

PARTE II
GIURISPRUDENZA

RAPPORTO DI LAVORO

[CORTE COSTITUZIONALE, 28.2.2019, n. 29](#) – Pres. Lattanzi, Est. Sciarra – Telecom Italia (avv. Romei) c. A.F. (avv.ti Bolognesi, Orlandi); interv. Presidente del Consiglio dei ministri (Avv. Stato Salvatorelli).

Parità di trattamento – Trasferimento di azienda – Trasferimento di ramo d'azienda – Lettura costituzionalmente orientata degli artt. 1206, 1207 e 1217 c.c. – Conseguenze da illegittima cessione di ramo d'azienda – Diritto vivente – Mutamento giurisprudenziale sopravvenuto.

Trasferimento di azienda – Trasferimento di ramo d'azienda – *Mora credendi* nel rapporto di lavoro – Inottemperanza all'ordine giudiziale al datore di lavoro cedente di ripristino del rapporto – Obbligazioni del cedente successive alla sentenza di accertamento – Effettività della tutela del lavoratore.

Nel caso di trasferimento di ramo d'azienda, la decisione giudiziale che dichiara l'illegittimità, l'inefficacia o l'inopponibilità del negozio produce la ricostituzione ex tunc del rapporto di lavoro tra il datore di lavoro cedente e il lavoratore ceduto. Il prestatore matura così nei confronti del cedente un diritto risarcitorio dei danni subiti nel periodo intercorrente fra la cessione dell'azienda e la decisione giudiziale e retributivo per il periodo successivo alla sentenza e fino all'effettivo ripristino del rapporto di lavoro. Detto regime obbligatorio è applicabile anche all'ipotesi in cui il datore di lavoro rifiuti in modo ingiustificato la prestazione di lavoro offerta dal dipendente ceduto, realizzando così una situazione di mora credendi. (1)

Il riconoscimento dei diritti retributivi maturati dal lavoratore ceduto nei confronti del cedente che rifiuti la prestazione offerta dopo la sentenza dichiarativa dell'illegittimità, inefficacia o inopponibilità del negozio traslativo opera

in modo indipendente da eventuali guadagni ottenuti aliunde, anche qualora questi consistano nelle retribuzioni corrisposte dal cessionario a titolo di prestazioni di lavoro di fatto (art. 2126 c.c.). (2)

(1-2) CONVERGENZE INTERPRETATIVE IN TEMA DI DIRITTI RETRIBUTIVI
DEL LAVORATORE NELLA *MORA CREDENDI*

SOMMARIO: 1. Una pronuncia costituzionale in ascolto delle S.U. 2018 (sent. n. 2990). — 2. Le criticità costituzionali nell'interpretazione della *mora credendi* in valsa nel diritto vivente. — 3. La configurazione della *mora credendi* secondo i principi costituzionali. — 4. L'obbligazione retributiva del datore di lavoro moroso come strumento di riequilibrio del (ricostituito) rapporto di lavoro. — 5. L'offerta della prestazione nel fuoco della corrispettività contrattuale. — 6. Interpretazione conforme a Costituzione e apparente duplicazione retributiva.

1. — *Una pronuncia costituzionale in ascolto delle S.U. 2018 (sent. n. 2990)* — Con la decisione n. 29 del 7.2.2019 (1), i giudici costituzionali si sono espressi in merito alla legittimità dell'istituto della *mora credendi* nel rapporto di lavoro. In particolare, la Corte ha dovuto affrontare il profilo delle obbligazioni che sorgono in capo al datore cedente nei confronti del lavoratore ceduto, a seguito di una sentenza che abbia accertato la nullità, l'inefficacia o l'inopponibilità del trasferimento di ramo d'azienda (art. 2112 c.c.).

Il dubbio che ha indotto la Sezione lavoro della Corte d'Appello di Roma a sollevare la questione di legittimità costituzionale (di seguito, q.l.c.) (2) attiene infatti all'interpretazione costituzionalmente orientata da accordarsi alle previsioni civilistiche di cui gli artt. 1206, 1207 e 1217, che disciplinano, rispettivamente, condizioni, effetti e intimazione della mora del creditore.

Si tratta – vale chiarirlo sin d'ora – di una sentenza interpretativa di rigetto per infondatezza sopravvenuta della q.l.c. proposta dalla Sezione lavoro della Corte d'Appello di Roma. Nelle more del giudizio costituzionale, le Sezioni Unite (sent. 7.2.2018, n. 2990) (3) sono infatti intervenute a dirimere il contrasto ermeneutico sorto intorno alla natura delle conseguenze giuridico-sanzionatorie per il datore di lavoro ove questi, con il proprio comportamento, generi una situazione di *mora accipendi*, che impedisce al lavoratore l'esecuzione della propria prestazione ritualmente offerta (4).

(1) Disponibile in *Consulta online*.

(2) Il giudizio in cui è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale riguarda il caso di *Telecom Italia Spa*, che ha proposto appello per la riforma della decisione che ha condannato la società al versamento delle retribuzioni in favore del lavoratore ceduto dopo la dichiarazione giudiziale di illegittimità dell'atto di trasferimento di ramo d'azienda. Quest'ultima ha altresì statuito in ordine alla riammissione in servizio dei dipendenti ceduti, non eseguita dalla cedente.

(3) In *RGL*, 2018, II, 330 ss., corredata dall'analisi di Bologna.

(4) Secondo le modalità fissate dagli artt. 1208 ss. c.c., siccome integrati dagli artt. 73 ss. disp. att. c.c.

