna rilevare come la suddetta norma parli di designazione congiunta dei membri della Delegazione da parte dei sindacati firmatari, senza null'altro aggiungere. Occorre soprattutto notare come la Dsn sia un organismo che rappresenta tutti i dipendenti e come, benché i suoi membri siano individuati mediante designazione – *i.e.* mediante la scelta tra chi svolge già una funzione di rappresentanza –, a far parte di essa possano essere chiamati anche soggetti esterni sia all'impresa sia alle stesse organizzazioni designanti (14).

4. — *Motivazioni della Corte: critica* — Se l'esito a cui arriva la Corte d'Appello è dunque perfettamente condivisibile, meno convincente appare il percorso logico seguito per giungervi.

La Corte, nell'accogliere il primo motivo d'appello, afferma che il giudice di prime cure avrebbe errato nell'interpretare il verbale dell'incontro del 16 dicembre 2011 come una dichiarazione unitaria della Fiat volta a condizionare l'aumento da due a tre dei delegati della Dsn per l'Italia alla sostituzione del delegato appartenente alla Fiom-Cgil, nonché nel considerare tale richiesta, pur se indebita, legittima, posto che non vi era nessun obbligo in capo all'impresa *ex d.lgs. n. 74/2002* di incrementare il numero dei delegati italiani fino a tre.

(13) Così ancora R. Scognamiglio, *op. ult. cit.*, pp. 4-5, il quale cita le disposizioni di cui all'art. 5 della legge 20 maggio 1975, n. 164, che sancisce l'obbligo di consultazione delle associazioni sindacali ai fini del valido espletamento delle procedure di messa in Cassa integrazione dei lavoratori. Vedi pure C. Assanti *op. ult. cit.*, p. 343, per cui nella difesa dell'esercizio dell'attività sindacale hanno un rilievo nient'affatto trascurabile tutte quelle tipizzazioni operate, specie nello Statuto al Titolo III, e poi tutti quei processi articolati, individuati dalle legislazioni successive, che ruotano attorno al diritto di informazione.

(14) Vd. sul punto, benché riferita alla Direttiva n. 94/45, la condivisibile interpretazione di B. Veneziani, *I Comitati aziendali europei tra autonomia ed eteronomia*, in *Dir. rel. ind.*, 1995, n. 2, pp. 59-60.

Al contrario, il verbale di incontro del 16 dicembre 2011 presenterebbe – secondo l'interpretazione della Corte – due dichiarazioni distinte: con la prima, la Fiat accetta, pur senza esserne legislativamente obbligata, l'aumento del numero dei delegati della Dsn italiani da due a tre; con la seconda dichiarazione, la società resistente vorrebbe imporre un vero e proprio *diktat* finalizzato all'esclusione della Fiom dall'organo transnazionale. A suffragare la suddetta interpretazione vi è il fatto che la decisione sul numero dei delegati della Dsn, oltre a essere cronologicamente precedente alla disputa sul delegato Fiom-Cgil, viene considerata, sia nel prosieguo della riunione del dicembre 2011, sia nelle successive, un dato definitivamente acquisito, al contrario della richiesta di esclusione. Questa, oltre a configurare una «comunicazione unilaterale dell'azienda, sulla quale non viene ammesso alcun confronto» (15), continua a essere reiterata negli incontri successivi a motivo della mancata sottoscrizione della Fiom-Cgil del contratto collettivo speciale di lavoro applicato all'impresa.

Sul primo motivo di accoglimento dell'appello, dunque, *nulla questio*, in quanto la lettura dei fatti offerta dalla Corte sembra perfettamente condivisibile. Infatti, nell'aumentare il numero dei delegati della Dsn per l'Italia da due a tre, la Fiat non ha fatto altro che pervenire a un accordo derogatorio *in melius* della disciplina del d.lgs. n. 74/2002, accettando, e senza porre condizioni, la richiesta congiunta di tutti i rappresentanti dei lavoratori. Logicamente successiva, anche sul piano cronologico, è da considerarsi la dichiarazione dell'impresa rivolta alla rimozione e, soprattutto, alla sostituzione del delegato Fiom; questa richiesta, nel suo essere reiterata nei successivi incontri, senza agganciarla all'aumento del numero dei membri della Dsn, dimostra come quest'ultimo non fosse oramai più in discussione.

Anche sulla motivazione di accoglimento del secondo motivo d'appello non sembrano esserci punti critici.

Con tale motivo, la Fiom-Cgil censura le conclusioni del Tribunale lamentando l'antisindacalità della condotta della Fiat sia perché all'atto di nomina dei membri della Dsn il contratto collettivo speciale non era ancora applicabile ai dipendenti dell'impresa, sia perché tale atto è materia esclusiva delle organizzazioni sindacali e qualsiasi ingerenza del datore sul punto deve considerarsi illegittima.

La Corte accoglie le doglianze in quanto l'atto di nomina della Dsn è avvenuta in piena adesione al dettato normativo del d.lgs. n. 74/2002, il quale non assegna – come si è visto – un seggio a ogni organizzazione, ma vuole che la designazione sia unitaria, collettiva e inscindibile, visto che i membri della Delegazione rappresenteranno tutti i lavoratori dell'impresa. Ragion per cui ogni pretesa di intervento della Fiat sul punto era configurabile come condotta antisindacale, venendo a ledere il bene protetto dall'art. 28 Stat. lav. nella forma della «attività sindacale» (16).

Né avrebbe potuto affermarsi che non vi era per il datore nessun obbligo giuridico di accettare il terzo delegato, o, comunque, che per l'impresa era «legittimo opporsi a una designazione *contra legem*». A parte il fatto che era stata la stessa Fiat ad accogliere la proposta in tal senso delle organizzazioni sindacali assumendo la relativa ob-

(15) Vedi p. 23 della sentenza annotata.

(16) Sull'autonomia delle rappresentanze sindacali sul luogo di lavoro (specificamente, delle Rsu) e sul divieto di ingerenza e controllo sulla loro formazione e sul loro funzionamento vd. Cass. 20 marzo 2008, n. 7604, in *Arg. dir. lav.*, 2009, II, p. 785, con nota di L. Torsello.

bligazione semmai *praeter legem* (17), la Corte d'Appello – condivisibilmente e in piena adesione alla *ratio* dell'art. 28 Stat. lav. – precisa che tutti i comportamenti del datore di lavoro, «pur non immediatamente e direttamente contrastanti con norme di legge o contrattuali», i quali «risultino oggettivamente “diretti a impedire o limitare l'esercizio della libertà e attività sindacale, nonché il diritto di sciopero”», devono essere qualificati come antisindacali (18). Ne deriva che la pretesa della Fiat Industrial di riconoscere «soltanto componenti della delegazione appartenenti alle Oo.Ss. firmatarie del Ccsl [...], in palese contrasto con una nomina sindacale per legge inscindibile e unitaria, [...], rappresenta un atto di ingerenza del tutto arbitrario e inammissibile nelle prerogative della controparte sindacale» (19).

Inoltre la Corte rileva giustamente, anche se solo per inciso (20), come il Ccsl non fosse ancora applicabile alla Fiat Industrial, e che, quindi, esso non potesse costituire il fondamento giuridico della richiesta di esclusione del delegato Fiom-Cgil dalla Dsn. Se è vero che solo le organizzazioni sindacali firmatarie del Ccnl «applicato nell'impresa o nel gruppo di imprese interessate» – come richiesto dagli artt. 5 e 6 del d.lgs. n. 74/2002 – hanno il diritto di designare i membri della delegazione, ne deriva che, non essendo il contratto di primo livello applicato alla Fiat Industrial al 9 settembre 2011, né essendo applicabile al 16 dicembre 2011 il contratto collettivo speciale (Ccsl), occorre trovare un altro contratto di pari livello che permettesse alla Fiom-Cgil di esercitare il suo diritto di designazione.

Ed è proprio questo il punto nodale che – a parere di chi scrive – sembra sfuggito alla Corte.

Se è vero che la nomina dei membri della Dsn è un atto congiunto, unitario ed esclusivo delle organizzazioni sindacali, è anche vero che il d.lgs. n. 74/2002 prevede che solo le organizzazioni sindacali firmatarie del Ccnl possano designarne i membri. Su tale questione la Fiom-Cgil ha chiesto espressamente alla Corte d'Appello di pronunziarsi con un altro motivo di ricorso, considerando l'ultrattività del Ccnl 2008 e quindi il suo diritto di partecipare al procedimento di designazione. Tuttavia il giudice d'Appello non ha preso una posizione espressa su tale questione, considerandola assorbita.

Tuttavia, è proprio tale scelta di mantenere il silenzio su quest'ultima questione che appare criticabile.

(17) Sulla ricostruzione della designazione sindacale della Dsn non come *contra legem*, ma semmai *praeter legem*, si veda la sentenza in commento a p. 28.

(18) Vedi, per il virgolettato, p. 27 della sentenza in esame. Sulla ricostruzione della condotta antisindacale come condotta libera, ovvero sia caratterizzata non da elementi tipici, ma dalla sua idoneità oggettiva a ledere il bene protetto, anche al di là di uno specifico intento lesivo da parte del datore di lavoro, si vedano Trib. Venezia 1° febbraio 2008, in *Arg. dir. lav.*, 2009, II, p. 581, con nota di D. Iarussi, nonché Trib. Torino 19 gennaio 2010, in *Riv. crit. dir. lav. privato e pubbl.*, 2010, p. 378. Sul fatto che la violazione di una norma di legge imperativa configuri *ex se* comportamento antisindacale indipendentemente dall'accertamento di uno specifico intento dannoso, si veda Cass. 21 luglio 2008, n. 20078, in *Notiz. giur. lav.*, 2009, p. 6.

(19) Così la sentenza in commento, p. 29.

(20) Cfr. p. 29 della sentenza, per cui il Ccsl non era «nemmeno in vigore al 16 dicembre 2011, e dunque in allora “non applicato nell'impresa o nel gruppo di imprese interessate” (cfr. artt. 5 e 6, d.lgs. n. 74/2002)».

Si è detto che solo le organizzazioni firmatarie del Ccnl applicabile all'impresa o al gruppo di imprese hanno il diritto di designare i membri della Dsn; la formulazione dell'art. 6 del d.lgs. n. 74/2002 sembra non lasciare dubbi in proposito. La scelta del canale singolo in mancanza di Rsu si dimostra dunque – come già visto – un meccanismo di esclusione del sindacato non firmatario del contratto di primo livello, specie nel caso della Fiat, ove il contratto collettivo speciale è a oggi l'unico contratto collettivo di tale livello. E – come è noto – tale ultimo contratto non è mai stato sottoscritto dalla Fiom.

A rigor di legge, dunque, tale organizzazione sindacale non avrebbe avuto alcun diritto di partecipare alla designazione dei membri della Dsn per la Fiat Industrial, e questo indipendentemente dal loro numero per l'Italia.

Ma se si guarda al contratto collettivo di primo livello applicabile *ratione temporis* alla fattispecie, ovvero dal settembre al dicembre del 2011, allora le cose cambiano.

Infatti, da un lato, il Ccnl del 2008 era ancora in vigore per il gruppo Fiat (21), il quale uscirà da Confindustria solo il 1° gennaio del 2012; dall'altro lato, il Ccsl, benché firmato, non era ancora applicabile ai dipendenti dello stesso gruppo.

La Corte d'Appello si limita a cogliere il secondo profilo della questione, ma non quello – a nostro modesto avviso – più importante, ovvero il primo. Detto in altri termini, la Fiom-Cgil aveva tutto il diritto di partecipare alla designazione della Dsn in quanto organizzazione firmataria del Ccnl applicabile all'impresa in base all'art. 6 del d.lgs. n. 74/2002.

Ed è questo il vero motivo per cui la condotta della Fiat Industrial risulta antisindacale.

La Corte d'Appello, in altre parole, avrebbe focalizzato la sua attenzione solo sulla natura dell'atto sindacale di designazione a valle, senza chiedersi se la Fiom-Cgil avesse, a monte, il diritto di parteciparvi. Diritto che dipende strettamente da quale contratto di primo livello fosse applicabile ai dipendenti Fiat al momento dell'atto di designazione e da quali organizzazioni ne fossero firmatarie. Se dunque tale contratto fosse stato solo il Ccsl, allora le doglianze aziendali avrebbero dovuto essere accolte. Ma, posto che il contratto collettivo speciale – pur se firmato – non era ancora applicabile all'interno del gruppo, a differenza del Ccnl metalmeccanici del 2008 (sottoscritto dalla Fiom-Cgil), ne consegue il diritto di quest'ultima a partecipare alla designazione unitaria della Dsn, e ne consegue altresì l'antisindacalità della richiesta di esclusione della Fiat Industrial nei confronti del membro da essa designato.

5. — *Brevi conclusioni* — In definitiva si può condividere il risultato della sentenza della Corte d'Appello, la quale si è resa conto della discrasia contrattuale, e del fat-

(21) Sulla validità del Ccnl del 2008 per il settore metalmeccanico sino alla sua scadenza naturale anche nei confronti della Fiat, si veda A. Lassandari, *I giudici e il conflitto intersindacale tra libertà sindacale e diritto comune*, in q. *Riv.*, 2011, II, pp. 300 ss., nonché Id., *Il giudice «equilibrista» e il rebus del sistema sindacale italiano: osservazioni sulla controversia tra Fiom e Fiat*, *ivi*, 2012, II, p. 11. Sull'ultrattività del Ccnl 2008, per la giurisprudenza, si vd. Trib. Modena 22 aprile 2011, in q. *Riv.*, 2011, II, p. 321, con nota di A. Lassandari; Trib. Torino 20 maggio 2011, *ivi*, 2011, II, p. 317, con nota di A. Lassandari; Trib. Reggio Emilia 3 giugno 2011, *ivi*, 2011, II, p. 314, con nota di A. Lassandari; Trib. Larino 23 aprile 2012, *ivi*, 2012, II, p. 445, con nota di A. Raffi.

to che la stessa non potesse essere utilizzata dall'impresa resistente come fondamento giuridico per richiedere la sostituzione del delegato Fiom-Cgil.

Ci si chiede semmai perché tale corretta valutazione non sia stata sviluppata nelle sue logiche conseguenze. Se la Corte si è avveduta di come l'aumento dei membri della Dsn per l'Italia da due a tre e la richiesta di sostituzione del delegato Fiom-Cgil fossero argomenti del tutto scollegati, non si comprende perché essa si sia poi limitata a considerare – quasi fosse un postulato – la condotta della Fiat come antisindacale in quanto configurante «un atto di ingerenza del tutto arbitrario e inammissibile nelle prerogative di parte sindacale» (22), senza peraltro solidamente basare la sua affermazione su una specifica norma del d.lgs. n. 74/2002 a tutela dei Cae.

Ancora, chi scrive non comprende perché il giudice d'Appello abbia considerato la questione dell'ultrattività del Ccnl metalmeccanici del 2008 anche nei confronti della Fiat Industrial – pur sollevata dalla Fiom-Cgil – come assorbita, quando invece la stessa, per la risoluzione della controversia *de quo*, pare avere efficacia dirimente.

Accogliendo anche tale motivo di ricorso si sarebbe dato un più solido fondamento giuridico al diritto della Fiom-Cgil di partecipare alla designazione dei membri della Dsn, rispetto alla semplice – se pur fondamentale – natura di atto unitario di quest'ultima, rimesso dalla legge all'esclusiva competenza delle organizzazioni sindacali. Ciò, in quanto, se su quest'ultimo aspetto non emergono dubbi, alcuni ne sarebbero potuti sorgere sulla legittimazione dell'associazione appellante a partecipare a tale designazione in base al contratto collettivo di primo livello applicabile *ratione temporis* alla Fiat Industrial. Qualora questo fosse stato il solo Ccsl, allora, in base alla formale lettura degli artt. 5 e 6 del d.lgs. n. 74/2002 istitutivo dei Cae, la condotta della Fiat, per quanto scorretta e contraria a buona fede, si sarebbe dovuta considerare legittima. Solo i rappresentanti individuati dalla Fim e dalla Uilm (sole firmatarie del Ccsl e – come tali – legittimate a partecipare alla designazione dei membri della Dsn) sarebbero stati intangibili. E solo l'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme in questione alla luce della ben nota sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231 (23), avrebbe potuto bloccare l'iniziativa discriminatoria della Fiat.

Tuttavia, dato che il contratto di primo livello applicabile *ratione temporis* al caso esaminato non era ancora il Ccsl, bensì il Ccnl metalmeccanici del 2008, ecco che, in base proprio al d.lgs. n. 74/2002, la Fiom-Cgil, in quanto firmataria di esso, aveva il pieno diritto di partecipare alla designazione unitaria dei membri della Dsn (come, d'altronde, la Fim e la Uilm, comunque firmatarie anche del Ccnl 2008).

Si può dire che la Fiat ha provato nuovamente a portare avanti la sua «non nuova pretesa di scegliersi gli interlocutori sindacali» (24), cercando di sfruttare a proprio vantaggio il *vulnus* dato dal canale unico di rappresentanza sia per i diritti sindacali, sia per quelli di partecipazione presente nel nostro ordinamento. *Vulnus* ancora più insidioso in quanto, nel caso *de quo*, frutto di una scelta – forse nemmeno troppo consapevole – del legislatore nazionale nel recepimento della Direttiva n. 94/45 su una ti-

(22) Così p. 29 della sentenza in commento.

(23) Sulla quale vedi, fra gli altri, M. Rusciano, *Sindacato «firmatario» o «trattante» purché rappresentativo*, in q. Riv., 2013, II, p. 517.

(24) Cfr. p. 29 della sentenza.

pologia di diritti – quelli di informazione e consultazione – considerati come fondamentali dalla Carta dei diritti.

Tale iniziativa è stata nuovamente bloccata dall'intervento del giudice del lavoro. Tuttavia, fino a quando non si scioglierà il nodo del singolo o del doppio canale di rappresentanza, chi scrive non esclude che vi potranno essere altri tentativi da parte delle aziende – Fiat *in primis* – di eludere gli obblighi previsti dal diritto dell'Unione in merito ai diritti di partecipazione dei lavoratori.

Federico Pascucci

*Dottore di ricerca in Diritto dell'economia
presso l'Università Politecnica delle Marche*

CONTROVERSIE DI LAVORO

CORTE D'APPELLO ROMA, 23 dicembre 2013, n. 11199 – Pres. ed Est. Di Paolantonio – T.L (avv. Conti) c. Barclays Bank Plc (avv.ti De Luca Tamajo, Toffoletto, Bottini, Nespola, Paternò) ed Engo Spa (avv.ti Maresca, Gianni).

Controversie di lavoro e previdenza – Rito speciale per i licenziamenti – Ambito di applicazione – Domande connesse – Accertamento di un rapporto con soggetto diverso dal formale datore di lavoro – Ammissibilità – Onere di allegazione – Necessità – Difetto – Inapplicabilità del rito speciale – Separazione con mutamento del rito.

È ammissibile il ricorso al procedimento speciale disciplinato dalla legge n. 92/2012 anche nei casi in cui il ricorrente, nell'impugnare l'atto espulsivo, invochi le tutele previste dall'art. 18 Stat. lav. nei confronti di più soggetti, sul presupposto che gli stessi costituiscano un unico centro di imputazione di interessi e, quindi, un unico datore di lavoro. In difetto delle necessarie allegazioni sulle condizioni che devono ricorrere affinché il collegamento societario assuma rilevanza ai fini del computo del requisito dimensionale, la domanda del ricorrente ex art. 18 Stat. lav. va dichiarata infondata, con conseguente inapplicabilità del rito speciale. Nel caso in cui il giudice ritenga non accoglibile la domanda di applicazione delle tutele previste dal novellato art. 18 Stat. lav. per difetto dei necessari elementi costitutivi del diritto, dovrà respingerla nel merito, disponendo contestualmente il mutamento del rito quanto all'accertamento della fondatezza dell'azione sotto altri profili. (1)

(1) LE CONSEGUENZE DELL'ERRATA SCELTA DEL RITO FORNERO

SOMMARIO: 1. Le questioni all'esame della Corte d'Appello di Roma. — 2. Ambito di applicazione del cd. rito Fornero e individuazione delle questioni connesse all'impugnativa del licenziamento. — 3. Il problema della proponibilità della domanda subordinata volta a ottenere la tutela obbligatoria con il rito speciale. — 4. Errata scelta del rito e provvedimenti del giudice. — 5. Considerazioni conclusive.

1. — *Le questioni all'esame della Corte d'Appello di Roma* — Come noto, con la legge n. 92/2012 il legislatore ha introdotto un rito speciale, a completamento delle modifiche alla disciplina sostanziale prevista dall'art. 18, legge n. 300/1970, al fine di creare un modello processuale capace di rimuovere in tempi rapidi lo stato di incertezza sulla illegittimità del recesso, nelle ipotesi in cui questa possa essere sanzionata con il riconoscimento delle tutele previste dal richiamato art. 18.

La Corte d'Appello di Roma nella sentenza in epigrafe interviene, in fase di reclamo *ex art. 1*, commi 58-61, legge n. 92/2012, a far chiarezza su alcuni tra gli aspetti più complessi e dibattuti del cd. rito Fornero. In particolare, la decisione si occupa dell'ambito di applicazione di tale rito, degli eventuali limiti posti al potere del giudice di rilevare l'errore nella scelta del rito nonché dei provvedimenti in tal caso adottabili.

Nel caso *de quo* un lavoratore aveva proposto ricorso, ai sensi dell'art. 1, commi 47 e seguenti, legge n. 92/2012, eccependo la nullità del trasferimento di ramo d'azienda, in quanto mera cessione di personale, e la conseguente nullità del licenziamento intimatogli dalla società cessionaria, perché disposto da soggetto diverso dal titolare del rapporto, con conseguente richiesta di reintegrazione nel posto di lavoro presso la società cedente.

In subordine chiedeva che venisse dichiarata l'illegittimità del licenziamento per giusta causa intimato dalla società cessionaria per insussistenza del fatto contestato e tardività della relativa contestazione, con conseguente reintegrazione nel posto di lavoro, rilevando che il requisito dimensionale doveva essere ritenuto sussistente sul presupposto che detta società, sfornita di proprie strutture, faceva parte di un gruppo di imprese e, quindi, il rapporto di lavoro si doveva ritenere intercorrente con la società capogruppo, quale unico centro organizzativo e decisionale.

Le società si costituivano in giudizio, eccependo l'inammissibilità del ricorso proposto secondo il nuovo rito. Inoltre, la cedente lamentava la tardività della doglianza relativa alla cessione del ramo d'azienda, essendo maturata la decadenza di cui all'art. 32, legge n. 183/2010, mentre la cessionaria insisteva per la sussistenza della giusta causa del licenziamento e l'inapplicabilità della tutela reale per insussistenza dei requisiti dimensionali.

Nella fase sommaria, il Tribunale di Roma dichiarava inammissibili le domande del lavoratore perché estranee al campo di applicazione dello speciale rito introdotto dalla legge n. 92/2012.

L'ordinanza veniva confermata, nella fase di opposizione, dalla sentenza che pure dichiarava le domande del lavoratore inammissibili rilevato che, ai sensi dell'art. 1, comma 51, legge n. 92/2012, possono essere oggetto di impugnazione solo le ordinanze di accoglimento o rigetto e non già quelle di natura meramente processuale, come era quella nel caso di specie.

Il Collegio romano si è trovato, così, a dover dipanare una complessa matassa relativa sia a questioni di merito – come l'applicabilità del rito speciale alle domande rivolte verso datori di lavoro diversi da quello formale o volte a ottenere la tutela obbligatoria – che processuali – con riferimento ai provvedimenti adottabili dal giudice nel caso in cui la parte incorra in errore nella scelta del rito – derivanti dall'applicazione del nuovo procedimento introdotto per l'impugnazione dei licenziamenti disciplinati dall'art. 18 Stat. lav. (1).

Per quanto riguarda le questioni di merito, relative al campo di applicazione del neointrodotta rito speciale per i licenziamenti, la Corte propone un'interpretazione estensiva, ricomprendendo in detto ambito sia le domande relative alla titolarità del rapporto di lavoro sia quella volta a ottenere la tutela obbligatoria ex art. 8, legge n. 604/66, valorizzando il criterio della prospettazione sostenuto da parte del ricorrente ai fini del radicamento della scelta del rito.

In merito al problema dei provvedimenti adottabili dal giudice nel caso di errata scelta del rito, la sentenza non ritiene condivisibile quell'orientamento che sanziona tale errore con la dichiarazione di inammissibilità della domanda, perché ritenuto lesivo degli artt. 24 e 111 Cost. nonché del fine primario del processo, che è quello di garantire la tutela giurisdizionale, dando una risposta nel merito alle parti che agiscono in giudizio (2).

L'articolato *dictum* in commento cerca, dunque, di dare risposta ad alcuni dei tanti quesiti originati dalla disciplina del nuovo rito per i licenziamenti che, a fronte di disposizioni ambigue, ha inevitabilmente aumentato il livello di incertezza, dando luogo a orientamenti opposti in dottrina e in giurisprudenza.

Nel caso *de quo*, la Corte d'Appello, ritenendo non applicabile al caso di specie il cd. rito Fornero, ha disposto, previo mutamento del rito ai sensi dell'art. 439 cod. proc. civ., la prosecuzione della causa per l'esame di tutte le questioni relative al merito delle domande.

Sotto entrambi gli aspetti la sentenza appare ispirata al principio di ragionevolezza, volto alla conservazione degli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda. Si tratta di un condivisibile tentativo di temperare due opposte esigenze: da un lato, quella di evitare un inutile dispendio di attività processuale che si verrebbe a creare a seguito di una pronuncia di mero rito; dall'altro, quella di rimuovere in tempi rapidi l'incertezza sulla legittimità del licenziamento.

(1) Sulle problematiche esaminate si vedano: M. De Simone, *Il «rito Fornero». Questioni procedurali*, in *Lav. giur.*, 2014, n. 1, pp. 18 ss.; F.M. Giorgi, *Le questioni di rito nel nuovo processo per l'impugnazione dei licenziamenti*, in www.judicium.it; M. Biasi, *Il cd. «rito Fornero» nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, n. 6, II, p. 1449; G. Vidiri, *Nuovo rito sui licenziamenti: «giusto processo» e «imparzialità» del giudice del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, pp. 17 ss.; L. Dittrich, *Rito speciale dei licenziamenti e qualità della cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 104; D. Dalfino, *Il rito Fornero nella giurisprudenza: aggiornamento*, in *q. Riv.*, 2014, n. 1, I, p. 3; M. Barbieri, *La nuova disciplina sostanziale del licenziamento individuale: prime risposte giurisprudenziali*, in *q. Riv.*, 2013, n. 3, II, p. 333.

(2) Per un approfondimento sulle finalità del processo cfr.: M. De Luca, *Diritti dei lavoratori: strumentalità del processo versus declino della tutela giurisdizionale effettiva (a quarant'anni dalla fondazione del nuovo processo del lavoro)*, in *W.P. Cselle «Massimo D'Antona».IT*, 2013, n. 167; G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, p. 21; A. Proto Pisani, *Appunti preliminari sui rapporti fra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. e giur.*, 1978, p. 1.

2. — *Ambito di applicazione del cd. rito Fornero e individuazione delle questioni connesse all'impugnativa del licenziamento* — Il problema interpretativo che si è posto all'indomani dell'entrata in vigore della novella del 2012 è stato, quindi, quello di individuare esattamente quali siano le fattispecie riconducibili nella sfera di applicazione del rito accelerato (3).

Ai fini dell'applicabilità del rito speciale, l'art. 1, comma 47, legge n. 92/2012, specifica che esso si applica «alle controversie aventi a oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro».

Il successivo comma 48 dispone che con il ricorso non possono essere proposte domande diverse da quelle di cui al comma 47, salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi.

Pertanto, in sostanza, quando ricorrano i due presupposti previsti dalla legge (esistenza di un atto astrattamente qualificabile come licenziamento e richiesta da parte del ricorrente delle tutele previste dall'art. 18, cit.) è possibile la proposizione di domande, seppur diverse, ma che siano «fondate sugli identici fatti costitutivi».

Pur tuttavia proprio l'interpretazione di tali previsioni, indispensabili ai fini della giusta delimitazione del campo di applicazione del nuovo rito, ha dato origine a un consistente dibattito in dottrina e a orientamenti giurisprudenziali contrastanti (4).

Per quanto riguarda la prima disposizione (comma 47), è stato riconosciuto che la qualificazione del rapporto di lavoro può costituire una questione pregiudiziale, dalla cui risoluzione discende la possibilità di qualificare come licenziamento l'avvenuta interruzione del rapporto di lavoro e la conseguente verifica della validità dello stesso (5). È questo il caso, ad esempio, in cui sia controversa la natura subordinata del rapporto [del lavoro a progetto (6), del contratto di apprendistato (7) o di inserimento, del-

(3) Sul punto: D. Dalfino, *L'impugnativa del licenziamento secondo il cd. «rito Fornero»: questioni interpretative*, in *Foro it.*, 2013, n. 6, V; D. De Feo, *L'ambito applicativo del rito speciale per le controversie in materia di licenziamenti*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, n. 6, II, p. 1207; P. Sordi, *L'ambito di applicazione del nuovo rito per l'impugnazione dei licenziamenti e disciplina della fase di tutela urgente*, in *www.giustlavoristi.it*.

(4) Sui contrasti di dottrina e giurisprudenza si vedano, per tutti: L. De Angelis, *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo diritto: l'obbligatorietà e l'errore del rito e il cumulo delle domande*, in *Foro it.*, 2013, V, 101; C. Musella, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013; P. Curzio, *Il nuovo rito per i licenziamenti*, in *W.P. Csdlle «Massimo D'Antona».IT*, 2012, n. 158; D. Dalfino, *Il rito Fornero nella giurisprudenza*, in *q. Riv.*, 2013, n. 2, II, p. 153; G. Verde, *Note sul processo nelle controversie in seguito a licenziamenti regolati dall'articolo 18 Statuto lavoratori*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 299; S. Caponetti, *Orientamenti giurisprudenziali sul rito Fornero*, in *Mass. giur. lav.*, 2014, nn. 8-9, pp. 620 ss. In giurisprudenza: Trib. Taranto 30 novembre 2012; Trib. Milano 25 ottobre 2012; Trib. Bari 17 ottobre 2012; Trib. Bologna 25 settembre 2012 in *Foro it.*, 2013, I, 673; Trib. Genova 9 gennaio 2013.

(5) In tal senso F.P. Luiso, *La disciplina processuale speciale della legge n. 92 del 2012 nell'ambito del processo civile: modelli di riferimento e inquadramento sistematico*, in *www.judicium.it*, p. 6.

(6) Cfr. Trib. Bologna 22 marzo 2013.

(7) Così Trib. Roma 2 maggio 2013; Trib. Como 19 gennaio 2013; Trib. Bari 20 aprile 2013. *Contra*, Trib. Roma 14 gennaio 2013, in *Lav. giur.*, 2013, n. 10, p. 925, il quale esclu-

l'associazione in partecipazione (8), lavoro in cooperativa (9)]; non, invece, quando si discuta sull'eventuale conversione del rapporto a tempo determinato, in quanto in tale caso non si pone un problema di qualificazione bensì di accertamento della nullità dell'apposizione del termine di durata (10).

Diversamente ragionando, in mancanza di quanto espressamente previsto nell'ultima frase del comma 47, si poteva sostenere che la qualificazione del rapporto – quale questione pregiudiziale all'impugnativa del licenziamento – dovesse essere effettuata con il rito del lavoro, con la conseguente sospensione del procedimento speciale o la sua attrazione al rito del lavoro *ex art.* 40 cod. proc. civ.

Ora, la previsione del comma 47, cit., comporta che, ove la qualificazione del rapporto di lavoro divenga antecedente logico necessario della decisione, questa possa essere trattata secondo il nuovo rito, con la conseguenza che la qualificazione operata in questa sede dal giudice farà stato tra le parti (11).

Sebbene il dato letterale («qualificazione del rapporto») porterebbe a ritenere che solo le azioni finalizzate all'accertamento della natura subordinata del rapporto possano essere proposte insieme a quella relativa all'art. 18 Stat. lav. (12), una parte della giurisprudenza ha inteso il dettato legislativo in senso più ampio, ammettendo la pos-

de che la comunicazione della scadenza del rapporto di apprendistato possa essere qualificata come licenziamento, con la conseguente esclusione dal campo di applicazione del nuovo rito.

(8) Da ultimo, si veda Trib. Bologna 10 gennaio 2014.

(9) Cfr.: Corte d'App. Bologna 21 maggio 2013, in *Arg. dir. lav.*, 2013, n. 6, II, p. 1426; Trib. Busto Arsizio 26 novembre 2012, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, n. 4, p. 1091; Trib. Milano 16 luglio 2013, ord., e Trib. Torino 27 novembre 2013, con nota di Davide Bonsignorio, *Vanno trattate col rito del lavoro le controversie riguardanti l'illegittimità dell'esclusione da socio di cooperativa e del conseguente licenziamento*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2013, nn. 3-4, pp. 584 ss. *Contra*, Trib. Matera 9 gennaio 2013, in *Arg. dir. lav.*, 2013, n. 3, II, p. 683.

(10) La Cassazione ha più volte ribadito che nell'ipotesi di scadenza di un contratto a termine illegittimamente stipulato, e di comunicazione al lavoratore, da parte del datore di lavoro, della conseguente disdetta, non sono applicabili né la norma di cui all'art. 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, né quella di cui all'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, ancorché la conversione del rapporto a termine in rapporto a tempo indeterminato dia egualmente al dipendente il diritto di riprendere il suo posto e di ottenere il risarcimento del danno (in tal senso: Cass., Ss.Uu., 8 ottobre 2002, n. 14381, in *Dir. lav.*, 2003, II, p. 309; Cass. 26 maggio 2003, n. 8352, in *Mass. giust. civ.*, 2003, 5; Cass. 27 ottobre 2005, n. 20858, in *Mass. giust. civ.*, 2005, 9; Cass. 13 aprile 2007, n. 8903; Cass. 27 marzo 2008, n. 7979; Cass. 12 marzo 2009, n. 6010; Cass. 25 maggio 2009, n. 12011; *contra*, Cass. 19 settembre 2010, n. 9360, secondo la quale «quando il rapporto di lavoro a tempo determinato viene qualificato come rapporto a tempo indeterminato, l'atto con il quale il datore di lavoro comunica la scadenza del termine integra nella sostanza un licenziamento»). Escludono l'applicabilità del rito speciale per i licenziamenti al contratto a termine: A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 73; C. Romeo, *Le controversie nella legge Fornero tra specialità e ambito di competenza*, in *Lav. giur.*, 2013, n. 3, p. 229. In giurisprudenza: Trib. Milano 12 aprile 2013; Trib. Milano 15 ottobre 2012, in *Guida lav.*, 2012, n. 46, p. 15; Trib. Roma 8 novembre 2012. *Contra*, Trib. Milano 21 dicembre 2013.

(11) In questo senso: P. Pozzaglia, *Le domande assoggettate al rito Fornero*, in *www.giustizia-civile.com*, p. 3.