A tale ultimo riguardo, è appena il caso di ricordare come il tema delle conseguenze della *mora credendi* nel rapporto di lavoro si inserisce nel più ampio e consolidato filone che tende a ricercare i tratti differenziali tra il diritto privato *tout court* e il diritto del lavoro. È quanto la stessa pronuncia n. 29 conferma attraverso l'inquadramento del regime retributivo consequenziale alla mancata collaborazione del datore di lavoro moroso quale diritto del dipendente conforme ai «principi generali del diritto delle obbligazioni [...] pur con le peculiarità connaturate alla specialità del rapporto di lavoro» (5).

In tale direzione, tra tutti (6), un riferimento letterario obbligato non può che essere lo studio monografico di Giorgio Ghezzi del 1965, dedicato proprio alla mora del creditore (7). Variamente approfondito e sviluppato dalla comunità scientifica anche in tempi recenti (8), il lavoro si distingue per lo sforzo di emancipare la *mora accipien-di* dall'alveo del diritto comune, valorizzandone la specialità in forza dell'art. 6, ultimo comma, del r.d.l. del 13.11.1924, n. 1825 («Disposizioni relative al contratto d'impiego privato») (9), salvo, poi optare per una riconduzione dell'istituto alla disciplina codicistica di cui agli artt. 1206 ss. c.c. (10). Nelle pagine, l'Autore corrobora, inoltre, la sua adesione alla natura risarcitoria e non retributiva delle conseguenze da mora del creditore-datore di lavoro (11), rimasta a lungo maggioritaria e oggi sconfessata dagli ultimi approdi giurisprudenziali.

In questo solco ricco di apporti dottrinali si inseriscono, in poco meno di un anno di distanza l'una dall'altra, la sentenza a Sezioni Unite n. 2990 del 2018 e la decisione costituzionale n. 29 del 2019 che si intende in questa sede esaminare. Se la prima decisione segna una tappa decisiva all'interno del confronto giuslavorista sulla mora del creditore, la seconda certifica la fondatezza della visione costituzionalmente orientata espressa dagli Ermellini, inaugurando una seriazione di pronunce conformi da parte dei giudici territoriali (C. App. Roma 3.6.2019, n. 2163/2019, sentenza) e delle singole Sezioni della Cassazione (3.7.2019, n. 17785/2019, S. civ., sentenza) che qui ci si limita solo a cennare (12).

Si spiega così l'impossibilità di scindere dal punto di vista analitico i pronunciamenti delle S.U. 2018 e della Corte costituzionale del 2019, pur riguardando essi fattispecie contrattuali differenti. Il comune tema delle conseguenze della mora del creditore-datore di lavoro induce infatti a leggere la pronuncia costituzionale n. 29 alla stregua di un «autorevole guscio vuoto», che ha il prevalente effetto di consacrare l'orientamento cristallizzato poco prima dalle Sezioni Unite 2018, senza aggiungere innovazioni interpretative significative all'attuale dibattito sull'istituto.

(5) Punto 5, in diritto.

(6) Vd., *ex multis*, lo studio di Cattaneo (1964), ma anche la voce curata da Ghera e Liso (1976, 977 ss.).

(7) Ghezzi 1965.

(8) Cfr. Speciale 1992, 263 ss., e, più recentemente, Gragnoli 2018, 3 ss.

(9) La norma prevede che in caso di sospensione lavorativa per fatto imputabile al datore al lavoratore venga riconosciuto al lavoratore il diritto alla retribuzione o all'indennità di licenziamento.

(10) Speciale (2014, 695) mette ben in luce questa parabola analitica.

(11) Ghezzi 1965, 120 ss., ma in senso conforme già le riflessioni di Mengoni 1954, 580 ss., e Mancini 1962, 234 s., 325.

(12) In *Redazione Giuffrè*.

Un esito, questo, prevedibile già a una prima lettura dell'ordinanza con cui la Corte d'Appello ha rimesso la questione ai giudici della Consulta (13). L'esigenza «non detta», sottesa alle motivazioni spese a supporto del rinvio, appare infatti quella di provocare una strumentale sospensione del giudizio in corso (art. 23, c. 2, della l. 11.3.1953, n. 87) (14) in attesa del pronunciamento delle Sezioni Unite, che avrebbe di lì a poco disciolto il dubbio sulla alternativa interpretativa in tema di *mora credendi* tra l'obbligazione datoriale risarcitoria (tesi impostasi nel diritto vivente) e quella retributiva (più vicina ai principi costituzionali e preferita dal giudice *a quo*).

Da tempo, infatti, tanto nella giurisprudenza quanto nella dottrina era attesa una posizione nitida della Cassazione sugli artt. 1206, 1207 e 1217 c.c. Detta esigenza è stata tanto più avvertita per le situazioni che si caratterizzano per una relazione intersoggettiva a struttura trilaterale, come nel caso di un trasferimento d'azienda o di un suo ramo (15), o in quelle nelle quali il legislatore non ha espressamente provveduto a qualificare il titolo (risarcitorio o retributivo) della responsabilità gravante sul creditore moroso.

Casi, quest'ultimi, che appaiono tuttavia sempre più limitati dal punto di vista quantitativo, parallelamente all'attuale tendenza normativa a restringere le protezioni *ex contractu* della parte debole del rapporto, mediante una esplicita formalizzazione e indicizzazione forfettaria che lasci pochi margini all'interpretazione degli operatori (16). È quanto è accaduto, del resto, con i recenti interventi sull'art. 18 della l. n. 300/1970 (17), in cui lo stesso legislatore qualifica come risarcitorio il regime applicabile a seguito di licenziamento illegittimo e fino alla reintegra (comma 2), con una previsione derogatoria del diritto delle obbligazioni (18). Riflessioni analoghe potrebbero formularsi in relazione al successivo comma 4, che prevede espressamente un'indennità risarcitoria per il datore di lavoro che non ottemperi all'ordine giudiziale di reintegra e che è stato ritenuto legittimo dai giudici della Consulta (sent. 23.4.2018, n. 86) (19).