(12) Per l'orientamento restrittivo: C. Musella, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 362; E. Boghetich, *La cd. ri-*

sibilità di proporre, con il cd. rito Fornero, azioni relative all'accertamento della titolarità del rapporto di lavoro (ad esempio, nell'ipotesi del distacco illecito, della somministrazione irregolare o fraudolenta, dell'appalto non genuino, del lavoro nel gruppo di imprese) (13).

Tale orientamento è seguito anche dalla decisione in esame. La Corte d'Appello ritiene, infatti, ammissibile la domanda del ricorrente che, nell'impugnare l'atto di licenziamento, invochi le tutele previste dall'art. 18, legge n. 300/1970, nei confronti di più soggetti, sul presupposto che gli stessi costituiscono un unico centro di imputazione di interessi e, quindi, un unico datore di lavoro, anche se – avverte il Collegio – il collegamento economico-funzionale tra imprese gestite da società del medesimo gruppo deve essere sufficientemente provato (14). Ne deriva che, come nel caso *de quo*, in difetto delle allegazioni relative all'esistenza di una simulata frammentazione dell'attività tra più soggetti, la domanda non possa essere ritenuta fondata.

Far rientrare l'accertamento della titolarità del rapporto di lavoro nel concetto di qualificazione appare, però, essere un'interpretazione eccessivamente estensiva alla luce della diversità dei concetti «qualificazione» e «titolarità» del rapporto di lavoro (15),

forma Fornero e il rito speciale, in *Giur. mer.*, 2013, 5, p. 1091; D. De Feo, *L'ambito applicativo del rito speciale per le controversie in materia di licenziamenti*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, II, p. 1213. In giurisprudenza: Trib. Milano 25 ottobre 2012, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, n. 4, II, p. 1086; Trib. Milano 2 maggio 2013; Trib. Siracusa 4 giugno 2013, in *Mass. giur. lav.*, 2013, n. 10, p. 709; Trib. Milano 15 ottobre 2012, in *Guida lav.*, 2012, n. 46, p. 14; Trib. Roma 21 ottobre 2012, in *www.giuslavoristi.it*; Trib. Bari 4 marzo 2013, in *Lav. giur.*, 2014, n. 5, p. 51; Trib. Milano 13 novembre 2012; Trib. Milano 26 ottobre 2012; Trib. Milano 21 novembre 2012; Trib. Milano 11 ottobre 2012; Trib. Roma 21 febbraio 2013, in *Lav. giur.*, 2013, n. 10, p. 924; Trib. Milano 18 febbraio 2013; Trib. Roma 21 ottobre 2012.

(13) In tal senso cfr.: Trib. Napoli 16 ottobre 2012, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, n. 4, II, p. 1086; Trib. Roma 21 febbraio 2013; Corte d'App. Milano 23 maggio 2013, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2013, p. 216; Trib. Pescara 18 febbraio 2014; Trib. Roma 18 dicembre 2012; Trib. Genova 21 novembre 2012, in *Guida lav.*, 2012, n. 49, p. 15; Trib. Foggia 1° aprile 2014; Trib. Roma 13 dicembre 2012, in *www.giuslavoristi.it*; Trib. Roma 6 dicembre 2012. Questa giurisprudenza interpreta l'espressione «questioni relative alla qualificazione del rapporto» in senso atecnico, ricomprendendo nella qualificazione l'imputazione del rapporto di lavoro in capo a terzi. Essa ritiene che, diversamente interpretando, si arriverebbe a una disparità di trattamento data dal fatto che verrebbe creata una corsia preferenziale per alcuni datori di lavoro e un rito ordinario per altri, ancorché il fatto costitutivo della pretesa sia il medesimo.

(14) Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, infatti, il collegamento economico-funzionale tra imprese dello stesso gruppo non è di per sé sufficiente a far ritenere che gli obblighi inerenti a un rapporto di lavoro subordinato, formalmente intercorso tra un lavoratore e una di esse, si debbano estendere anche all'altra, a meno che non sussista una situazione che consenta di ravvisare un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro. Tale situazione ricorre nel caso di frazionamento di un'unica attività fra i vari soggetti e quando si accerti: l'unicità della struttura organizzativa e produttiva, l'integrazione dell'attività delle diverse imprese e il relativo interesse comune, il coordinamento tecnico e amministrativo-finanziario di una unica società, l'utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte delle diverse società. Sul punto, si rinvia a G. Franza, *Lavoro nelle società collegate: «ingerenze» della capogruppo e rilevanza del distacco* (nota a Cass. 29 novembre 2011, n. 25270, e a Cass. 8 agosto 2011, n. 17086), in *Mass. giur. lav.*, 2012, n. 6, p. 483.

(15) Così Trib. Roma 31 ottobre 2012, in *Mass. giur. lav.*, 2013, n. 4, pp. 250 ss.; Trib. Milano 5 ottobre 2012, in *Guida lav.*, 2012, n. 46, p. 15.

nonché della difficile compatibilità della complessa indagine istruttoria relativa all'accertamento dell'effettivo datore di lavoro con la sommarietà del rito speciale, sebbene anche quella, pacificamente ammessa, relativa alla sussistenza della natura subordinata della prestazione lavorativa non sia poi molto più rapida e agevole (16).

Ciò che rileva nel caso di imputazione del rapporto di lavoro a un soggetto terzo (presso il quale il lavoratore chiede di essere reintegrato) è l'assenza, nei confronti di quest'ultimo, di un atto astrattamente qualificabile come licenziamento, ossia di uno dei presupposti necessari per l'applicazione del nuovo rito (17).

Venendo alla seconda disposizione sopra richiamata (comma 48), che, come detto, richiede, ai fini dell'applicazione del rito speciale, domande diverse con identità di fatti costitutivi, non possono non ricordarsi le forti critiche mosse dalla dottrina. Questa ha, infatti, evidenziato come l'ipotesi prevista dal legislatore, dal punto di vista giuridico, non sia altro che un «ossimoro» (18), un «nonsense» (19), un «insieme vuoto» (20).

Se, dunque, la norma fosse interpretata letteralmente, anche alla luce della *ratio* acceleratoria del nuovo rito, allora nessuna domanda diversa dalla reintegrazione potrebbe essere proposta poiché rischierebbe di appesantire il procedimento sulla legittimità del licenziamento (21).

Pareri più favorevoli ha, invece, trovato quell'impostazione che partendo dalla diversità delle domande interpreta il concetto di «identità» con minor rigore, come «parziale comunanza dei fatti costitutivi» (22).

(16) E infatti, è stato evidenziato (P. Scognamiglio, *Le controversie di licenziamento nella riforma Fornero*, in *Guida lav.*, Il punto, 2013, n. 2, p. VI) come il legislatore abbia, in questo caso, ommesso di considerare che l'estensione della fase sommaria anche alle innumerevoli ipotesi in cui la decisione sulla domanda sul licenziamento dipende dalla qualificazione del rapporto di lavoro non solo mal si concilia con un procedimento caratterizzato da una cognizione estremamente semplificata per la complessità degli accertamenti in fatto necessari in questa tipologia di controversie, ma è, altresì, destinata ad appesantire i tempi di trattazione dovendosi esaminare numerosissime situazioni tra loro molto diverse. Nello stesso senso Corte d'App. Milano 9 giugno 2014, in www.wikilabour.it.

(17) Così Trib. Milano 23 ottobre 2013, in *Mass. giur. lav.*, 2013, n. 4, p. 252, con nota di P. Pozzaglia, *Nuovo rito: qualificazione e imputazione del rapporto di lavoro*.

(18) L'espressione è di P. Curzio, *Il nuovo rito per i licenziamenti*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, 2012, n. 158, p. 11.

(19) Così si esprime F.P. Luiso, *La disciplina processuale speciale della legge n. 92 del 2012 nell'ambito del processo civile: modelli di riferimento e inquadramento sistematico*, in www.judicium.it, p. 7.

(20) In questi termini M. De Cristofaro, G. Gioia, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, in www.judicium.it, p. 6.

(21) Così C. Musella, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 356; M. De Luca, *Procedimento specifico in materia di licenziamenti: per una lettura coerente con la strumentalità del processo*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, 2013, n. 173, p. 16.

(22) Per tutti: F. Miani Canevari, *Brevi osservazioni sugli aspetti processuali della riforma dell'art. 18 Stat. lav.*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, n. 3, I, pp. 550 ss.; M. De Cristofaro, G. Gioia, *op. ult. cit.*; A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 73; Trib. Bari 7 febbraio 2013, in *Arg. dir. lav.*, 2013, n. 4-5, II, p. 113.

Secondo questa interpretazione, rientrano nel campo di applicazione del nuovo rito *ex lege* n. 92/2012: la domanda di corresponsione dell'indennità sostitutiva del preavviso (23), del risarcimento del danno non patrimoniale per licenziamento ingiurioso (24), l'indennità supplementare prevista per i dirigenti dai contratti collettivi (25).

Vengono, invece, escluse le domande volte al pagamento di differenze retributive (26) o del Tfr (27), al riconoscimento del diverso inquadramento contrattuale (28), al risarcimento danni per violazione degli obblighi di sicurezza, all'accertamento di condotte mobbizzanti (29).

3. — *Il problema della proponibilità della domanda subordinata volta a ottenere la tutela obbligatoria con il rito speciale* — Una domanda che sicuramente è fondata sugli stessi fatti costitutivi dell'impugnativa del licenziamento è quella finalizzata a ottenere la tutela obbligatoria ai sensi dell'art. 8, legge n. 604/1966, nel caso in cui all'esito dell'istruttoria emerga l'insussistenza dei requisiti dimensionali richiesti dall'art. 18 Stat. lav. (30).

Per tali motivi, dottrina (31) e giurisprudenza (32) prevalenti, al momento, riten-

(23) Cfr. L. Cavallaro, *Le principali questioni giurisprudenziali sul rito speciale per i licenziamenti: rassegna critica*, in *Giustizia civile.com*, 19 marzo 2014. *Contra*, L. De Angelis, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, in *W.P. Csdle Massimo D'Antona.IT*, 2012, n. 152. In giurisprudenza è ammessa da Trib. Roma 28 novembre 2012 e Trib. Milano 9 novembre 2012, negata invece da Trib. Milano 31 ottobre 2012.

(24) D. Dalfino, *L'impugnativa del licenziamento secondo il cd. «rito Fornero»: questioni interpretative*, in *Foro it.*, 2013, n. 1, V, p. 6. *Contra*, P. Tosi, *L'improbabile equilibrio tra rigidità «in entrata» e flessibilità «in uscita» nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, n. 4-5, I, 2012, p. 840.

(25) Trib. Roma 28 novembre 2012, in *Mass. giur. lav.*, 2013, n. 6, pp. 428 ss.

(26) Così Trib. Palermo 15 ottobre 2012 e Trib. Taranto 30 novembre 2012, in *Lav. giur.*, 2013, p. 587; Trib. Milano 24 settembre 2012; Trib. Piacenza 16 gennaio 2013; Trib. Milano 2 maggio 2013.

(27) In tal senso: Trib. Milano 31 ottobre 2012; Trib. Roma 31 gennaio 2013.

(28) Cfr.: Trib. Milano 1° ottobre 2012; Trib. Milano 22 ottobre 2012; Trib. Milano 2 ottobre 2012.

(29) Sul punto: Trib. Monza 19 marzo 2013. *Contra*, Trib. Bari 12 febbraio 2013, cit.

(30) A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012; D. Buoncristiani, *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, n. 2, I, p. 363; P. Sordi, *L'ambito di applicazione del nuovo rito per l'impugnazione dei licenziamenti e disciplina della fase di tutela urgente*, in *www.giuslavoristi.it*, p. 387; C. Musella, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 371; D. De Feo, *L'ambito applicativo del rito speciale per le controversie in materia di licenziamenti*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, n. 6, I, p. 1218. In giurisprudenza Trib. Milano 16 maggio 2013.

(31) F.P. Luiso, *La disciplina processuale speciale della legge n. 92 del 2012 nell'ambito del processo civile: modelli di riferimento e inquadramento sistematico*, in *www.judicium.it*, p. 13; L. De Angelis, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, in *W.P. Csdle Massimo D'Antona.IT*, 2012, n. 152; A. Guariso, *Nuovo rito sul licenziamento e d.lgs. n. 150/11: spunti di riflessione*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, n. 2, pp. 303 ss.; G. Benassi, *La riforma del mercato del lavoro: modifiche processuali*, in *Lav. giur.*, 2012, n. 8-9, p. 749; R. Rivero, *Indicazioni operative sul rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, in *Lav. giur.*, 2013, n. 1, p. 17; L. Cavallaro, *Le principali questioni giurisprudenziali sul rito speciale per i licenziamenti: rassegna critica*, in *Giustizia civile.com*, 19 marzo 2014, p. 6; P. Curzio, *Il nuovo rito per i licenziamenti*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, 2012, n. 158.

(32) Trib. Napoli 16 ottobre 2012, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 1085; Trib. Roma 19 dicembre 2012 e Trib. Roma 29 gennaio 2013, su *www.giuslavoristi.it*; Trib. Palermo 31 dicem-

gono la domanda per la tutela obbligatoria trattabile con il cd. rito Fornero. A sostegno di tale soluzione vi è anche quella giurisprudenza che ritiene la richiesta volta a ottenere la tutela obbligatoria implicita in quella della reintegrazione. Come noto, si tratta di due azioni con identica *causa petendi* ma con *petitum* diverso, sia pure in rapporto di continenza; per la tutela obbligatoria questo è, infatti, rappresentato dalla riassunzione o dal risarcimento del danno, caratterizzato, quindi, da un *minus* rispetto alla domanda di reintegrazione (33).

Anche la decisione in esame ritiene la domanda di riassunzione *ex art. 8, legge n. 604/1966*, compresa nell'ambito di applicazione del nuovo rito speciale per i licenziamenti, atteso che il requisito dimensionale costituisce un fatto impeditivo del diritto alla reintegra.

E infatti è stato sostenuto che «i fatti costitutivi del diritto soggettivo del lavoratore a riprendere l'attività lavorativa e, sul piano processuale, dell'azione di impugnazione del licenziamento sono esclusivamente l'esistenza del rapporto di lavoro subordinato e l'illegittimità dell'atto espulsivo, mentre le dimensioni dell'impresa, inferiore ai limiti stabiliti dall'art. 18, legge n. 300/1970, costituiscono, insieme al giustificato motivo del licenziamento, fatti impeditivi del suddetto diritto soggettivo del lavoratore» (34).

Inoltre, ritenere ammissibile la domanda subordinata volta a ottenere la tutela obbligatoria, in caso di mancato accertamento del requisito dimensionale, permetterebbe di evitare un dispendio di attività processuale nel rispetto della finalità della novella del 2012 (35).

La tesi contraria (36) porrebbe il problema della eventuale decadenza nel frattempo maturata per il decorso del termine di proposizione della (nuova) azione giudiziale

bre 2012; Trib. Roma 28 novembre 2012; Trib. Genova 29 gennaio 2013; Trib. Milano 12 aprile 2013; Trib. Pisa 22 gennaio 2013; Trib. Ravenna 10 gennaio 2013; Trib. Roma 8 gennaio 2013; Trib. Padova 16 ottobre 2012, in *Giur. lav.*, 2012, n. 44, p. 16.

(33) Così Trib. Palermo 21 dicembre 2012, cit.; Cass. 19 novembre 2001, n. 14486, in *Mass. giust. civ.*, 2001, p. 1951; Cass. 9 settembre 1991, n. 9460, in *Mass. giust. civ.*, 1991, 9.

(34) Cass., Ss.Uu., 10 gennaio 2006, n. 141, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, n. 2, II, p. 448, con nota di A. Vallebona, *L'onere probatorio circa i requisiti dimensionali per la tutela reale contro il licenziamento: le Sezioni Unite cambiano idea*.

(35) Così R. Rivero, *op. ult. cit.*, p. 18.

(36) La tesi dell'esclusione della tutela obbligatoria dal campo di applicazione del rito speciale si basa su un'interpretazione restrittiva della legge n. 92/2012, attesa la finalità perseguita dal legislatore di creare una corsia preferenziale per le sole cause di impugnazione del licenziamento assistito dalla tutela di cui all'art. 18 Stat. lav. Secondo tale orientamento, se fosse possibile ottenere ordinariamente anche la tutela obbligatoria sfruttando la corsia preferenziale del rito speciale, qualsiasi parte potrebbe impugnare il licenziamento prospettando una mera allegazione di sussistenza del requisito dimensionale, al fine di sfruttare la corsia preferenziale per poi tendere all'accoglimento della domanda subordinata di tutela debole, aggirando i normali tempi di durata dei procedimenti ordinari con analogo oggetto. In tal senso si veda: Trib. Milano 19 ottobre 2012; Trib. Taranto 30 novembre 2012; Trib. Milano 12 aprile 2013; Trib. Treviso 8 maggio 2013; Trib. Como 10 marzo 2013; Trib. Roma 28 gennaio 2013; Trib. Arezzo 22 novembre 2012, in *www.tosclavgiur.it*; Trib. Venezia 2 ottobre 2012; Trib. Roma 24 gennaio 2013 e Trib. Roma 11 febbraio 2013, in *Mass. giur. lav.*, 2013, n. 6, pp. 432 ss. Secondo l'ultima decisione citata, la differenza anche solo quantitativa dei *petita* genera una differenza strutturale tra l'azione finalizzata alla reintegrazione e quella volta alla riassunzione, che esclude il requisito dell'identità richiesto dalla legge n. 92/2012. Nello stesso senso: *Prime indicazio-*

ria. Va, infatti, ricordato che la domanda giudiziale impedisce la decadenza non in quanto manifestazione della volontà di impugnare, ma in quanto finalizzata all'instaurazione di un rapporto processuale diretto a ottenere l'effettivo intervento del giudice (37). In tal modo il tempestivo esercizio dell'azione giudiziaria non vale a sottrarre il diritto alla decadenza laddove il giudizio si estingua o comunque non pervenga all'esito sperato per effetto di una pronuncia di rito (38).

4. — *Errata scelta del rito e provvedimenti del giudice* — Ma qual è la sorte delle azioni non rientranti nel campo di applicazione dell'art. 1, commi 47 e seguenti, legge n. 92/2012? La domanda non è di scarso rilievo benché il legislatore nulla abbia previsto al riguardo.

Va premesso che l'erronea adozione del rito speciale anziché di quello lavoristico del codice di rito non comporta alcun problema di competenza, essendo entrambi i procedimenti assoggettati alla competenza del tribunale in funzione del giudice del lavoro.

Non trovando tale fattispecie una specifica disciplina nella legge n. 92/2012, occorre indagare come il legislatore risolve analoghi problemi nei procedimenti che presentano affinità con il rito speciale.

Innanzitutto, è stata esclusa la possibilità di far ricorso alla disciplina dettata dall'art. 40 cod. proc. civ., la quale prevede il mutamento del rito nelle sole ipotesi di connessione qualificata ai sensi degli artt. 31, 32, 34, 35 e 36 cod. proc. civ., alle quali non può essere ricondotta la fattispecie in esame (39).

Gli artt. 426, 427 e 439 cod. proc. civ. dispongono il mutamento del rito tutte le volte in cui una causa relativa ai rapporti di lavoro previsti dall'art. 409 cod. proc. civ. sia promossa nelle forme ordinarie oppure una causa promossa con il rito del lavoro riguardi un rapporto diverso da quelli indicati nell'art. 409, cit.

Nel procedimento sommario di cognizione, l'art. 702-ter cod. proc. civ. stabilisce, al comma 2, che, nel caso in cui l'attore proponga una domanda diversa da quelle per cui il rito è applicabile, il giudice debba dichiarare l'inammissibilità della domanda, concludendo il processo con una decisione in rito. Il comma 3 del medesimo articolo prevede, invece, nel caso in cui il giudice ritenga che le difese svolte dalle parti richiedano un istruttoria non sommaria, la conversione del rito.

Più di recente, l'art. 4 del d.lgs. n. 150/2011 prevede il mutamento del rito ogni volta che una della controversie da trattare secondo uno dei modelli previsti (rito or-

ni dai tribunali sul nuovo rito, in *Riv. it. dir. lav.* 2012, II, p. 1110, in particolare *Decisioni prese dalla Sezione lavoro del Tribunale di Firenze in ordine al cd. rito Fornero*, 17 ottobre 2012, e *Indicazioni del Tribunale di Monza* del 30 ottobre 2012.

(37) In tal senso: Cass. 18 gennaio 2007, n. 1090, in *Corr. giur.*, 2008, p. 710; Cass., Ss.Uu., 30 luglio 2008, n. 20604, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1012. In senso contrario, cfr. *Decisioni prese dalla Sezione lavoro del Tribunale di Firenze in ordine al cd. rito Fornero*, cit. a nota precedente, secondo il quale «l'azione intrapresa con il rito Fornero impedisce la decadenza di cui all'art. 32, Collegato lavoro, anche se il giudice dichiara inammissibile il ricorso».

(38) Così L. Cavallaro, *Le principali questioni giurisprudenziali sul rito speciale per i licenziamenti: rassegna critica*, in *Giustizia civile.com*, 19 marzo 2014, p. 7.

(39) Cass. 29 gennaio 2010, n. 2155, in *Ced Cassazione*, 2010; Cass. 25 marzo 2003, n. 4367, in *Dir. giust.*, 2003, n. 15, p. 95; Cass. 19 dicembre 1996, n. 11390, in *Mass. giust. civ.*, 1996, p. 1777.

dinario di cognizione, rito del lavoro, rito sommario di cognizione) sia promossa seguendo un rito diverso per quella categoria di controversie.

Tornando alla domanda iniziale, va precisato che la giurisprudenza sul punto ha assunto le posizioni più disparate, partendo dalle declaratorie di inammissibilità fino ad arrivare alle conversioni del rito (40).

È noto che, come per l'eccezione di incompetenza, la correttezza della scelta del rito va risolta dal giudice alla stregua delle prospettazioni del ricorrente, ossia in base al contenuto della domanda giudiziale, salvo che tale prospettazione appaia *prima facie* artificiosa e finalizzata a sottrarre la cognizione della causa al giudice predeterminato per legge (41).

Secondo la sentenza in commento non può porsi questione di ammissibilità del rito prescelto allorché il lavoratore impugni il licenziamento invocando l'applicazione delle tutele previste dall'art. 18 Stat. lav.; piuttosto, il giudice che ritenga tale domanda non accoglibile, per carenza dei necessari elementi costitutivi del diritto, dovrà respingerla nel merito disponendo contestualmente il mutamento del rito ai fini dell'accertamento della fondatezza o meno dell'azione sotto altri profili (42).

(40) Per l'orientamento che ritiene operante il mutamento del rito, applicando gli artt. 426 e 427 cod. proc. civ., si vedano: Trib. Venezia 18 gennaio 2013; Trib. Bari 14 gennaio 2013; Trib. Napoli 26 ottobre 2012; Trib. Bari 26 novembre 2012. Per quello che ritiene, invece, applicabile il d.lgs. n. 150/2011, cfr.: Trib. Roma 6 marzo 2013; Trib. Roma 13 febbraio 2013; Trib. Roma 18 dicembre 2012; Trib. Roma 31 ottobre 2012, in *www.giuslavoristi.it*; Trib. Lecce 21 novembre 2012, in *Mass. giur. lav.*, 2013, p. 81. Per l'orientamento che ritiene necessaria nel caso *de quo* una pronuncia di mero rito si vedano: Trib. Velletri 14 maggio 2013 e Trib. Treviso 8 maggio 2013. Altra parte della giurisprudenza ritiene l'inammissibilità della domanda diversa proposta con rito Fornero, derivante dall'applicazione analogica dell'art. 702-ter, comma 2, cod. proc. civ. In tal senso, cfr. Trib. Roma 14 gennaio 2013, in *www.giuslavoristi.it*.

Entrambe le soluzioni presentano però dei limiti. Va, infatti, precisato che la conversione del rito nel nostro ordinamento riguarda il passaggio dal rito ordinario a quello del lavoro e viceversa, ma non riguarda espressamente il rito speciale dei licenziamenti introdotto nel 2012. Non sembra neppure potersi applicare direttamente il disposto dell'art. 702-bis cod. proc. civ., perché il cd. rito Fornero è obbligatorio al fine di una più sollecita definizione della causa, a differenza del procedimento sommario che dipende, invece, da una scelta strategica dell'attore. Per tutti, in tal senso, A. Ronco, *Il procedimento sommario di cognizione nel prisma dell'incompetenza, dell'inammissibilità della domanda (e del mutamento del rito)*, in *Giur. it.*, 2012, 10, p. 2108.

(41) In proposito la Suprema Corte ha chiarito che «qualora l'attore chieda il riconoscimento di un diritto che assume essere stato violato, previa allegazione di specifici fatti relativi a un determinato rapporto giuridico, competente a decidere la controversia – sulla base di tale *petitum* sostanziale – è il giudice indicato dalla legge in relazione a tale rapporto, anche se il convenuto, in base alla contestazione dell'esistenza di quel determinato fatto, eccepisca che al rapporto intercorso tra le parti debba essere assegnata una natura diversa, salvo che la prospettazione dell'attore non risulti in modo evidente pretestuosa e artificiosamente allegata proprio al fine di operare una non consentita scelta del rito e del giudice»; così Cass. 26 maggio 1997, n. 4662, in *Mass. giur. lav.*, 1997, p. 940; Cass. 17 maggio 2007, n. 11415, in *Mass. giur. it.*, 2007; Cass. 23 maggio 2012, n. 8189, in *Ced Cassazione*, 2012. Nello stesso senso Trib. Roma 21 febbraio 2013.

(42) Così pure Trib. Bari 4 marzo 2014, in *Lav. giur.*, 2014, n. 5, p. 516; R. Riveroso, *Indicazioni operative sul rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, in *Lav. giur.*, 2013, n. 1, p. 18.

Tale opzione interpretativa appare essere rispettosa del principio costituzionale del diritto della parte alla tutela piena ed effettiva dei diritti (art. 24 Cost.) mediante un giusto processo (art. 111 Cost.), anche considerato che il fine primario del processo è quello di dare alle parti una risposta nel merito (43).

Inoltre, anche secondo l'insegnamento della Corte costituzionale va escluso che la diversità dei riti possa risolversi in una minore effettività, o addirittura nella vanificazione della tutela giurisdizionale (44).

E infatti, un'interpretazione rigida, che facesse derivare dall'errata selezione del rito l'improcedibilità dell'azione, rischierebbe di compromettere l'effettività della tutela giurisdizionale, atteso che le modalità di attuazione della tutela giudiziaria non devono rendere, nella pratica, impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti (45).

È evidente la necessità di evitare abusivi e strumentali ricorsi al nuovo rito, ma sarebbe irragionevole un ordinamento processuale che prevede meccanismi diretti a consentire la prosecuzione della causa anche nel caso di errore nell'individuazione del giudice dotato di giurisdizione, e impone, invece, la chiusura del processo con una decisione di mero rito quando la parte abbia errato l'atto introduttivo. A ciò si aggiunga che il mutamento del rito impedisce, comunque, alla parte che abbia strumentalmente fatto ricorso al rito speciale di approfittare del suo volontario errore.

Tutto ciò premesso, l'applicazione analogica della disciplina del mutamento del rito, ai sensi degli artt. 426, 427, 439 cod. proc. civ. e del d.lgs. n. 150/2011, impedisce che l'errore sullo strumento processuale possa irrimediabilmente pregiudicare il diritto della parte alla tutela avverso il licenziamento ritenuto illegittimo – diritto compromesso, invece, dalla pronuncia di inammissibilità – giacché, come si è detto, la proposizione della domanda giudiziale è un evento idoneo a impedire la decadenza da un diritto in quanto instaura un rapporto processuale diretto a ottenere l'effettivo intervento del giudice ai fini della pronuncia di merito (46).

Del resto, una decisione negativa in rito, come l'inammissibilità o l'improcedibilità, può essere giustificata solo nel caso in cui si riscontri un vizio insanabile legato alla nullità di un atto processuale o al difetto di un presupposto processuale.

A sostegno della proposta opzione interpretativa vi è poi la previsione di cui ai commi 49 e 51 dell'art. 1, legge n. 92/2012, secondo i quali il provvedimento del giudice che definisce sia la fase sommaria che l'opposizione può essere di accoglimento o di rigetto, *tertium* (inammissibilità) *non datur*.

Inoltre, la dichiarazione di inammissibilità presuppone pur sempre una valutazione della ricorrenza dei requisiti richiesti dalla norma posta a base della domanda del lavoratore (quindi di non fondatezza del *petitum* formulata in via principale) risolvendosi, di conseguenza, nel rigetto della domanda di tutela reintegratoria (47). Ciò è tan-

(43) In tal senso Cass., Ss.Uu., 6 marzo 2009, n. 5456, in *Giur. it.*, 2009, n. 12, p. 2731.

(44) Corte cost. 12 marzo 2007, n. 77, in *Riv. dir. proc.*, 2007, n. 6, p. 1591; Corte cost. 14 febbraio 2013, n. 23, in *Giur. it.*, 2013, n. 8-9, p. 1751.

(45) In questo senso è anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia. Tra le tante, cfr.: Corte di Giustizia Ue 30 giugno 2011, *Meilicke e a.*, C-262/99; Corte di Giustizia Ce 19 settembre 2006, cause riunite C-392/04 e C-422/04, *Germany GmbH e Arcor Ag & CO c. Repubblica federale di Germania*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2006, n. 6, p. 1132.

(46) Cass. 18 gennaio 2007, n. 1090, in *Corr. giur.*, 2008, n. 5, p. 710.

(47) R. Rivero, *op. ult. cit.*, p. 18.

to più vero nel caso di specie poiché il Tribunale, in fase di opposizione, ha adottato una pronuncia di mero rito dopo aver affermato che il lavoratore era decaduto dal diritto di impugnare la cessione del ramo di azienda tra le due società ed escluso che il solo collegamento societario, non accompagnato dall'allegazione della unicità del rapporto con le persone giuridiche facenti parte del gruppo, potesse giustificare l'invocata rilevanza, ai fini del requisito dimensionale, della consistenza della società madre.

5. — *Considerazioni conclusive* — Le soluzioni proposte dal Collegio appaiono condivisibili.

Come si è avuto modo di evidenziare nelle pagine che precedono, alcune lacune e una scarsa disciplina del procedimento speciale per i licenziamenti hanno generato, nell'applicazione pratica, un'ampia diversità di opinioni da parte degli interpreti e degli operatori.

Lo scoglio più difficile con il quale la riforma si è dovuta confrontare è stato quello della giusta delimitazione del campo di applicazione del nuovo rito e delle conseguenze in caso di errore nella scelta del rito (48).

Come noto, nell'esperienza processuale, il licenziamento non è che la «punta di un iceberg» (49) di tutta una serie di altri atti e comportamenti contestati e controversi tra le parti, che ben possono dare luogo al cumulo di più domande, ammissibili nel vecchio regime del rito del lavoro improntato sul canone del *simultaneus processus*, ai sensi dell'art. 151 disp. att. cod. proc. civ.

Il legislatore della novella, ignaro di tutto ciò, delineando un rito speciale dedicato alle cause relative all'impugnativa del licenziamento, ha trascurato di disciplinare alcuni aspetti pratici che però rischiano di generare interpretazioni eccessivamente restrittive, imponendo uno «sdoppiamento obbligatorio delle possibili azioni giudiziarie» (50), poco conciliabile con le auspiccate ragioni di efficienza ed economicità, anche processuali, ma che, anzi, pone il problema degli eventuali possibili contrasti di giudicati.

Barbara Caponetti
Assegnista di ricerca
presso l'Università di Roma «Tor Vergata»

(48) Da ultimo, si veda: M. Barbieri, A. De Salvia, *Osservatorio «legge Fornero»*, in q. *Riv.*, 2014, n. 2, II, p. 229.

(49) L'espressione è di P. Tosi, *L'improbabile equilibrio tra rigidità «in entrata» e flessibilità «in uscita» nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, n. 4-5, I, p. 813.

(50) Così C. Romeo, *Le controversie nella legge Fornero tra specialità e ambito di competenza*, in *Lav. giur.*, 2013, p. 221.

SICUREZZA SOCIALE

I

CORTE D'APPELLO BRESCIA, 29 maggio 2014, Sez. lav. – Pres. ed Est. Nuovo – Inps (avv.ti Collerone, Mogavero) c. B.G.L. (avv. Baschenis).

Contribuzione previdenziale – Lavoro a progetto – Omissioni contributive – Art. 2116 cod. civ. – Automaticità delle prestazioni – Esclusione.

L'estensione analogica di una disposizione che si configura quale deroga alle norme generali in tema di assicurazioni sociali richiede una specifica previsione legislativa che ne preveda anche la relativa copertura finanziaria. (1)

II

CORTE D'APPELLO TORINO, 22 maggio 2014, Sez. lav. – Pres. Girolami, Est. Mariani – Inps (avv. Ollà) c. C.S. (avv.ti Boldrini, Marengo).

Contribuzione previdenziale – Lavoro a progetto – Omissioni contributive – Art. 2116 cod. civ. – Automaticità delle prestazioni.

I rapporti di collaborazione a progetto devono ritenersi assimilabili a quelli di lavoro subordinato con la conseguenza che il requisito della contribuzione deve ritenersi verificato anche quando i contributi non siano stati versati, risultando i medesimi dovuti nel limite della prescrizione. (2)

III

TRIBUNALE BERGAMO, 12 dicembre 2013, Sez. lav. – Est. Troisi – B.G.L. (avv. Baschenis) c. Inps (avv. Collerone).

Contribuzione previdenziale – Lavoro a progetto – Omissioni contributive – Art. 2116 cod. civ. – Automaticità delle prestazioni – Esclusione – Irragionevolezza.

Se l'esclusione del principio di automaticità nell'ambito di sistemi che rimettono alla diligenza del lavoratore l'assolvimento dell'obbligo contributivo appare ragionevole, deve parallelamente concludersi per l'irragionevolezza dell'esclusione di tale tutela nell'ambito di sistemi che prevedono l'assolvimento dell'obbligo contributivo a carico di datori e committenti nella loro qualità di sostituti. (3)

(1-3) AUTOMATICITÀ DELLE PRESTAZIONI E RAPPORTI DI COLLABORAZIONE
A PROGETTO. PROSPETTIVE *DE IURE CONDENDO*

SOMMARIO: 1. Le sentenze. — 2. Il principio di automaticità delle prestazioni. — 3. I requisiti soggettivi: la prassi amministrativa. — 4. Il diritto all'integrità della posizione contributiva. — 5. L'influsso comunitario. — 6. I requisiti oggettivi: i termini prescrizionali. — 7. Il risarcimento del danno. — 8. L'auspicabile (e possibile) estensione del principio di automaticità ai collaboratori a progetto.

1. — *Le sentenze* — Le sentenze in commento affrontano la questione dell'applicabilità del principio di automaticità delle prestazioni alle collaborazioni a progetto giungendo a soluzioni tra loro differenti.