(13) Emessa in data 5.10.2017, in sede di opposizione al decreto ingiuntivo adottato dal Tribunale di Roma (in *G.U., prima serie speciale – Corte costituzionale*, n. 6, del 7 febbraio 2018).

(14) Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale.

(15) I cui presupposti costitutivi sono stati da tempo messi a fuoco tanto dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione quanto da quella della Corte di Giustizia. Certi di richiamare concetti noti, si ricorda che un ramo aziendale può costituire oggetto di cessione solo se esso costituisce un'autonoma entità funzionale, economica e produttiva, dotata di un'organizzazione stabile che conserva la sua identità anche dopo il negozio traslativo e a prescindere dalla forma del negozio stesso o del provvedimento sulla cui base il trasferimento è effettuato (in senso conforme, vd., *ex multis*, Cass. 28.4.1976, n. 1499; Cass. 5.3.2008, n. 5932; Cass. 19.1.2017, n. 1316; Cass. 8.11.2018, n. 28593, in *Redazione Giuffrè*; a livello sovranazionale invece cfr. C. Giust. 9.12.2004, n. 460; C. Giust. 16.12.2010, n. 480; C. Giust. 6.3.2014, n. 458). Sul tema, *ex multis*, in dottrina vd. i contributi raccolti in *Opinioni sul trasferimento d'azienda*, in *DLRI*, 2006, e, in particolare, l'intervento di Speciale, 697 ss., a proposito dei crinali problematici posti dall'art. 2112 c.c. in rapporto al quadro normativo e giurisprudenziale eurolunitario. Sempre in argomento, ma con più diretto riguardo al rapporto tra negozio di trasferimento e procedura di informazione e consultazione sindacale, vd. Raimondi 2010, 327 ss.

(16) Bologna 2018, 335.

(17) Con la l. n. 92/2012, cd. Fornero.

(18) In senso conforme, Cass. n. 2990, S.U., cit., punto 7, in diritto.

(19) Cfr. Rescigno 2018, 831 ss. Nella decisione, la Corte ha inoltre statuito che la rein-

Alla luce di questo quadro teorico e giurisprudenziale, quella che si propone a seguire è un'analisi delle forme e delle condizioni sostanziali alle quali la Corte costituzionale con la decisione n. 29 del 2019 ha puntellato l'armonizzabilità costituzionale della *mora credendi* nel rapporto di lavoro, e, in modo particolare, delle conseguenze che l'istituto produce in relazione alle vicende soggettive e oggettive del rapporto di lavoro.

2. — *Le criticità costituzionali nell'interpretazione della mora credendi invalsa nel diritto vivente* — La Corte costituzionale è chiamata a fornire la lettura degli artt. 1206, 1207 e 1217 c.c. — disciplinanti, rispettivamente, condizioni, effetti e intimazione della mora del creditore — più vicina ai principi costituzionali, dai quali, invece, la giurisprudenza consolidata sembra aver preso una certa distanza.

Nell'orientamento prevalente nelle Sezioni semplici della Cassazione (10.5.2017, n. 11402, S. VI civ., ord.; 9.9.2014, n. 18955), infatti, al lavoratore che non sia riammesso in servizio dopo la decisione sulla illegittimità del trasferimento aziendale andrebbe precluso il diritto alla retribuzione da parte della società cedente, potendo egli unicamente rivendicare nei confronti di quest'ultima una pretesa di natura risarcitoria (art. 1207 c.c.) (20).

Tuttavia, per il giudice *a quo* i parametri costituzionali di cui agli artt. 3, 24, 111 e 117, c. 1 — quest'ultimo in relazione all'art. 6 della Ced,u — legittimerebbero una lettura più favorevole al dipendente ceduto.

Più esattamente, per la Corte rimettente il lavoratore potrebbe vantare una pretesa retributiva e non meramente risarcitoria nei confronti della società cedente a partire dal passaggio in giudicato della decisione che accerta l'illegittimità del trasferimento aziendale, o meglio la sua nullità, secondo l'impostazione preferita dalla Cassazione (21). Detto obbligo retributivo sarebbe inoltre autonomo e indipendente dal pagamento effettuato dal cessionario al lavoratore ceduto per le eventuali prestazioni da questi rese, che verrebbero a qualificarsi come mere prestazioni di fatto, ai sensi dell'art. 2126 c.c.

La Corte di rinvio aderisce a tale lettura muovendo dall'assunto per cui la ricostituzione del rapporto tra lavoratore ceduto e società cedente che si determina per effetto della dichiarazione giudiziale sulla nullità della cessione incide in modo inevitabile sulla natura dell'obbligazione di *facere* gravante su parte datoriale.

Nello specifico, la retroazione di detta sentenza agisce in senso *demolitorio* sulla cessione dichiarata illegittima e in senso «ri-costitutivo» sulle obbligazioni contrattuali tra datore cedente e dipendente ceduto a partire dal momento iniziale del loro rapporto (22). L'avvenuta corresponsione delle retribuzioni da parte del cessionario a favore

tegra dei dipendenti costituisce un comportamento datoriale non coercibile e tale da attivare, in caso di inerzia, una responsabilità a titolo risarcitorio e non retributivo nei confronti del lavoratore licenziato.