Il Tribunale di Bergamo, decidendo su un ricorso proposto da una collaboratrice a progetto iscritta alla gestione separata che aveva visto respingere la domanda di accesso al trattamento pensionistico di vecchiaia a causa delle omissioni contributive poste in essere dal committente, ha ritenuto applicabile la disciplina prevista dall'art. 2116, comma 1, cod. civ., condannando l'Inps al riconoscimento dei contributi non versati e alla regolarizzazione della posizione contributiva. Vagliando se e in che misura la posizione del collaboratore a progetto sia, nella sostanza, riconducibile a quella del lavoratore autonomo, il Tribunale ha equiparato – quanto meno per lo specifico profilo contributivo oggetto del giudizio – la posizione del collaboratore a progetto a quella del lavoratore subordinato. Pur confermando la qualificazione dei collaboratori a progetto quali lavoratori autonomi, ha, infatti, ritenuto che anche a questi debba trovare applicazione il principio di automaticità. L'attenzione del Tribunale si è concentrata, in particolare, sulle modalità di riscossione della contribuzione e sulle differenze esistenti tra il meccanismo applicabile ai collaboratori iscritti alla quarta gestione e quello previsto per i lavoratori autonomi. Nonostante sul collaboratore gravi un terzo della contribuzione, ricade esclusivamente sul committente – anche quale sostituto – l'obbligo del versamento. Al collaboratore non è dato intervenire se non segnalando all'Inps eventuali omissioni, rimanendo soggetto alle inadempienze del committente. A tale condizione – corrispondente a quella esistente nell'assicurazione generale obbligatoria – consegue, secondo il Tribunale, che una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2116, comma 1, cod. civ. non possa che imporre un'estensione del

principio di automaticità anche ai collaboratori a progetto. Senza tale estensione, infatti, si creerebbe una situazione di aperto e insanabile contrasto con il principio di uguaglianza e con l'art. 3 Cost. (1).

Nel successivo grado di giudizio, la Corte d'Appello di Brescia, adita dall'Inps, riformava la sentenza escludendo l'applicabilità del principio di automaticità. Secondo la Corte, l'art. 2116, comma 1, cod. civ. è stato dettato con esclusivo riferimento ai lavoratori subordinati e, stante la riconducibilità dei collaboratori a progetto alla categoria del lavoro autonomo, non può trovare applicazione nei confronti di questi ultimi. La Corte ha ritenuto, in particolare, che l'imposizione dell'obbligo di contribuzione in capo a un soggetto differente non sia sufficiente a giustificare una estensione analogica di una disposizione che – configurando una deroga alle norme generali in tema di assicurazioni sociali – può trovare applicazione solo in presenza di una specifica previsione legislativa che ne preveda anche la relativa copertura finanziaria.

La decisione dalla Corte d'Appello di Torino trae, invece, origine da un ricorso presentato da una collaboratrice a progetto che – a causa delle omissioni contributive poste in essere dal committente – si era vista respingere la domanda di riconoscimento della cd. indennità di fine lavoro di cui all'art. 19, comma 2, d.l. 29 novembre 2008, n. 185. Chiedeva, quindi, l'applicazione del principio di automaticità e il riconoscimento della contribuzione non versata, nonché la condanna dell'Inps al pagamento. A seguito dell'accoglimento della domanda, l'Inps ricorreva innanzi alla Corte d'Appello di Torino che respingeva l'impugnazione. A parere del Collegio, l'esclusione del lavoro autonomo dal campo di applicazione del principio di automaticità non è irragionevole nella misura in cui l'obbligazione contributiva grava sullo stesso soggetto a cui compete il diritto alle prestazioni che, coerentemente, subisce anche le conseguenze pregiudizievoli del proprio inadempimento. Tale condizione non sussiste, però, in presenza di un rapporto di collaborazione a progetto, risultando, quindi, irragionevole far ricadere sul collaboratore le conseguenze di un inadempimento allo stesso non imputabile atteso che, anche per la quota a suo carico, l'onere del versamento dei contributi ricade sul committente.

2. — *Il principio di automaticità delle prestazioni* — Il mancato versamento dei contributi obbligatori dovrebbe impedire la costituzione del rapporto previdenziale e, quindi, la maturazione del diritto alle prestazioni. L'utilizzo del condizionale è, come noto, d'obbligo. Attraverso il meccanismo sancito dall'art. 2116 cod. civ. quella che dovrebbe essere la regola finisce, infatti, per essere – almeno con riferimento al lavoro subordinato – l'eccezione. Il principio di automaticità, introducendo una scissione tra il rapporto contributivo e quello previdenziale, fa sì che il lavoratore possa godere del-

(1) A commento di tale sentenza si vd. G. Canavesi, *L'automaticità delle prestazioni previdenziali per i lavoratori a progetto. Dalla giurisprudenza un segnale importante ma insufficiente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, pp. 439-447, C.A. Nicolini, *Ma davvero i collaboratori continuativi e coordinati possono invocare il principio di automaticità delle prestazioni?*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2014, pp. 285-298, nonché V. Nuzzo, *Il principio di automaticità delle prestazioni previdenziali e il lavoro a progetto: considerazioni sull'estensione delle tutele della subordinazione al lavoro coordinato e continuativo*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, pp. 757-763.

le prestazioni anche qualora il datore di lavoro non abbia regolarmente provveduto al pagamento dei contributi, purché questi rimangano ancora esigibili (2).

Il principio di automaticità ha trovato il proprio campo elettivo, almeno inizialmente, nel settore dell'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali. La sua introduzione viene comunemente fatta risalire al d.lgs. lgt. 23 agosto 1917, n. 1450, istitutivo dell'assicurazione per gli infortuni sul lavoro in agricoltura. Con l'art. 22, r.d.l. 17 agosto 1935, n. 1765 – ora art. 67, d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 –, il principio di automaticità ha trovato, nell'ambito della tutela contro gli infortuni e le malattie professionali, applicazione generalizzata. Nonostante l'art. 67, d.P.R. n. 1124/65, preveda un inadempimento agli obblighi contributivi a opera del datore di lavoro, il principio di automaticità, nella prassi applicativa dell'Inail, ha trovato – e trova tuttora, almeno in parte – applicazione anche nei confronti dei lavoratori autonomi. Nello stesso senso si esprime anche la legge 11 gennaio 1943, n. 138, che all'art. 11, comma 3, assicura le prestazioni dell'ente anche qualora il datore di lavoro non abbia ottemperato agli obblighi su di lui gravanti.

Il principio di automaticità ha, però, rilievo anche oltre l'ambito della tutela antinfortunistica. L'art. 27, r.d.l. 14 aprile 1939, n. 636, ne ha, infatti, esteso il campo applicativo alle assicurazioni contro la tubercolosi e contro la disoccupazione nonché all'assicurazione per la nuzialità e la natalità (3). Una sua generalizzazione avrebbe dovuto aversi con l'art. 2116, comma 1, cod. civ., che, però, facendo salva la possibilità di introdurre disposizioni derogatorie a opera di leggi speciali, si è di fatto rivelato una disposizione priva di una reale forza espansiva (4). La tendenza è stata anzi quella di ridurre la portata a una sorta di norma programmatica inidonea di per sé a imporre l'estensione del principio (5). Il quadro normativo, e le sorti del principio di automaticità, sono rimasti invariati sino alla legge 30 aprile 1969, n. 153, con cui ne è stata prevista l'applicazione alle prestazioni per l'assicurazione invalidità, vecchiaia e superstiti (6). Tale estensione – inizialmente ai soli fini del conseguimento del trattamento – con l'art. 23-ter, legge 11 agosto 1972, n. 485, ha assunto rilievo anche ai fini della misura dello stesso.

3. — *I requisiti soggettivi: la prassi amministrativa* — Alla fine del secolo scorso, l'art. 59, comma 19, legge 27 dicembre 1997, n. 449, ha previsto che l'art. 67, d.P.R.

(2) Per ulteriori approfondimenti si rinvia ad A. Avio, *Della previdenza e dell'assistenza. Artt. 2114-2117, in Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 61-78, nonché a V.M. Marinelli, voce *Automaticità delle prestazioni nel diritto della sicurezza sociale*, in *Digesto sez. comm., Agg. IV*, Utet, Torino, 2008, pp. 18-28.

(3) L'art. 34, legge 26 agosto 1950, n. 860, abrogando il r.d.l. 22 marzo 1934, n. 654, sulla tutela della maternità delle lavoratrici, ha soppresso l'assicurazione per la nuzialità e la natalità.

(4) G. Canavesi, *Contribuzione prescritta e automaticità delle prestazioni nell'ordinamento italiano e nella dimensione comunitaria*, in q. *Riv.*, 1992, I, p. 473.

(5) E. Saia, *Il principio di automaticità delle prestazioni previdenziali*, in *Inf. prev.*, 2000, p. 372.

(6) Si vd. P. Boer, *Ricongiunzione dei periodi assicurativi e automaticità delle prestazioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in q. *Riv.*, 1998, II, p. 401, secondo cui la circostanza che l'art. 27, legge n. 153/69, non menzioni le pensioni di anzianità non è sufficiente a escluderle dal campo applicativo del principio di automaticità, essendo, invece, necessaria una precisa indicazione in tal senso. La pensione di anzianità è stata abolita dall'art. 24, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (conv. in legge 22 dicembre 2011, n. 214), e sostituita dalla cd. pensione anticipata.

n. 1124/65, non trovi applicazione nei confronti dei lavoratori autonomi (7). Tale novella ha inciso sull'agire dell'Inail, modificandone – invero solo in parte – le prassi. *Ratio* dell'intervento normativo è, secondo Inail, la volontà del legislatore di ripristinare, nei confronti dei lavoratori autonomi, il rapporto sinallagmatico tra contribuzione e prestazione assicurativa reso inoperante dall'art. 2116, comma 1, cod. civ. in favore dei lavoratori dipendenti. Da tale volontà non discende, però, una esclusione *a priori* del principio di automaticità per i lavoratori autonomi. Ponendo l'attenzione sulle particolarità delle singole fattispecie ed effettuando un ragionamento più articolato, l'Inail giunge, infatti, ad affermare che l'esclusione debba essere riferita esclusivamente ai casi di identità fra soggetto assicurato e soggetto assicurante (8). Il medesimo orientamento è stato ribadito a seguito dell'estensione della tutela per gli infortuni e le malattie professionali ai lavoratori parasubordinati operata dall'art. 5, d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38 (9).

Di contrario avviso è, invece, l'Inps, che ha sempre escluso – trovando il sostegno della giurisprudenza (10) – l'applicabilità del principio di automaticità alla totalità dei lavoratori autonomi. Alla riconduzione della cd. parasubordinazione – e, quindi, dei collaboratori a progetto iscritti alla quarta gestione – alla categoria del lavoro autonomo non può che conseguire l'esclusione del principio dell'automaticità (11). Si è, quindi, in presenza di un contrasto nelle prassi dei due enti che, facendo l'uno – Inail – leva su di un elemento di carattere sostanziale quale la struttura del rapporto contributivo sul lato soggettivo e l'altro – Inps – su di un elemento di natura formale quale la qualificazione giuridica del rapporto di lavoro, ha portato a una differenziazione del trattamento riservato ai collaboratori a progetto della cui corrispondenza ai principi fondamentali del sistema previdenziale è almeno lecito dubitare (12).

Alcuno dei percorsi argomentativi seguito dai due enti pare, invero, convincere pienamente. L'Inps esclude l'estensione del principio di automaticità ai collaboratori a progetto in ragione della necessità di garantire una presunta uniformità di trattamen-

(7) Si vd. G. Canavesi, *Effettività della tutela previdenziale delle collaborazioni coordinate e continuative e principio di automaticità delle prestazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, I, pp. 63 ss., secondo il quale – innovando il regime in materia di automaticità delle prestazioni e circoscrivendone l'ambito soggettivo – l'art. 59, comma 19, legge n. 449/97, si configura non come una norma di interpretazione autentica bensì come una norma innovativa.

(8) Circolare Inail 7 maggio 1998, n. 30.

(9) Circolare Inail 11 aprile 2000, n. 32. In dottrina, si vd. F. Potrandolfi, *Automaticità delle prestazioni ed esonero datoriale da responsabilità civile nell'ipotesi di lavoratore parasubordinato*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2001, I, pp. 515 ss., che, configurando l'art. 59, comma 19, legge n. 449/97, quale norma derogatoria, ritiene che lo stesso non possa trovare applicazione oltre il caso specificamente previsto e che, pertanto, debba esserne esclusa l'applicazione ai lavoratori parasubordinati.

(10) Si vd. Cass. 24 marzo 2005, n. 6340, con riferimento ai geometri liberi professionisti; Cass. 16 agosto 2001, n. 11140, con riferimento ai commercialisti; Cass. 15 maggio 2003, n. 7602, con riferimento agli spedizionieri doganali; Cass. 16 novembre 1995, n. 11869, con riferimento agli artigiani.

(11) Circolare Inps 6 settembre 2006, n. 95-bis. Si vd., inoltre, il messaggio Inps 22 maggio 2007, n. 12768.

(12) G. Canavesi, *Effettività della tutela previdenziale delle collaborazioni coordinate e continuative e principio di automaticità delle prestazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, I, p. 58.

to sia tra gli iscritti alle diverse gestioni dei lavoratori autonomi sia all'interno della stessa gestione separata tra le diverse categorie di soggetti protetti (13). Nel fare ciò fa leva su di una uniformità tra collaboratori e lavoratori autonomi che risulta ormai non più sostenibile. Invero, anche le ragioni che l'Inail pone alla base della propria scelta non sono condivisibili. Tra le premesse e le conclusioni del ragionamento «c'è un salto logico e sistematico» (14). La non applicabilità del principio di automaticità ai lavoratori autonomi non può trovare la propria ragion d'essere nella volontà del legislatore di ripristinare il rapporto sinallagmatico tra contributi e prestazioni. Una tale volontà dovrebbe, infatti, presupporre l'esistenza di un nesso tra contributi e prestazioni che per poter essere inibito con esclusivo riferimento ad alcune categorie di lavoratori dovrebbe avere carattere generale e configurarsi quale elemento strutturale del sistema previdenziale. Tale conclusione, tuttavia, potrebbe valere esclusivamente nell'ambito di un sistema di assicurazione sociale, mentre, come noto, il sistema previdenziale italiano è informato alle logiche della sicurezza sociale (15).

4. — *Il diritto all'integrità della posizione contributiva* — L'esclusione dei lavoratori autonomi dall'ambito di applicazione del principio di automaticità non configura un punto fermo del sistema bensì una scelta del legislatore, in quanto tale reversibile (16). La disciplina del d.P.R. n. 1124/65 evidenzia, infatti, un'applicabilità generale del principio di automaticità nell'ambito delle prestazioni contro gli infortuni in agricoltura, a prescindere dal carattere autonomo o subordinato del rapporto (17). Tale peculiarità si riscontra anche per i lavoratori dell'artigianato (18) e per i pescatori di piccola pesca marittima e nelle acque interne (19). Vi sono, infine, casi in cui l'ordinamento ha previsto l'applicabilità del principio di automaticità anche al lavoro autonomo in senso stretto (20).

Esclusa l'esistenza di un limite sistemico, occorre interrogarsi sulla possibilità di estendere il principio di automaticità a quelle categorie di lavoratori autonomi che si caratterizzano per una non corrispondenza tra soggetto tutelato e soggetto obbligato al versamento dei contributi. Punto di partenza non può che essere la pronuncia della Corte costituzionale (21) che – dichiarando non fondata la questione di legittimità degli artt. 2, comma 2, e 6, comma 2, della legge 7 febbraio 1979, n. 29, sulla ricongiunzione dei periodi assicurativi ai fini previdenziali – ha messo in luce come il principio di automaticità non trovi applicazione, nei sistemi di previdenza e assistenza obbligatori, esclusivamente ove il sistema delle leggi speciali vi si adegui bensì in tutti i casi in cui non vi sia una deroga esplicita. L'automaticità delle prestazioni costituisce una fonda-

(13) G. Canavesi, *op. ult. cit.*, p. 57.

(14) G. Canavesi, *op. ult. cit.*, pp. 65 ss.

(15) Per una più completa disamina si rinvia al par. 8.

(16) G. Canavesi, *op. ult. cit.*, p. 67.

(17) Artt. 212 e 236, d.P.R. n. 1124/65.

(18) Art. 3, legge 19 gennaio 1963, n. 15; art. 4, n. 3, d.P.R. n. 1124/65.

(19) Art. 1, legge 13 marzo 1958, n. 250.

(20) Il principio di automaticità, in particolare, è stato previsto per gli iscritti alla Cassa italiana di previdenza e assistenza a favore dei geometri dall'art. 35, legge 24 ottobre 1955, n. 990, e successivamente abrogato dall'art. 43, legge 4 febbraio 1967, n. 37.

(21) Corte cost. 5 dicembre 1997, n. 374.

mentale garanzia per il lavoratore assicurato, intesa a non far ricadere sullo stesso il rischio di eventuali inadempimenti del datore di lavoro in ordine agli obblighi contributivi, e rappresenta un logico corollario della finalità di protezione sociale inerente ai sistemi di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti. Il lavoratore, pertanto, vanta nei confronti dell'ente previdenziale non una mera aspettativa, bensì un diritto attuale protetto dall'ordinamento (22). Un diritto all'integrità della posizione contributiva che configura il presupposto sulla base del quale la Corte costituzionale ha riconosciuto la possibilità di unificare tutti i periodi assicurativi – compresi quelli non coperti da contribuzione – presso una sola gestione previdenziale.

5. — *L'influsso comunitario* — L'ordinamento italiano è carente di una espressa previsione del principio di automaticità per le forme assicurative sostitutive gestite dall'Inps. La delimitazione del campo applicativo di tale principio era considerata, per giurisprudenza consolidata (23), prerogativa del legislatore. La sua operatività era, quindi, condizionata alla necessaria presenza di una legge speciale (24). Tale orientamento è stato, però, superato dalla Suprema Corte che, sulla base dell'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale, ha riconosciuto l'applicabilità del principio di automaticità ai fondi speciali e, in particolare, al Fondo volo (25). Secondo i giudici di legittimità, l'art. 2116 cod. civ. si configura come una norma fortemente innovativa che ha percorso i tempi della generalizzazione della tutela previdenziale, configurata in seguito come diritto fondamentale dall'art. 38 Cost. e attuata mediante un progressivo passaggio da un sistema di previdenza a uno di sicurezza sociale (26). L'art. 2116 cod. civ. viene a configurarsi, pertanto, non come una disposizione meramente programmatica, ma come una norma a carattere generale e precettivo: imprescindibile corollario della finalità di protezione sociale inerente l'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti (27).

(22) C.A. Nicolini, *Prescrizione dei contributi, automaticità delle prestazioni e tutela dell'anzianità previdenziale dopo la legge n. 335 del 1995*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, I, p. 335. In giurisprudenza, si vd. Cass. 4 dicembre 2002, n. 17223, nonché Cass. 4 maggio 2002, n. 6409, secondo cui il lavoratore è titolare, in presenza di un'eventuale contestazione da parte dell'ente previdenziale in ordine alla computabilità dei contributi, di un interesse ad agire per l'accertamento del proprio diritto anche qualora non rivendichi alcuna prestazione.

(23) Si vd. Cass. 1° marzo 1988, n. 2161, con riferimento al Fondo imprese di consumo; Cass. 9 gennaio 1987, n. 95, con riferimento al Fondo gas; Cass. 16 dicembre 1986, n. 7590, con riferimento al Fondo volo; Cass. 18 ottobre 1982, n. 5377, con riferimento al Fondo telefonici.

(24) Si vd. Cass. 7 aprile 1992, n. 4236, secondo cui il principio di automaticità trova applicazione solo qualora il sistema di leggi speciali vi si adegui, disponendo espressamente in tal senso e provvedendo in ordine alla relativa provvista finanziaria.

(25) V.A. Poso, *L'applicazione del principio di automaticità delle prestazioni ai fondi speciali gestiti dall'Inps*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, p. 828.

(26) Cass. 2 febbraio 2001, n. 1460.

(27) L. Foglia, *Ricongiunzione dei periodi contributivi e principio di automaticità delle prestazioni nel Fondo volo*, in *Prev. ass. pubbl. priv.*, 2004, pp. 848 ss. Si noti che, in attuazione del processo di armonizzazione dei regimi pensionistici avviato con la legge 8 agosto 1995, n. 335, il legislatore ha esteso il principio di automaticità al Fondo volo (art. 5, d.lgs. 24 aprile 1997, n. 164), al Fondo telefonici (art. 6, d.lgs. 4 dicembre 1996, n. 658) e al Fondo elettrici (art. 6,

Essenziale, ai fini dell'evoluzione giurisprudenziale, si è rivelato l'art. 3, d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 80, che ha previsto per tutti i lavoratori beneficiari dell'assicurazione obbligatoria invalidità, vecchiaia e superstiti, anche se iscritti alle gestioni speciali dell'Inps, una tutela generalizzata in caso di omissione contributiva a opera di un datore di lavoro sottoposto a procedure concorsuali. Tale normativa è intervenuta a seguito della condanna della Corte di Giustizia delle Comunità europee (28) con cui la Repubblica italiana è stata riconosciuta inadempiente agli obblighi derivanti dalla normativa a tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro (29). Sono stati, pertanto, estesi i compiti del fondo di garanzia di cui all'art. 2, legge 29 maggio 1982, n. 297, prevedendo la corresponsione non solo del trattamento di fine rapporto, ma anche delle ultime tre mensilità di retribuzione. Attraverso l'art. 3 del d.lgs. n. 80/92 è stata, inoltre, riconosciuta la possibilità, per il lavoratore dipendente da un datore di lavoro sottoposto a procedura concorsuale o ad amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, di richiedere all'Istituto previdenziale competente il riconoscimento dei contributi omessi, anche se prescritti, ai fini – sia del diritto che della misura – del trattamento pensionistico di cui all'assicurazione obbligatoria invalidità, vecchiaia e superstiti (30). In presenza di procedure concorsuali si verifica, quindi, un'ultrattività del principio di automaticità oltre i termini prescrizione tendenzialmente all'infinito, non essendo riscontrabile né nella direttiva né, tanto meno, nel d.lgs. n. 80/92 un limite temporale (31). Di notevole rilievo è, inoltre, il riferimento alla generalità dei lavoratori a prescindere dalla gestione previdenziale cui gli stessi fanno capo, trovando la nuova disciplina applicazione anche ai lavoratori iscritti alle gestioni speciali e sostitutive dell'Inps, in precedenza esclusi dal campo applicativo del principio di automaticità (32).

Intervenendo sulla disciplina interna e andando ben oltre quelle che sono le finalità immediate della direttiva, l'art. 3, d.lgs. n. 80/92, deve essere visto quale punto di svolta del nostro ordinamento previdenziale e quale indice di un ulteriore sviluppo verso un modello di sicurezza sociale più compiuto (33). Come il sistema in generale, tale disposizione vede ormai prevalere l'esigenza dell'effettività della tutela previdenziale a discapito della corrispettività tra la prestazione erogata e il pregresso apporto finanziario del soggetto beneficiario (34). Ha trovato così ingresso nell'ordinamento quella che può essere considerata un'applicazione generalizzata del principio di auto-

d.lgs. 16 settembre 1996, n. 562). Tali ultimi due fondi sono stati soppressi a partire dal 1° gennaio 2000 dall'art. 41, legge 23 dicembre 1999, n. 488.

(28) Corte Giust. Ce 2 febbraio 1989, causa 22-87.

(29) Direttiva 20 ottobre 1980, n. 80/897/Cee. Si vd. anche la Direttiva 23 settembre 2002, n. 2002/74/Ce.

(30) L'accredito, a carico del fondo di garanzia, dei contributi omessi e prescritti è subordinato alla condizione che non vi siano stati costituzione di rendita vitalizia o risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2116, comma 2, cod. civ.

(31) G. Canavesi, *Contribuzione prescritta e automaticità delle prestazioni nell'ordinamento italiano e nella dimensione comunitaria*, in *q. Riv.*, 1992, I, p. 494.

(32) Si vd. Cass. 2 febbraio 2001, n. 1460.

(33) G. Canavesi, *op. ult. cit.*, pp. 496 ss.

(34) C.A. Nicolini, *Prescrizione dei contributi, automaticità delle prestazioni e tutela dell'anzianità previdenziale dopo la legge n. 335 del 1995*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, I, p. 334.

maticità, potendosi individuare nelle novità introdotte un elemento di rottura tra il finanziamento del sistema e l'erogazione delle prestazioni (35).

Nonostante le pronunce richiamate (36) siano state dettate con riferimento al lavoro subordinato, le ragioni che hanno portato all'estensione del campo applicativo del principio di automaticità si riscontrano parimenti anche per altre forme contrattuali e, nello specifico, per le collaborazioni a progetto (37). Alcune peculiarità di tale figura mettono, infatti, in luce un parallelismo con il lavoro subordinato e una identica esigenza di tutela (38).

6. — *I requisiti oggettivi: i termini prescrizionali* — Una ricostruzione del principio di automaticità non può ovviamente prescindere da un'analisi dei requisiti, non solo soggettivi ma anche oggettivi, necessari per la sua applicazione. Affinché operi il principio di automaticità, l'art. 40, legge 30 aprile 1969, n. 153, richiede che il rapporto di lavoro risulti da documenti o prove certe (39) e che la relativa contribuzione non sia ancora prescritta (40). Con decorrenza dal 1° gennaio 1996, l'art. 3, comma 9, legge n. 335/95, è intervenuto sul termine di prescrizione dei contributi previdenziali di cui all'art. 41, legge n. 153/69, riducendone la durata da 10 a 5 anni. La novella non ha, però, richiamato l'art. 40 della medesima norma che – ai fini del princi-

(35) G. Canavesi, *op. ult. cit.*, p. 468.

(36) Corte cost. 5 dicembre 1997, n. 374, e Cass. 2 febbraio 2001, n. 1460.

(37) La rilevanza di Corte cost. 5 dicembre 1997, n. 374 oltre l'ambito del lavoro subordinato è, invece, esclusa da G. Canavesi, *L'automaticità delle prestazioni previdenziali per i lavoratori a progetto. Dalla giurisprudenza un segnale importante ma insufficiente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, p. 442, nonché da C.A. Nicolini, *Ma davvero i collaboratori continuativi e coordinati possono invocare il principio di automaticità delle prestazioni?*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2014, p. 289.

(38) Particolarmente rilevante appare la circostanza – ben messa in luce dal Tribunale di Bergamo e dalla Corte d'Appello di Torino – che, nonostante un terzo della contribuzione gravi sul collaboratore, l'obbligo di versamento ricade interamente, anche quale sostituto, sul committente. Si vd. l'art. 2, commi 26 ss., legge n. 335/95, l'art. 1, comma 1, d.m. 2 maggio 1996, n. 281, e l'art. 39, legge 4 novembre 2010, n. 183, nonché la circolare Inps 7 febbraio 2001, n. 32.

(39) Corte cost. 22 dicembre 1989, n. 568, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei commi 4 e 5 dell'art. 13, legge 12 agosto 1962, n. 1338, per contrarietà agli artt. 3, 24 e 38 Cost. chiarendo come la prova scritta sia necessaria esclusivamente ai fini della prova dell'esistenza del rapporto di lavoro, potendo essere, invece, provati con ogni mezzo la durata dello stesso e l'ammontare della retribuzione.

(40) Alcun termine prescrizionale è, invece, previsto per l'operatività del principio di automaticità delle prestazioni in presenza di un datore di lavoro soggetto a procedure concorsuali. Come messo in luce da G. Canavesi, *op. ult. cit.*, pp. 489 ss., si viene, quindi, a configurare un trattamento differenziato a seconda dell'assoggettamento o meno del datore di lavoro a una procedura concorsuale della cui legittimità – alla luce dei principi contenuti nel d.lgs. n. 80/92 – non si può che dubitare e che, in assenza di giustificazioni, andrebbe superata. Si noti, inoltre, che termini di prescrizione non sono previsti nemmeno per le prestazioni per infortunio e malattia professionale e per le prestazioni temporanee di cui all'art. 27, comma 1, r.d.l. n. 636/39. Tale particolarità viene giustificata sostenendo che le prestazioni pensionistiche decorrono, di regola, a lunga distanza di tempo e, comunque, al termine della vita lavorativa, a differenza delle prestazioni temporanee che sono, invece, azionabili in un ristretto periodo di tempo rispetto alla maturazione del diritto.

pio di automaticità – prevede tuttora un termine di prescrizione decennale. A prescindere dalla mancanza di una espressa previsione, è indubbio che la legge n. 335/95 abbia inciso anche su tale ultimo termine, dovendo lo stesso essere inteso non come speciale bensì quale mero rinvio al termine prescrizionale generale di cui all'art. 41 (41).

Il termine prescrizionale quinquennale trova, però, un'eccezione. L'ultimo periodo dell'art. 3 comma 9, lett. *a*, legge n. 335/95, prevede, infatti, che la prescrizione da quinquennale divenga decennale in presenza di una denuncia a opera del lavoratore o dei suoi superstiti. Tale previsione, che a un primo sguardo parrebbe molto chiara, ha creato non pochi dubbi interpretativi tanto da essere stata definita come la disposizione probabilmente più oscura tra quelle introdotte dalla legge n. 335/95 (42). Le maggiori difficoltà sono riferibili al termine entro cui deve intervenire la denuncia affinché possa verificarsi l'allungamento del termine prescrizionale. Secondo l'opinione ormai maggioritaria la denuncia – che per essere idonea a incidere sulla prescrizione deve essere necessariamente svolta nei confronti dell'Inps – deve essere effettuata prima della prescrizione degli obblighi contributivi e, quindi, entro il quinquennio (43). La denuncia – efficace anche qualora non venga portata a conoscenza del datore di lavoro (44) – non ha effetto interruttivo o sospensivo del decorso del termine bensì estensivo, spostando in avanti di ulteriori cinque anni il termine iniziale di prescrizione (45).

Affinché possa operare il principio di automaticità è sufficiente che l'ente previdenziale abbia la possibilità giuridica di recuperare i contributi a prescindere dalla possibilità materiale di esperire azioni di recupero (46). Si tratta, pertanto, di una possibilità da intendersi in senso potenziale e non effettivo. L'automaticità delle prestazioni rende il rapporto contributivo indipendente da quello previdenziale trasferendo in capo all'ente il pregiudizio derivante dal ritardo con cui la contribuzione verrà recuperata (47). L'ente previdenziale è, quindi, tenuto a garantire l'integrità della posizione

(41) P. Boer, *Ricongiunzione dei periodi assicurativi e automaticità delle prestazioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *q. Riv.*, 1998, II, p. 398; C.A. Nicolini, *op. ult. cit.*, p. 323.

(42) C.A. Nicolini, *op. ult. cit.*, p. 311.

(43) C.A. Nicolini, *op. ult. cit.*, pp. 342 e 345. In giurisprudenza: Cass., Ss.Uu., 4 marzo 2008, n. 5784; Cass., Ss.Uu., 7 marzo 2008, n. 6173; Cass. 10 marzo 2010, n. 5811. Si vd., inoltre, il messaggio Inps 16 maggio 2012, n. 8447, che, fornendo chiarimenti sulla circolare Inps 2 marzo 2012, n. 31, chiarisce come «la denuncia del lavoratore o dei suoi superstiti deve avvenire prima dello spirare della prescrizione quinquennale, e solo ove questo accada, diventa operante il meccanismo dell'allungamento dei termini prescrizionali da cinque a dieci anni».

(44) Cass. 28 gennaio 2003, n. 1372. In senso contrario sembra, però, esprimersi il messaggio Inps 16 maggio 2012 secondo cui «ai fini dell'interruzione della prescrizione, in presenza di una denuncia del lavoratore o dei suoi superstiti, è comunque indispensabile che l'Istituto invii al datore di lavoro un atto interruttivo».

(45) P. Capurso, *Il diritto del lavoratore all'integrità contributiva*, in *Inf. prev.*, 2007, p. 554. Si vd., inoltre, il messaggio Inps 16 maggio 2012, *cit.*, che a titolo esplicativo mette in luce come «per contributi in scadenza a gennaio 2009, la prescrizione interviene a gennaio 2014. In presenza di una denuncia che interviene entro 5 anni dalla scadenza del contributo (per esempio, a gennaio 2012), la prescrizione maturerà a gennaio 2019 (e cioè entro 10 anni dalla scadenza del contributo)».

(46) C.A. Nicolini, *Ma davvero i collaboratori continuativi e coordinati possono invocare il principio di automaticità delle prestazioni?*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2014, p. 333.

(47) P. Boer, *Ricongiunzione dei periodi assicurativi e automaticità delle prestazioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *q. Riv.*, 1998, II, pp. 403 ss.

contributiva facendosi carico del rischio della omissione contributiva e dell'eventuale insolvenza del datore di lavoro (48). Affinché possa trovare applicazione il principio di automaticità, l'ente previdenziale dovrà, però, esser posto nella condizione di poter recuperare la contribuzione omessa. In capo al lavoratore – che viene coinvolto nell'azione di contrasto all'evasione contributiva e «costretto» a tutelare la propria posizione assicurativa per non perdere i diritti previdenziali (49) – sorge un onere di denuncia delle omissioni contributive che lo riguardano (50). L'adempimento di tale onere nel termine quinquennale di prescrizione impedisce che l'ente possa negare l'automaticità delle prestazioni, anche qualora i contributi si siano, in seguito, prescritti (51).

Ulteriore questione rilevante è l'individuazione del *dies a quo* dal quale il termine prescrizionale inizia a decorrere. A tal fine è bene ricordare che gli artt. 2948, n. 4, 2955, n. 2 e 2956, n. 1, cod. civ., sono stati dichiarati costituzionalmente illegittimi nella parte in cui consentono che il diritto alla retribuzione possa prescriversi nel corso del rapporto di lavoro (52). Tale previsione, a seguito dell'entrata in vigore della legge 20 maggio 1970, n. 300, ha trovato applicazione esclusivamente nei casi di stabilità cd. obbligatoria ai sensi dell'art. 8, legge 15 luglio 1966, n. 604. Nell'ambito della cd. stabilità reale, invece, il termine prescrizionale continuava a decorrere anche nel corso del rapporto (53) a meno che – alla luce del reale svolgimento dello stesso – fosse comunque riscontrabile una situazione psicologica di *metus* del lavoratore (54). Essendo i crediti previdenziali assimilabili a quelli retributivi in ragione della comune finalità di sostentamento del lavoratore e della sua famiglia (55), anche per questi ultimi dovrebbe trovare applicazione il medesimo criterio di determinazione del termine iniziale per il decorso della prescrizione. Il ragionamento ovviamente andrà rivisto alla luce delle problematiche poste dalle modifiche apportate all'art. 18, legge n. 300/70, dalla legge 28 giugno 2012, n. 92, a seguito delle quali pare necessario un

(48) Si vd. Cass. 20 aprile 2002, n. 5767.

(49) P. Capurso, *Il diritto del lavoratore all'integrità contributiva*, in *Inf. prev.*, 2007, p. 552.

(50) E. Saia, *Il principio di automaticità delle prestazioni previdenziali*, in *Inf. prev.*, 2000, p. 403.

(51) Si vd. Cass. 21 maggio 2002, n. 7459, secondo cui deve escludersi la possibilità di una azione risarcitoria nei confronti dell'ente previdenziale che abbia fatto decorrere senza attivarsi il termine prescrizionale in quanto, a seguito della denuncia, il lavoratore può comunque accedere al beneficio dell'automaticità e non subisce alcun danno.

(52) Corte cost. 10 giugno 1966, n. 63.