(20) Tesi sposata in sede di opposizione dalla ricorrente Telecom Italia Spa, secondo cui il credito da lavoro nel caso di specie sarebbe insussistente, in considerazione del fatto che la società cessionaria aveva già provveduto a retribuire il dipendente per le prestazioni eseguite.

(21) Cass. 6.7.2016, n. 13791, in *Redazione Giuffrè*, in cui la violazione dell'art. 2112 c.c. determina la nullità del negozio per contrasto con norme imperative *ex* art. 1418 c.c.

(22) Giacché il datore «senza un motivo legittimo», a tenore dell'art. 1206 c.c., rifiuta l'adempimento che gli è stato offerto. Sono estranei alla locuzione normativa i casi in cui la

del ceduto (art. 2126 c.c.) non rappresenta, poi, un fattore impeditivo alla produzione degli effetti ripristinatori propri della sentenza, tra cui, appunto, la ricostituzione del rapporto di lavoro cedente-lavoratore e il relativo trattamento economico, avendo una natura meramente fattuale, non già formale.

In questa costruzione adeguatrice dell'organo rimettente, che trova riscontro anche in alcune pronunce della Cassazione (23) e in parte della dottrina (24), la sentenza definitiva sull'illegittimità del trasferimento funge da spartiacque temporale: induce a configurare una situazione di *mora credendi* per il datore che immotivatamente rifiuti la prestazione offerta dal lavoratore nelle forme di cui all'art. 1217 c.c.; quindi, converte il titolo della responsabilità del datore da risarcitorio (art. 1207 c.c.) a retributivo (art. 1206 c.c.) dal momento della decisione definitiva sull'illegittimità del negozio traslativo fino a quello dell'effettiva riammissione in servizio (art. 1206 c.c.), garantendo in tal modo la piena tutela del lavoratore.

Diversamente, la tutela risarcitoria che il diritto vivente (Cass., sentenze n. 19740/2008; 26.6.2014, n. 14542; 14.7.2014, n. 16096; n. 18955/2014) tende ad applicare in modo esclusivo con detraibilità dell'*aliunde perceptum* sarebbe lesiva per il lavoratore ceduto del principio di eguaglianza formale (art. 3, c. 1, Cost.), in quanto lo esporrebbe a una situazione di ingiustificata disparità di trattamento rispetto a quella registrabile in altre situazioni di mora del creditore (25).

In tale ultima interpretazione riduzionistica degli artt. 1206, 1207, e 1217 c.c. la Corte d'Appello individua poi due ulteriori profili di criticità costituzionale. Nello specifico, sotto il riconoscimento di una responsabilità unicamente risarcitoria in capo al datore cedente il giudice *a quo* ravvede una potenziale violazione del diritto della parte debole del rapporto a una tutela giudiziale pienamente satisfattiva (art. 24 Cost.), con un contestuale incentivo per il datore di lavoro a non servirsi delle prestazioni del dipendente anche dopo la pronuncia di illegittimità della cessione. Di qui, in modo conseguente, l'ulteriore *vulnus* per il lavoratore, in termini di impossibilità di esperire un rimedio di tipo effettivo, nell'ambito di un giudizio caratterizzato da parità processuale tra le parti (art. 111 Cost.) e coerenza tra pretese sostanziali vantate e strumenti giudiziali azionabili (artt. 117, c.1, Cost. e 6 Cedu).

3. — *La configurazione della mora credendi secondo i principi costituzionali* — Tra tutte le potenziali violazioni evidenziate dal giudice rimettente, quella relativa alla lesione del principio di eguaglianza formale (art. 3, c. 1, Cost.) acquista senza dubbio rilievo centrale nella sentenza, soprattutto perché la relativa doglianza spinge i giudici della Corte a interfacciarsi con i diversi volti del principio di corrispettività genetica e

mancata collaborazione datoriale all'adempimento del lavoratore deriva da causa non imputabile al creditore, applicandosi in queste ipotesi il rimedio della risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione (artt. 1256, c. 1, e 1463 c.c.); in tema, cfr. Stella (2012, 377 ss.).

(23) Cass. 3.3.2006, n. 4677, in *Redazione Giuffrè*, in tema di illegittimità di un contratto di somministrazione ex art. 27, c. 2, d.lgs. n. 273 del 2003, e costituzione in mora.

(24) Favorevole alla natura retributiva delle obbligazioni del datore di lavoro, nel caso in cui questi sia in mora; cfr. Ghera, Liso 1976, 1001; Speciale 1992, 313 ss. Per la parte della comunità scientifica sostenitrice, invece, della opposta tesi risarcitoria, vd. *supra*, nota 11.

(25) Sul punto, vd. *infra*, par. 3.

funzionale all'interno del rapporto di lavoro. Gli ulteriori profili connessi agli artt. 24, 111 e 117 Cost. – quest'ultimo invocato a copertura costituzionale della presunta compressione dell'art. 6 Cedu –, pure invocati dal giudice *a quo*, mostrano invece un rilievo ancillare e del tutto consequenziale, che solo le decisioni di merito e legittimità successive contribuiscono a ribilanciare.

A dimostrazione dell'asserita lesione al principio di eguaglianza tra prestatori che si riscontrerebbe nella tesi risarcitoria sposata dalla giurisprudenza, l'organo rimettente sottopone alla Corte un apparente cortocircuito in punto di diverso titolo di responsabilità del creditore in alcune fattispecie di mora del creditore nell'ambito del rapporto di lavoro (artt. 1206, 1207, 1217 c.c.), attraverso il ricorso al tradizionale metodo del *tertium comparationis*. Lo scopo del giudice introduttore è quello di porre in evidenza l'irrazionalità della protezione che il diritto vivente riconosce al lavoratore nella fase successiva alla manutenzione giudiziale del contratto di lavoro di cui egli è parte. Di qui il ricorso ad esempi comparativi che, sebbene non vertano in modo specifico su un trasferimento d'azienda illegittimo, ne condividono gli aspetti temporali – l'esistenza di un *prima* e di un *dopo*, a partire dall'adozione della sentenza con effetti ripristinatori e sostanziali, e la natura degli obblighi gravanti sulle parti del rapporto di lavoro –, tra cui la *mora accipiendi*.

Nello specifico, per l'ipotesi di mora del creditore in un rapporto obbligatorio diverso da quello di lavoro (26) e per quella di nullità del termine apposto al contratto di lavoro (art. 32, c. 5, l. n. 183 del 2010, ora art. 28, c. 2, d.lgs. n. 81 del 2015) (27) l'orientamento pretorio maggioritario riconosce in capo al creditore l'obbligo di corrispondere al prestatore la retribuzione oltre al risarcimento dei danni prodotti. Diversamente, nel caso di *mora credendi* da controprestazione offerta, la giurisprudenza tende a ravvedere il solo obbligo risarcitorio del datore, con una palmare disparità di trattamento per la parte debole del rapporto.

Nel risolvere detta irragionevole discrasia, i giudici della Consulta optano, come anticipato, per la tesi retributiva e non risarcitoria delle obbligazioni datoriali che rivivono a seguito del passaggio in giudicato della sentenza sulla nullità della cessione, ritenendo detta lettura maggiormente in armonia con i principi costituzionali di eguaglianza ed effettività della tutela (artt. 3 e 24 Cost., rispettivamente) invocati nell'ordinanza di rimessione.

Le argomentazioni spese a sostegno di tale impostazione maturano nell'ambito di giudizi costituzionali e di legittimità su fattispecie tra loro differenti [ossia l'illegittima apposizione di termine (28) e l'illegittima interposizione di manodopera (29)], ma tutti accomunati dall'applicazione giudiziale di un principio civilistico costituzional-

(26) Ipotesi che il rimettente non meglio specifica nell'ordinanza di rinvio.

(27) In cui viene riconosciuta un'indennità forfettaria, che va da 2,5 a 12 mensilità, per il solo il periodo intercorrente tra l'illegittima cessazione del rapporto e la sentenza sulla nullità del termine, e la retribuzione per il periodo successivo e fino al ripristino del rapporto. Detta differenziazione evita eventuali comportamenti elusivi della sentenza da parte del datore di lavoro al quale risulti economicamente più conveniente versare somme a titolo esclusivamente risarcitorio.

(28) C. cost. 11.11.2011, n. 303, in *GCost.*, 6, 2011, 4224 ss.

(29) Sent. n. 2990, S.U., cit.

mente orientato, ovvero quello di un equilibrio *costituzionalmente sostenibile* tra le posizioni intersoggettive del rapporto di lavoro, alla luce dei comportamenti adottati da ciascuna delle parti.

Con questo intento regolatorio, la decisione n. 29 richiama, in particolare, un precedente costituzionale (sent. n. 303, del 11.11.2011) (30), con il quale la Corte ha avallato la responsabilità retributiva del datore di lavoro (31) nel diverso caso di conversione a tempo indeterminato del contratto di lavoro viziato da illegittima apposizione di termine (art. 32, c. 5, l. n. 183 del 2010, cit.). Nello specifico, da questa decisione la Corte importa all'interno della sentenza n. 29 due aspetti: la centralità della rilevazione giudiziale rispetto a specifici profili di illegittimità del contratto di lavoro e alla natura delle obbligazioni gravanti sul datore moroso; quindi, la lettura costituzionalmente orientata della tutela da riconoscersi al dipendente che abbia fatto offerta di adempimento successivamente alla sentenza sul contratto viziato.

L'argomentazione decisiva ai fini della visione costituzionalmente orientata in tema di *mora credendi* nel rapporto di lavoro sembra però essere un'altra. Essa va ricercata nell'interpretazione degli artt. 1206, 1207 e 1217 c.c. resa a Sezioni Unite dalla Cassazione (sent. n. 2990, cit.), in contrasto con quella fino ad allora invalsa nel diritto vivente.

La conferma del «peso costituzionale» dell'intervenuta risoluzione del contrasto ermeneutico è del resto confermata dalla tipologia di decisione adottata dalla Corte costituzionale. I giudici, optando per una pronuncia di non fondatezza «nei sensi di cui in motivazione», ovvero sulla scorta delle Sezioni Unite 2018, scelgono di ancorare l'utilità e la stessa esistenza del giudizio costituzionale al giudicato della Cassazione, scrivendo una conclusione diversa da quella che dal costruito logico della sentenza n. 29 ci si sarebbe attesi in assenza di un intervento risolutivo dei giudici civili, ovvero una pronuncia interpretativa di accoglimento (32).