(53) Si vd. Corte cost. 12 dicembre 1972, n. 174, nonché Corte cost. 20 novembre 1969, n. 143, con riferimento al pubblico impiego, e Corte cost. 29 aprile 1971, n. 86, con riferimento agli enti pubblici economici. Cass., Ss.Uu., 12 aprile 1976, n. 1268, ha, invece, chiarito che deve considerarsi stabile «ogni rapporto che, indipendentemente dal carattere pubblico o privato del datore di lavoro, subordini la legittimità e l'efficacia della risoluzione alla sussistenza di circostanze obiettive e predeterminate e, sul piano processuale, affidi al giudice il sindacato su tali circostanze e la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo». Si vd. infine Cass., Ss.Uu., 13 febbraio 1984, n. 1076.

(54) Cass. 20 giugno 1997, n. 5494. In dottrina si vd. C.A. Nicolini, *Ma davvero i collaboratori continuativi e coordinati possono invocare il principio di automaticità delle prestazioni?*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2014, p. 347, secondo cui a escludere l'esistenza di un *metus* non rileva la circostanza che la denuncia venga effettuata nei confronti dell'ente e non del datore di lavoro.

(55) Corte cost. 12 aprile 1991, n. 156.

nuovo intervento della Corte costituzionale (56). Da ultimo, occorre ricordare che il regime della prescrizione in materia previdenziale si atteggia in modo differente rispetto alla materia civile, risultando la prescrizione, oltre che sottratta alla disponibilità delle parti, anche rilevabile d'ufficio (57). All'ente previdenziale è, pertanto, fatto divieto di rinunciare ricevendo contributi per i quali siano decorsi i termini prescrizionali (58), con la conseguenza che l'eventuale pagamento si configura come indebito ai sensi dell'art. 2033 cod. civ. e vi consegue, in deroga a quanto previsto dall'art. 2940 cod. civ., il diritto alla ripetizione.

7. — *Il risarcimento del danno* — Qualora i contributi risultino prescritti e non possa operare il principio di automaticità, l'assicurato può agire nei confronti del datore di lavoro per ottenere il risarcimento del danno in forma generica ai sensi dell'art. 2116, comma 2, cod. civ. ovvero in forma specifica attraverso la costituzione di una rendita vitalizia ai sensi dell'art. 13 della legge 12 agosto 1962, n. 1338 (59). Tale ultima disposizione riconosce al datore di lavoro – qualora l'Inps abbia rifiutato le prestazioni o le abbia concesse in misura inferiore a causa di omessa o irregolare contribuzione – la possibilità di costituire una rendita vitalizia a favore del lavoratore mediante il versamento della relativa riserva matematica. Tale facoltà – volta a realizzare il medesimo effetto dell'ormai non più possibile adempimento dell'obbligo contributivo – è concessa, in caso di inerzia del datore di lavoro, direttamente all'interessato, salvo il risarcimento del danno.

Per comprendere appieno la portata di tale previsione si deve porre l'attenzione sulle disposizioni di cui alla legge 4 luglio 1959, n. 463, che, estendendo l'assicurazione obbligatoria invalidità, vecchiaia e superstiti agli artigiani e ai familiari loro coadiuvanti, hanno previsto, per la parte non espressamente regolata, un rinvio alle disposizioni dettate per i lavoratori subordinati dal r.d.l. 4 ottobre 1935, n. 1827. Limitandosi a una interpretazione letterale, il richiamo operato dalla legge n. 463/59 non parrebbe idoneo a estendere agli artigiani e ai familiari loro coadiuvanti le disposizioni relative alla costituzione della rendita vitalizia. La Corte costituzionale ha, però, chiarito come *intentio legis* non fosse quella di richiamare lo specifico contenuto di determinate regole bensì di effettuare un riferimento generale alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato. In questo richiamo generale, non poteva che essere compreso anche l'art. 13, legge n. 1338/62, che, per non porsi in contrasto con gli artt. 3 e 38 Cost., deve essere interpretato equiparando, ai fini previdenziali, i coadiuvanti familiari ai lavoratori subordinati (60).

(56) Per una completa e puntuale ricostruzione delle posizioni dottrinali si vd. F. Santoni, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro e la legge n. 92/2012*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, pp. 881-899.

(57) Si vd. – anche se con riferimento alla disposizione di cui all'art. 55, r.d.l. 4 ottobre 1935, n. 1827 – Cass. 18 febbraio 1991, n. 1703.

(58) Si vd. l'art. 3, comma 9, legge n. 335/95. Tale indisponibilità, invero, era già prevista nella disciplina previgente e, in particolare, nell'art. 55, r.d.l. n. 1827/35. In giurisprudenza: Cass. 24 marzo 2005, n. 6340; Cass. 10 dicembre 2004, n. 23116.

(59) Si vd. Cass. 23 gennaio 1989, n. 389, secondo cui la domanda volta alla costituzione di una rendita vitalizia ai sensi dell'art. 13 della legge n. 1338/62 deve essere svolta in contraddittorio con l'ente previdenziale.

(60) Corte cost. 19 gennaio 1995, n. 18.

La sentenza – attraverso un'interpretazione estensiva fondata sulla *ratio legis* e giustificata da un giudizio di meritevolezza del medesimo trattamento a prescindere dalla somiglianza al caso previsto – estende l'ambito operativo della disposizione attribuendo un beneficio a una determinata classe di soggetti precedentemente esclusi ma che, in virtù del principio di uguaglianza contenuto nell'art. 3 Cost., avrebbe dovuto, invece, godere (61). La Corte costituzionale ha, pertanto, operato nient'altro che una lettura tra le righe di quella specificazione che un legislatore meno frettoloso avrebbe opportunamente menzionato (62), trovandone il fondamento nella previsione di un esplicito rinvio alla disciplina applicabile al lavoro subordinato, contenuto nella legge n. 463/59, e nella generalità e astrattezza delle disposizioni contenute nell'art. 13, legge n. 1338/62, tali da trovare applicazione a tutte le categorie di lavoratori che non hanno una posizione attiva nel determinismo contributivo.

8. — *L'auspicabile (e possibile) estensione del principio di automaticità ai collaboratori a progetto* — Nonostante non esista nei commi 26-32 dell'art. 2, legge n. 335/95, un rinvio come quello previsto nella legge n. 463/59, evidenti e molteplici sono i punti di contatto tra la situazione presa in considerazione nella pronuncia della Corte costituzionale e quella del collaboratore a progetto. In particolare, si è in presenza, in entrambi i casi, di lavoratori autonomi cui non fa capo l'obbligo del versamento dei contributi (63). Ponendo l'attenzione sulla *ratio* che sottende al sistema previdenziale ci si rende facilmente conto di come questo sia ormai improntato ai principi della sicurezza sociale e della liberazione dal bisogno. Con l'avvento della Costituzione si è, infatti, avuto un superamento del concetto di rischio, a favore di quello di bisogno, quale cardine del sistema previdenziale (64). Vi è chi ha sostenuto che il principio di automaticità – e la conseguente necessità di evitare che eventuali inadempimenti del datore di lavoro possano determinare conseguenze negative per il lavoratore incolpevole – sia stato oggetto di un vero e proprio processo di costituzionalizzazione (65). Non pare, invero, di poter condividere tale afferma-

(61) La giurisprudenza di legittimità ha, in seguito, riconosciuto la possibilità di richiedere la costituzione di una rendita vitalizia ai sensi dell'art. 13 della legge n. 1338/62 a tutti gli assicurati che non versino direttamente i contributi e, in particolare: Cass. 19 agosto 2003, n. 12149, ai collaboratori familiari dell'impresa agricola; Cass. 3 novembre 2000, n. 14393, ai componenti il nucleo familiare del coltivatore diretto. Cass. 14 maggio 1991, n. 5357, aveva già, in precedenza, esteso tale normativa ai lavoratori disoccupati ammessi al lavoro nei cantieri scuola ritenendoli assimilabili a lavoratori dipendenti.

(62) V.M. Marinelli, *La Corte costituzionale estende il riscatto dei contributi prescritti anche ai collaboratori dell'artigiano*, in *Dir. lav.*, 1995, II, p. 335.

(63) G. Canavesi, *Effettività della tutela previdenziale delle collaborazioni coordinate e continuative e principio di automaticità delle prestazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, I, p. 72.

(64) Si vd. F. Santoro Passarelli, *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1948, pp. 177-196, e, più recentemente, M. Persiani, *Rischio e bisogno nella crisi della previdenza sociale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1984, n. 23, pp. 481-495, nonché, con specifico riferimento alla previdenza complementare, P. Sandulli, *Riforma pensionistica e previdenza integrativa*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1991, pp. 201-260.

(65) M. Miscione, *L'automaticità delle prestazioni*, in *Lav. dir.*, 1987, p. 361.

zione, non imponendo l'art. 38 Cost. un sistema basato sui paradigmi dell'assicurazione sociale. È solo in funzione di tale sistema che il principio di automaticità assume rilievo (66), non avendo, invece, in un sistema di sicurezza sociale alcuna ragion d'essere (67). È indubbio, però, che gli interessi tutelati dalla disposizione di cui all'art. 2116, comma 1, cod. civ. trovino affermazione – seppur non espressamente – nell'art. 38 Cost., alla luce del quale l'ordinamento, in caso di bisogno, deve non solo prevedere ma anche assicurare i mezzi adeguati alla vita (68).

Il principio di automaticità – che sembra prestarsi a essere assunto quale parametro di riferimento per una completa comprensione e ricostruzione del sistema –, garantendo l'esigenza di effettività dell'intervento e realizzando il fine di protezione sociale, configura la formulazione in termini normativi della *ratio* implicita del sistema previdenziale (69). Pur non dovendo avere necessariamente operatività generale, il principio di automaticità si pone, infatti, quale principio di carattere generale (70) che trova fondamento sia nelle disposizioni costituzionali che nell'ordinamento comunitario (71). Affinché siano costituzionalmente legittime, eventuali deroghe dovrebbero, quindi, essere disposte espressamente (72). Ove non operi il principio di automaticità, inoltre, l'ordinamento deve assicurare altrimenti l'effettività della tutela previdenziale (73). Nonostante si configuri come una norma aperta, l'art. 38 Cost. ha, infatti, carattere precettivo e impone al legislatore – obbligato a realizzare scelte che si pongano nel solco dei fini indicati dalla Costituzione (74) – di offrire una tutela adeguata ed effettiva.

Il collegamento di natura strutturale tra l'obbligo del pagamento in capo al datore di lavoro e l'automaticità delle prestazioni è volto proprio a garantire quell'effettività delle prestazioni previdenziali che l'art. 38 Cost. impone al legislatore (75). L'art. 2116, comma 1, cod. civ., quindi, trovando la propria ragion d'essere nello squilibrio tra i rapporti di forza tra i due contraenti del rapporto di lavoro (76), dovrebbe essere interpretato in maniera tale da essere applicabile a tutti i soggetti assicurati che non hanno una posizione attiva nel determinismo contributivo (77). La

(66) C.A. Nicolini, *Prescrizione dei contributi, automaticità delle prestazioni e tutela dell'anzianità previdenziale dopo la legge n. 335 del 1995*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, I, p. 317.

(67) G. Canavesi, *Contribuzione prescritta e automaticità delle prestazioni nell'ordinamento italiano e nella dimensione comunitaria*, in *q. Riv.*, 1992, I, p. 466.

(68) M. Miscione, *op. ult. cit.*, p. 361.

(69) G. Canavesi, *op. ult. cit.*, pp. 466 ss.

(70) Si vd. Cass. 16 luglio 1969, n. 2629, che, rigettando la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2116 cod. civ. nella parte in cui consente deroghe al principio di automaticità, ha chiarito come spetti al legislatore individuare i casi in cui tale principio debba (o non debba) trovare applicazione.

(71) C.A. Nicolini, *op. ult. cit.*, p. 318.

(72) M. Miscione, *op. ult. cit.*, p. 357.

(73) G. Canavesi, *op. ult. cit.*, p. 470.

(74) C.A. Nicolini, *Prescrizione dei contributi, automaticità delle prestazioni e tutela dell'anzianità previdenziale dopo la legge n. 335 del 1995*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, I, pp. 316 ss.

(75) G. Canavesi, *Effettività della tutela previdenziale delle collaborazioni coordinate e continuative e principio di automaticità delle prestazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, I, p. 71.

(76) C.A. Nicolini, *op. ult. cit.*, p. 316.

(77) G. Canavesi, *op. ult. cit.*, pp. 74 ss.

mancata estensione del principio di automaticità a tali figure in assenza di ragioni giustificatrici si porrebbe, infatti, in contrasto – forse ancor prima che con l'art. 38 Cost. – con l'art. 3 Cost. e con il principio di uguaglianza (78).

Gianluca Bonanomi
*Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro e relazioni industriali
presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore*

(78) M. Miscione, *L'automaticità delle prestazioni*, in *Lav. dir.*, 1987, p. 366. Pur avendo già avuto modo di esprimere dubbi sulla legittimità di un limite prescrizione all'operare del principio di automaticità a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 80/92, pare ragionevole ritenere che l'estensione dell'automatismo ai collaboratori a progetto debba sottostare alle condizioni previste dall'art. 40, legge n. 153/69. Nel caso contrario, si incorrerebbe, infatti, nel paradosso di assoggettare i collaboratori a progetto a una disciplina più favorevole di quella prevista per i lavoratori subordinati.

INDICE

ANALITICO-ALFABETICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

CONDOTTA ANTISINDACALE

Comitato aziendale europeo – Procedimento di costituzione –
Nomina dei componenti della Delegazione speciale di negoziazione
– Ingerenza del datore di lavoro – Sussiste (Corte d'Appello Torino,
7 maggio 2014, Sez. lav.) 664

CONTRATTO A TERMINE

Decadenza *ex art.* 32, comma 4, lett. *b*, legge n. 183/2010 – Altre
ipotesi disciplinate dalla norma – Disparità di trattamento –
Insussistenza (Corte costituzionale, 4 giugno 2014, n. 155). 588

Risarcimento del danno – Indennità onnicomprensiva –
Configurabile – Riconoscimento anzianità – Ricostruzione della
carriera (Cassazione, 16 giugno 2014, n. 13630, Sez. lav.) 594

Risarcimento del danno – Indennità onnicomprensiva – Danno ul-
teriore – Non configurabile (Cassazione, 10 aprile 2014, n. 8491,
Sez. VI lav., ord.) 594

Nullità della clausola appositiva del termine – Riammissione in ser-
vizio in sede diversa da quella di originaria appartenenza –
Eccezione di inadempimento – Licenziamento – Reintegrazione nel
posto di lavoro (Cassazione, 10 giugno 2014, n. 13060, Sez. lav.) 608

CONTRATTO DI LAVORO INTERMITTENTE

Artt. 33 e 34, d.lgs. n. 276/03 – Art. 6, Direttiva n. 2000/78 – Art.
3, d.lgs. n. 216/2003 – Assunzione discriminatoria perché basata sul
requisito anagrafico – Rimozione degli effetti – Diritto alla riammis-

sione nel posto di lavoro e al risarcimento del danno (Corte d'Appello Milano, 15 aprile 2014). 613

CONTRIBUZIONE PREVIDENZIALE

Lavoro a progetto – Omissioni contributive – Art. 2116 cod. civ. – Automaticità delle prestazioni – Esclusione (Corte d'Appello Brescia, 29 maggio 2014, Sez. lav.). 689

Lavoro a progetto – Omissioni contributive – Art. 2116 cod. civ. – Automaticità delle prestazioni (Corte d'Appello Torino, 22 maggio 2014, Sez. lav.). 689

Lavoro a progetto – Omissioni contributive – Art. 2116 cod. civ. – Automaticità delle prestazioni – Esclusione – Irragionevolezza (Tribunale Bergamo, 12 dicembre 2013, Sez. lav.). 690

CONTROVERSIE DI LAVORO E PREVIDENZA

Rito speciale per i licenziamenti – Ambito di applicazione – Domande connesse – Accertamento di un rapporto con soggetto diverso dal formale datore di lavoro – Ammissibilità – Onere di allegazione – Necessità – Difetto – Inapplicabilità del rito speciale – Separazione con mutamento del rito (Corte d'Appello Roma, 23 dicembre 2013, n. 11199). 675

DANNO

Danno non patrimoniale – Grave lesione dell'interesse pubblico istituzionalmente tutelato dalla Consigliera di parità – Risarcibilità (Corte d'Appello Firenze, 11 luglio 2013). 624

Danno non patrimoniale – Necessità di un indennizzo reale ed effettivo per le vittime di discriminazioni sessuali *ex art.* 18, Dir. n. 2006/54 – Risarcimento con funzione dissuasiva (Corte d'Appello Firenze, 11 luglio 2013). 624

DISCRIMINAZIONI

Molestie sessuali – Licenziamento discriminatorio di lavoratrice non accondiscendente – Valide dimissioni di altra lavoratrice molestata –

Risarcimento del danno non patrimoniale – Azioni giudiziali individuali promosse dalle vittime delle molestie – Regime probatorio alleggerito *ex art. 40, d.lgs. n. 198/2006* – Inapplicabilità – Presenza di indizi gravi, precisi e concordanti – Prova delle molestie fornita comunque *ex art. 2729 cod. civ. (Corte d'Appello Firenze, 11 luglio 2013)*. 624

Molestie sessuali di carattere collettivo – Azione autonoma della Consigliera di parità – Onere della prova – Regime probatorio alleggerito *ex art. 40, d.lgs. n. 198/2006* – Applicabilità (Corte d'Appello Firenze, 11 luglio 2013). 624

LAVORO AUTONOMO

Collaborazione coordinata e continuativa – Assenza di requisiti – Rapporto di lavoro subordinato – Sussistenza – Licenziamento nullo – Reintegrazione del lavoratore (Tribunale Roma, 18 aprile 2014, Sez. lav., ord.). 638