Nel merito, la sentenza n. 2990 verte intorno alla qualificazione degli effetti della *mora credendi* nel caso di mancata riammissione in servizio del lavoratore che abbia offerto al datore la propria prestazione, a seguito della sentenza sulla illecita interposizione di manodopera nell'ambito di un appalto di servizi (art. 29, c. 3-*bis*, d.lgs. 10.9.2003, n. 276) (33). La fattispecie su cui l'organo nomofilattico è chiamato a esprimersi è, dunque, evidentemente diversa dal trasferimento d'azienda di cui alla de-

(30) Cit. Detta decisione è poi richiamata dalle S.U. della Cassazione nella sent. n. 2990 (punti 11 e 12, in diritto).

(31) Punto 3.1.1, in diritto.

(32) In senso conforme, Cester 2018.

(33) In particolare, il processo è attivato dalla domanda per il riconoscimento dell'illiceità della manodopera, nonché, in via conseguente, dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze della società committente. Dopo l'accoglimento della richiesta, il comportamento inerte del committente a fronte della offerta di prestazione spinge i lavoratori a richiedere al giudice un decreto ingiuntivo per il pagamento delle retribuzioni maturate nel periodo successivo alla sentenza di accertamento. Opposto dal committente, il decreto è poi annullato nel corso del procedimento, in forza della riconosciuta natura risarcitoria e non retributiva delle obbligazioni del datore moroso. I lavoratori propongono quindi ricorso in Cassazione, ove la questione sulla responsabilità del creditore, per il suo preminente rilievo interpretativo, è rimessa alle S.U.

cisione costituzionale, ma la pronunzia a Sezioni Unite rileva, in ogni caso e al di là dell'esito (34), per la centralità del controllo giudiziale sul rapporto di lavoro, e ancor di più per la definizione sostanziale delle pretese tra le parti coinvolte.

Le Sezioni Unite affermano, in particolare, la natura retributiva delle obbligazioni del datore di lavoro per il periodo successivo alla sentenza che dichiara l'interposizione *contra legem*, attraverso un'inversione della logica che fino ad allora aveva sorretto la regola della corrispettività tra retribuzione e prestazione lavorativa, come oltre si tenderà di porre in risalto.

4. — *L'obbligazione retributiva del datore di lavoro moroso come strumento di riequilibrio del (ricostituito) rapporto di lavoro* — La valorizzazione in ottica costituzionale della *mora credendi* effettuata dalla Consulta nella decisione n. 29 si snoda attraverso due passaggi, che ricalcano e approfondiscono i rilievi già compiuti dall'organo rimettente in sede di sollevazione, in ossequio al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

La Corte anzitutto inquadra la tutela del lavoratore durante la mora del creditore entro una logica equitativa, che tende a (ri)bilanciare le posizioni delle parti durante l'esecuzione del contratto di lavoro, siccome ripristinato dalla pronunzia giudiziale dichiarativa delle patologie dello stesso; nel compiere detta operazione interpretativa, la Corte conferisce copertura costituzionale alla lettura inaugurata dalle Sezioni Unite nel 2018, in punto di corrispettività tra le prestazioni negli specifici casi di mora del datore di lavoro. Occorre, tuttavia, procedere per ordine.

Sul primo versante, il ragionamento seguito nella sentenza n. 29 risulta lineare e implicitamente fondato sui principi di buona fede e correttezza contrattuale (art. 2 Cost., 1175 e 1375 c.c.) (35). Per i giudici costituzionali come già per le Sezioni Unite (36), qualsiasi conseguenza negativa che discende da un comportamento del creditore ostativo al perfezionamento della controprestazione non può farsi ricadere sul lavoratore che si sia offerto di adempiere alla prestazione. Si tratta di una *ratio equilibratrice* per nulla estranea al Codice del 1942, ma anzi riscontrabile nella traslazione sul creditore della responsabilità per impossibilità sopravvenuta della prestazione dal momento della sua messa in mora (art. 1207, c. 1, c.c.), ad esempio.

Da questa impostazione discende, nel caso scrutinato, l'impossibilità di negare al lavoratore il diritto alla retribuzione per il tempo che intercorre tra il passaggio in giudicato della sentenza ripristinatoria del rapporto di lavoro e la sua riammissione

(34) Confermativo della pronuncia di secondo grado. Nello specifico, le S.U. fanno applicazione dell'art. 27, c. 2, d.lgs. n. 276/2003, che imputa all'interponente gli atti posti in essere dall'illecito interposto, compresa la corresponsione della retribuzione. Per la Corte, la *ratio* del giudizio riposerebbe nella specialità della disposizione evocata, che si impone in questo modo sul principio di corrispettività. Sulla natura compromissoria di detta soluzione, che bilancia in qualche misura la necessità di garantire in modo effettivo la protezione giurisdizionale del lavoratore con quella di evitare eventuali situazioni di locupletazione da parte del dipendente, vd. Cester 2018.

(35) Detti principi non vengono mai esplicitamente citati nella decisione costituzionale, ma solo in quella della Cassazione, con riferimento al rifiuto illegittimo del datore di collaborare allo svolgimento della prestazione offerta dal dipendente (punto 15, in diritto).

(36) Bologna 2018, 337.

in servizio. Laddove si accedesse all'interpretazione fino ad allora applicata dal diritto vivente, che sostiene la natura risarcitoria della responsabilità del creditore moroso, si arriverebbe infatti a sanzionare in modo ingiusto il dipendente che abbia offerto la propria obbligazione lavorativa per un comportamento inerziale colposo o doloso del datore.

La logica *secundum Constitutionem* attorno alla quale le Sezioni Unite, prima, e la Consulta, poi, rispettivamente costruiscono e cristallizzano detto orientamento ha natura sia sostanziale, sia economica. In particolare, la scelta per una configurazione retributiva della responsabilità del datore persegue una chiara finalità sanzionatoria. La corresponsione al lavoratore delle retribuzioni in esecuzione degli effetti ripristinatori della sentenza di accertamento sul rapporto rende infatti meno conveniente al creditore la perpetuazione della mora. Altrimenti detto, la sussistenza di una responsabilità retributiva e non risarcitoria grava maggiormente dal punto di vista economico il creditore, dal momento che lo condanna al versamento di un *quantum* da cui non può essere dedotto l'*aliunde perceptum* – come accade, invece, per le somme risarcitorie, in forza del principio compensativo (37) –, neanche se questo consiste nelle retribuzioni versate dal cessionario che si sia nel frattempo avvalso delle prestazioni del lavoratore ceduto.

Appare chiaro l'ulteriore effetto che tale impostazione produce sul datore, attraverso il deterrente economico: il disincentivo a eventuali comportamenti dolosi o colposi elusivi della decisione che abbia statuito in ordine al ripristino del rapporto di lavoro, e che minino il principio di effettività delle tutele presidiato dagli artt. 24 e 111 Cost. e dall'art. 6 Cedu.

5. — *L'offerta della prestazione nel fuoco della corrispettività contrattuale* — L'interpretazione costituzionalmente orientata avallata dalla Consulta riguarda però anche il sinallagma contrattuale che anima il rapporto di lavoro. Si tratta, forse, dell'aspetto più innovativo delle Sezioni Unite del 2018, che, riconoscendo l'obbligazione retributiva del datore di lavoro a partire dalla costituzione della mora – *rectius*: dall'offerta della prestazione del dipendente, che determina la mora del creditore –, implicitamente affermano che la corrispettività scatta dal momento in cui il lavoratore comunica la sua disponibilità ad adempiere alla propria obbligazione di *facere*, nel rispetto della sentenza che ha ripristinato la relazione contrattuale tra le parti (38).

Si assiste così a uno spostamento all'indietro della corrispettività allo stadio dell'offerta della prestazione da parte del lavoratore, sinora non ricompresa dalla giurisprudenza nel fuoco del sinallagma contrattuale.

Fino al 2018, il diritto vivente riconosce infatti la regola di reciprocità per cui nel contratto di lavoro «dove c'è prestazione c'è retribuzione». In quest'ottica, l'eventuale

(37) La *compensatio lucri cum damno* evita, come noto, eventuali situazioni di arricchimento da parte del risarcito che potrebbero provocare un dis-equilibrio «alla rovescia» tra le posizioni soggettive del rapporto obbligatorio. La giurisprudenza è cristallina al riguardo: *ex multis*, Cass. 2.3.2010, n. 4950; Cass. 25.11.2008, n. 28056, S.U., in *Redazione Giuffrè*; in letteratura, invece, vd. ancora le osservazioni di Bologna 2018, 339.

(38) Punto 15, in diritto. Le S.U. fondano la loro visione costituzionalmente orientata della *mora accipiendi* sugli artt. 3, 36 e 41 Cost.

retribuzione erogata in assenza di prestazione riveste per la giurisprudenza carattere eccezionale, tanto da dover essere supportata da una esplicita previsione normativa o contrattuale (39), in assenza della quale il lavoratore non ha diritto alla retribuzione ma al solo risarcimento, parametrato sulle mancate retribuzioni.

Entro questo assetto giurisprudenziale, le Sezioni Unite del 2018 introducono l'interpretazione costituzionalmente orientata fondata sugli artt. 3, 36 e 41 Cost. e tesa a ricomprendere nel sinallagma contrattuale l'ipotesi in cui il creditore moroso rifiuti la prestazione ritualmente offerta dal proprio dipendente dopo la ricostituzione giudiziale del loro rapporto.

Si genera così il sillogismo per cui «se il datore rifiuta in modo immotivato la prestazione a lui offerta, allora il lavoratore ha diritto alla retribuzione», che la Corte costituzionale fa proprio, con riferimento alla mora del creditore formatasi nella fase successiva alla sentenza dichiarativa sull'illegittimità della cessione (punto 5, in diritto).

6. — *Interpretazione conforme a Costituzione e apparente duplicazione retributiva* — La sentenza n. 29 che si è qui analizzata con l'imprescindibile supporto delle Sezioni Unite lascia alcuni interrogativi aperti: primo fra tutti quello relativo alla stessa ammissibilità del giudizio.

Chi scrive ritiene infatti che il giudice *a quo* avrebbe potuto direttamente offrire una interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 1206, 1207 e 1217 c.c., senza ricorrere alla sollevazione della q.l.c. (40). Come parte della dottrina non manca di evidenziare (41), l'armonizzazione di una o più norme al tessuto costituzionale altro non è che una variante del criterio interpretativo sistematico che tutti gli operatori sono tenuti a utilizzare, *a fortiori* l'organo introduttore del giudizio in seno alla Corte, su cui grava l'obbligo di dimostrare nell'ordinanza di rinvio di aver tentato infruttuosamente l'interpretazione adeguatrice delle norme a legittimità sospetta (42).

Purtuttavia, la giurisprudenza costituzionale di frequente afferma che l'esistenza di un'alternativa ermeneutica in linea con la Costituzione non osta alla sollevazione della q.l.c., essendo il giudizio innanzi alla Consulta finalizzato a incidere sulle norme, intese come prodotto di una delle possibili interpretazioni esperibili (43).