LICENZIAMENTO COLLETTIVO

Direttiva n. 98/59/Ce – Artt. 4 e 24, legge n. 223/1991 – Dirigente – Esclusione – Inadempimento dello Stato italiano (Corte di Giustizia Ue, 13 febbraio 2014, causa C-596/12, Sez. Seconda). 581

LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

Decadenza *ex art. 32, legge n. 183/2010* – Proroga *ex art. 32, comma 1-bis, legge n. 183/2010* – Ipotesi prevista dal comma 2 dell'art. 6 della legge n. 604/1966 – Applicabilità (Cassazione, 23 aprile 2014, n. 9203, Sez. lav.). 588

Risarcimento del danno – Danno ulteriore – Configurabile (Cassazione, 4 aprile 2014, n. 8006, Sez. lav.). 595

Licenziamento orale – Lettera di dimissioni – Onere della prova legge n. 92/2012 – Mancata prova della convalida – Mancata prova invito del datore – Inefficacia dimissioni (Tribunale Milano, 30 aprile 2014, Sez. lav., ord.). 632

Licenziamento orale – Dimissioni – Onere della prova lavoratore – Estromissione dal rapporto – Onere della prova datore – Esistenza

dimissioni – Eccezione in senso stretto – Legge n. 92/2012 – Prova della convalida dimissioni (Tribunale Roma, 17 settembre 2013, Sez. lav., ord.).	632
Contratto a tempo indeterminato di sostegno agli imprenditori – periodo di prova di un anno – Norma interna contraria a una normativa internazionale – Illegittimità del licenziamento [Juzgado de lo social di Barcellona n. 2, 19 novembre 2013, n. 412/13 (AS 2013, 2802)].	557
SCIOPERO	
Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Sciopero di solidarietà – Elemento accessorio della libertà di associazione sindacale – Effetti (Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 aprile 2014, ricorso n. 31045/10).	649
Sciopero di solidarietà – Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Restrizioni consentite – Margine di apprezzamento delle autorità nazionali – Ampiezza (Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 aprile 2014, ricorso n. 31045/10).	649

CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

2013

LUGLIO

Corte d'Appello Firenze, 11 luglio 2013 – Pres. Pieri, Est. Liscio – M.R. e L.H.E. Srl (avv. Bava) c. G.D. e B.M. (avv. Bruni) e Consigliera di parità della Regione Toscana (avv. Amoriello).	624
--	-----

SETTEMBRE

Tribunale Roma, 17 settembre 2013, Sez. lav., ord. – Est. Leone – M.P. (avv. Muggia) c. Co.Ge.Pli. Srl.	632
---	-----

NOVEMBRE

Juzgado de lo social di Barcellona n. 2, 19 novembre 2013, n. 412/13 (AS 2013, 2802) – Giud. Sanz Anchuela – C. Expósito Izquierdo c. A. Mesalles, S.A. 557

DICEMBRE

Tribunale Bergamo, 12 dicembre 2013, Sez. lav. – Est. Troisi – B.G.L. (avv. Baschenis) c. Inps (avv. Collerone). 689

Corte d'Appello Roma, 23 dicembre 2013, n. 11199 – Pres. ed Est. Di Paolantonio – T.L. (avv. Conti) c. Barclays Bank Plc (avv.ti De Luca Tamajo, Toffoletto, Bottini, Nespoli, Paternò) ed Engo Spa (avv.ti Maresca, Gianni). 675

2014

FEBBRAIO

Corte di Giustizia Ue, 13 febbraio 2014, causa C-596/12, Sez. Seconda – Avv. Gen. E. Sharpston – Commissione europea c. Repubblica italiana. 581

Cassazione, 10 giugno 2014, n. 13060, Sez. lav. – Pres. Vidiri, Est. Ghinoy, P.M. Fresa (conf.) – Poste italiane Spa (avv. Pessi) c. R.F. C.F. (avv. Vacirca). 608

APRILE

Cassazione, 4 aprile 2014, n. 8006, Sez. lav. – Pres. Canevari, Est. Napoletano, P.M. Matera (conf.) – Ospedale pediatrico Bambino Gesù (avv.ti Pessi, Gentile) c. P.V., C.F. (avv.ti R. Scognamiglio, C. Scognamiglio). 594

Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 aprile 2014, ricorso n. 31045/10 – Pres. Ziemele – National Union of Rail, Maritime and Transport Workers, «Rmt» (N. Todd, *solicitor*, con J. Hendy QC e M. Ford QC, *barristers*) c. Regno Unito (agente R. Tomlinson, *Foreign and Commonwealth Office*). 649

Cassazione, 10 aprile 2014, n. 8491, Sez. VI lav., ord. – Pres. Curzio, Est. Marotta – Poste italiane Spa (avv. Trifirò) c. M.K. (avv.ti Cossu, Cester, Miazzi).	594
Corte d'Appello Milano, 15 aprile 2014 – Pres. Curcio, Est. Bianchini – B.A. (avv.ti Guariso, Romano) c. Afi Srl (avv.ti Biolchini, Vicoli, Padovan).	613
Tribunale Roma, 18 aprile 2014, Sez. lav., ord. – Est. Marocco – C.D. (avv. Grassi) c. P.S. (avv. Canepuccia).	638
Cassazione, 23 aprile 2014, n. 9203, Sez. lav. – Pres. Lamorgese, Est. Bandini, P.M. Celeste (conf.) – C.E. C.F. (avv. Chietera) c. F.D. Spa (avv.ti Spinoso, Napolitani).	588
Tribunale Milano, 30 aprile 2014, Sez. lav., ord. – Est. Lombardi – S.L. (avv.ti. A. Civitelli, V. Civitelli) c. Edil service Scarl (avv. Loschiavo).	632
MAGGIO	
Corte d'Appello Torino, 7 maggio 2014, Sez. lav. – Pres. Girolami, Est. Grillo Pasquarelli – Fiom-Cgil nazionale (avv.ti Sbarra, Guarini, Martino, Poli) c. Cnh Industrial N.V. (avv.ti De Luca Tamajo, Dondi, Amendolito, Favalli, Dirutigliano, Ropolo).	664
Corte d'Appello Torino, 22 maggio 2014, Sez. lav. – Pres. Girolami, Est. Mariani – Inps (avv. Ollà) c. C.S. (avv.ti Boldrini, Marengo).	689
Corte d'Appello Brescia, 29 maggio 2014, Sez. lav. – Pres. ed Est. Nuovo – Inps (avv.ti Collerone, Mogavero) c. B.G.L. (avv. Baschenis).	689
GIUGNO	
Corte costituzionale, 4 giugno 2014, n. 155 – Pres. Silvestri, Est. Cri-scuolo – Atti decisi: Trib. Roma, ordinanze n. 301 e n. 302 del 2012.	588
Cassazione, 16 giugno 2014, n. 13630, Sez. lav. – Pres. Roselli, Est. Patti, P.M. Matera (conf.) – Meridiana Fly Spa (avv.ti Boursier Niutta, De Luca Tamajo) c. B.L.	594

PRINCIPALI FONTI NORMATIVE
E CONTRATTUALI

COSTITUZIONE

– art. 3	560, 568, 591, 607, 691
– art. 24	677, 697
– art. 36	560, 640
– art. 38	560, 606, 695
– art. 39	668
– art. 81	573, 642
– art. 97	560, 568
– art. 111	677
– art. 117	559, 569

UNIONE EUROPEA

Trattato Ce

– art. 39	583
– art. 94	582
– art. 228	587

Trattato sul funzionamento dell'Ue

– art. 45	582
– art. 258	586
– art. 260	587

Direttiva n. 1975/129/Ce

582

Direttiva n. 1980/897/Cee

696

Direttiva n. 1992/56/Ce

582

Direttiva n. 1994/45/Ce

665

Direttiva n. 1998/59/Ce

– Considerando n. 1

582

– Considerando n. 2

582

– Considerando n. 4

582

– art. 1

581

– art. 2

581

– art. 5

582

Direttiva n. 1999/70/Ce

– clausola 4

605

Direttiva n. 2000/43

615

Direttiva n. 2000/78	
– Considerando n. 25.....	618
– art. 6.....	613
Direttiva n. 2001/23/Ce.....	571
Direttiva n. 2002/73.....	626
Direttiva n. 2002/74/Ce.....	696
Direttiva n. 2004/17/Ce.....	567
Direttiva n. 2004/18/Ce.....	567
Direttiva n. 2006/54	
– art. 18.....	624
Direttiva n. 2009/38.....	666
Decisione del Consiglio 8 giugno 2010, n. 320	
– art. 2.3.....	551
Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea di Nizza.....	556
– art. 21.....	621
– art. 27.....	666
– art. 30.....	643
Carta sociale europea 1961	
– art. 4.....	555
– art. 4.4.....	552
– art. 32.....	554
– Protocollo addizionale del 22 giugno 1995.....	552
Carta sociale europea 1996.....	543
– art. 6.....	654
Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali	
– art. 6.....	559, 605
– art. 11.....	649
– art. 35.....	661
— Protocollo addizionale n.1.....	559
– art. 1	
— Protocollo addizionale n. 14.....	661
— Protocollo addizionale n. 15.....	662
Risoluzione Comitato Ue 5 febbraio 2013.....	551

CONVENZIONI E ACCORDI INTERNAZIONALI

Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati	656
Convenzione Oil 9 luglio 1948, n. 87	656
Convenzione Oil 22 giugno 1982, n. 158 – art. 4	553
Dichiarazione Oil di Filadelfia	545
Dichiarazione universale dei diritti umani	554

CODICE CIVILE

– art. 1206	604
– art. 1218	598
– art. 1223	597
– art. 1227	595
– art. 1460	608
– art. 2033	700
– art. 2043	602, 630
– art. 2049	630
– art. 2059	601, 630
– art. 2082	582
– art. 2087	602, 629
– art. 2094	583, 638
– art. 2095	583
– art. 2103	589, 608
– art. 2112	590
– art. 2114	692
– art. 2115	692
– art. 2116	689
– art. 2117	692
– art. 2222	641
– art. 2233	646
– art. 2697	632
– art. 2729	624
– art. 2940	700
– art. 2948	699
– art. 2955	699
– art. 2956	699

CODICE PROCEDURA CIVILE

– art. 151 disp. att.	687
– art. 31	684
– art. 32	684
– art. 34	684
– art. 35	684
– art. 36	684
– art. 40	679
– art. 409	684
– art. 414	665
– art. 426	684
– art. 427	684
– art. 439	677
– art. 700	575
– art. 702- <i>bis</i>	685
– art. 702- <i>ter</i>	684

LEGGI E DECRETI

d.lgs. lgt. 23 agosto 1917, n. 1450	692
r.d.l. 22 marzo 1934, n. 654	692
r.d.l. 17 agosto 1935, n. 1765	
– art. 22	692
r.d.l. 4 ottobre 1935, n. 1827	
– art. 55	700
r.d.l. 14 aprile 1939, n. 636	
– art. 27	692
legge 11 gennaio 1943, n. 138	
– art. 11	692
legge 26 agosto 1950, n. 860	
– art. 34	692
legge 24 ottobre 1955, n. 990	
– art. 35	694
legge 13 marzo 1958, n. 250	
– art. 1	694
legge 4 luglio 1959, n. 463	700
legge 18 aprile 1962, n. 230	585
legge 12 agosto 1962, n. 1338	
– art. 13	697
legge 19 gennaio 1963, n. 15	
– art. 3	694

d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124	
– art. 4	694
– art. 67	692
– art. 212	694
– art. 236	694
legge 15 luglio 1966, n. 604	
– art. 2	633, 640
– art. 6	588, 679
– art. 8	600, 677, 699
legge 4 febbraio 1967, n. 37	
– art. 43	694
legge 30 aprile 1969, n. 153	
– art. 27	692
– art. 40	697
– art. 41	697
legge 20 maggio 1970, n. 300	
– art. 15	668
– art. 18	596, 609, 643, 675, 699
– art. 28	667
legge 11 agosto 1972, n. 485	
– art. 23-ter	692
d.P.R. 29 dicembre 1973, n. 1092	
– art. 204	560
legge 20 maggio 1975, n. 164	
– art. 5	669
legge 7 febbraio 1979, n. 29	
– art. 2	694
– art. 6	694
legge 29 maggio 1982, n. 297	
– art. 2	696
legge del 1990, n. 108	603
legge 23 luglio 1991, n. 223	603
– art. 4	581
– art. 5	587
– art. 16	561
– art. 24	581
d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 80	
– art. 3	696
legge 23 ottobre 1992, n. 421	
– art. 3	562
d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 503	
– art. 2	562
legge 8 agosto 1995, n. 335	695

– art. 1	559
– art. 2	697
– art. 3	697
d.m. 2 maggio 1996, n. 281	
– art. 1	697
d.lgs. 16 settembre 1996, n. 562	
– art. 6	695
d.lgs. 4 dicembre 1996, n. 658	
– art. 6	695
d.lgs. 24 aprile 1997, n. 164	
– art. 5	695
legge del 1997, n. 196	561
legge 27 dicembre 1997, n. 449	
– art. 59	692
legge 23 dicembre 1999, n. 488	
– art. 41	696
d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38	
– art. 5	693
d.lgs. del 2000, n. 196	626
d.lgs. del 2001, n. 151	
– art. 55	636
d.lgs. del 2001, n. 165	
– art. 1	568
– art. 31	569
– art. 35	569
– art. 36	571
d.lgs. del 2001, n. 368	576
– art. 1	589
– art. 2	589
– art. 4	589
d.lgs. del 2002, n. 74	664
– art. 5	666
– art. 6	666
– art. 7	666
d.lgs. del 2003, n. 216	
– art. 3	613
d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276	
– art. 27	577
– art. 33	613
– art. 34	613
– art. 61	638
– art. 63	644
– art. 69	638

– art. 69- <i>bis</i>	641
d.lgs. 8 aprile 2004, n. 110.....	582
d.lgs. del 2005, n. 145.....	626
d.lgs. del 2006, n. 198	
– art. 26.....	627
– art. 37.....	626
– art. 40.....	624
legge 27 dicembre 2006, n. 296	
– art. 1.....	559
legge 17 ottobre 2007, n. 188	
– art. 1.....	636
d.d.l. 9 luglio 2008, n. 884.....	636
d.l. 25 giugno 2008, n. 112	
– art. 18.....	567
– art. 39.....	636
legge 6 agosto 2008, n. 133.....	567, 636
– art. 18.....	576
d.l. 29 novembre 2008, n. 185	
– art. 19.....	691
d.l. 1° luglio 2009, n. 78	
– art. 19.....	567
d.l. 31 maggio 2010, n. 125	
– art. 9.....	567
legge 4 novembre 2010, n. 183	
– art. 32.....	588, 594, 676
– art. 39.....	697
d.l. 29 dicembre 2010, n. 225	
– art. 2.....	590
legge 26 febbraio 2011, n. 10.....	590
d.l. 13 agosto 2011, n. 138	
– art. 3- <i>bis</i>	567
d.lgs. del 2011, n. 150.....	682
– art. 4.....	684
d.l. 6 dicembre 2011, n. 201	
– art. 24.....	692
legge 22 dicembre 2011, n. 214.....	692
legge 16 luglio 2012, n. 12.....	568
legge 24 marzo 2012, n. 27.....	567
d.l. 22 giugno 2012, n. 83	
– art. 33.....	641
legge 28 giugno 2012, n. 92.....	572, 614, 632, 641,
.....	675, 699
– art. 1.....	591, 605, 633, 646, 676

– art. 4	633
legge 6 luglio 2012, n. 95	
– art. 4	568
d.lgs. 22 giugno 2012, n. 113.....	666
legge 7 agosto 2012, n. 134.....	641
d.d.l. del 2013, n. 103	637
d.d.l. del 2013, n. 183	637
d.d.l. del 2013, n. 203	637
d.d.l. del 2013, n. 1409.....	637
d.l. del 2013, n. 76	614, 635
legge del 2013, n. 147	
– art. 1	578
d.d.l. del 2014, n. 1428.....	637, 642
d.l. 20 marzo 2014, n. 34.....	596
legge 16 maggio 2014, n. 78	596

ACCORDI SINDACALI

Ccnl metalmeccanici 2008	671
Contratto collettivo speciale metalmeccanici Fiat 13 dicembre 2011	665

CIRCOLARI ISTITUTI PREVIDENZIALI

circolare Inail 7 maggio 1998, n. 30.....	693
circolare Inail 11 aprile 2000, n. 32.....	693
circolare Inps 7 febbraio 2001, n. 32.....	697
circolare Inps 6 settembre 2006, n. 95- <i>bis</i>	693
circolare Inps 2 marzo 2012, n. 31	698

LEGGI DEL REGNO DI SPAGNA

Costituzione.....	543
– art. 10.2	555
– art. 35	548
– art. 35.2	547
– art. 86.1	549
– art. 96	555
– art. 96.1	555

Codice civile	
– art. 1.5	554
d.l. del 2012, n. 3	546
legge del 2012, n. 3	546
– art. 4	555
<i>Estatuto de los trabajadores</i>	
– art. 14.1	546
Contratto collettivo di <i>recuperación de residuos sólidos y materias primas secundarias</i>	
– art. 10	550
LEGGI DEL REGNO DI SVEZIA	
legge del 25 marzo 2010, n. 228	545
LEGGI DEL REGNO UNITO	
<i>Equality Act, 2010</i>	617
<i>Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act del 1992</i>	
– <i>section 219</i>	651
– <i>section 224</i>	651
LEGGI DELLA REPUBBLICA DI GRECIA	
legge 17 dicembre 2010, n. 3899	551
LEGGI DELLA REPUBBLICA DI FRANCIA	
ordinanza 2 agosto, n. 893.....	553

Pubblicità UnipolSAI