In detto quadro non sempre lineare, la sensazione è che in questi casi l'impostazione autocentrica della Consulta sia dettata più da ragioni di supremazia ermeneutica che da quelle di reale utilità del giudizio costituzionale. D'altra parte, cosa sarebbe accaduto se l'eccezione d'inammissibilità della questione presentata da Telecom Spa

(39) Cfr. Cass. 9.9.2014, n. 18955, in *Redazione Giuffrè*.

(40) Eccezione, questa, che la cedente Telecom ha formulato nella sua memoria di costituzione dinanzi alla Corte costituzionale, e che questa ha poi rigettato in sede di ammissibilità (punto 2.3, in diritto).

(41) Zagrebelsky, Marcenò 2012, 293 ss.

(42) Sul rapporto escludente tra il dovere di interpretazione costituzionalmente conforme e le sentenze interpretative di accoglimento della Corte, cfr. D'Atena 2009, 12 ss.

(43) *Ex plurimis*: sentenze n. 95 del 2016; n. 221 del 2015; n. 194, n. 69, n. 53, e n. 42 del 2017; n. 39 e n. 240 del 2018, in *Consulta online*. In presenza di un diritto vivente formatosi non in linea con il dettato costituzionale, parte della dottrina sostiene l'ammissibilità della q.l.c. sulla base dell'interesse della Corte costituzionale a epurare l'ordinamento da interpretazioni distoniche rispetto alla Carta. In questo senso, cfr. D'Atena 2009, 13 s.

proprio per la mancata applicazione dell'interpretazione adeguatrice del giudice di secondo grado fosse stata accolta e il processo costituzionale si fosse arrestato? Probabilmente nulla, visto che le Sezioni Unite avrebbero comunque fornito di lì a poco alla Corte d'Appello rimettente (la conferma del) il criterio costituzionalmente orientato e vista anche la decisione di rigetto della q.l.c. poi adottata dalla stessa Corte costituzionale.

Il combinato della sentenza n. 29 e delle Sezioni Unite 2018 potrebbe alimentare, però, un'ulteriore perplessità di ordine effettuale. Se da un lato la riconduzione delle obbligazioni datoriali entro la logica retributiva e non risarcitoria appare consona allo spirito equitativo-costituzionale, dall'altro essa riposa sulla *factio iuris* per cui, stante la nullità del trasferimento aziendale, le prestazioni rese dal lavoratore ceduto a favore del cessionario sarebbero prestazioni *de facto* (art. 2126 c.c.) diversamente da quelle a vantaggio del cedente moroso, che avrebbero natura *de iure*, giudizialmente accertata. Se ne deduce, dunque, che tanto la giurisprudenza di legittimità quanto quella costituzionale si servono di una differenziazione in senso formale dei due rapporti di lavoro per «giustificare» la duplicazione delle somme percepite a titolo retributivo dal lavoratore ceduto e «disinnescare» in tal modo un'applicazione dell'arricchimento *sine causa* ai danni del prestatore (art. 2041 c.c.).

È questo un aspetto che è solo cennato nella decisione della Corte costituzionale n. 29, e invece approfondito nei successivi pronunciamenti di merito, specie nella sentenza adottata dalla Corte territoriale di Roma (n. 2163/2019, cit.) in esito alla riassunzione del processo dopo il giudizio costituzionale. I giudici d'Appello rigettano il ricorso presentato da Telecom Spa, e, tra le altre, respingono la doglianza relativa alla presunta duplicità retributiva del lavoratore ceduto, sviluppando infatti la tesi della diversità dei rapporti giuridici esistenti tra dipendente, cedente e cessionario (punto 13). A sostegno della distinzione delle due relazioni obbligatorie vi sarebbero, da un lato, la circostanza per cui il rapporto di lavoro di cui sono parte cedente e lavoratore non risulta essere stato oggetto di *valido* trasferimento al cessionario, e, dall'altro, l'impossibilità di configurare il versamento retributivo del cessionario quale adempimento del terzo (art. 1180 c.c.), essendo questi comunque titolare di un distinto rapporto di fatto che lo obbliga direttamente ad adempiere all'obbligazione retributiva verso il lavoratore (44).

Dello stesso tenore le argomentazioni spese un mese più tardi dalla Sezione lavoro della Cassazione (sent. n. 17785, cit.). Ripercorsa la trama decisoria delle Sezioni Unite del 2018 e della Corte costituzionale del 2019, i giudici di legittimità arrivano a escludere l'applicabilità in via estensiva al trasferimento d'azienda di norme specifiche, che liberano il soggetto che si sia effettivamente avvalso della prestazione del lavoratore con il pagamento effettuato dal somministratore o dall'appaltatore [art. 27, c. 2, del d.lgs. n. 276/2003 (45), in tema di somministrazione irregolare (46)].

Alla luce del quadro articolato che si è tentato di ricostruire, un nuovo diritto vivente sembra accreditarsi in tema di obbligazioni retributive a carico del creditore-da-

(44) In senso conforme già Cass. 31.7.2017, n. 19030, in *Redazione Giuffrè*.

(45) Contenente le norme per l'attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14.2.2003, n. 30.

(46) Punto 7.2.

tore moroso. Dal punto di vista finalistico, la convergenza interpretativa registrabile a oggi in argomento nella giurisprudenza costituzionale, di legittimità e di merito tende alla garanzia di piena effettività dei diritti del lavoratore, in linea anche con i principi della Cedu. È questo un orientamento che merita di essere evidenziato, tanto più perché esso matura in un contesto normativo che sembra muovere nella direzione opposta: quella di una compressione delle tutele dei lavoratori.

Riferimenti bibliografici

- Bologna S. (2018), *Mora del creditore, esternalizzazione e profili di legittimità costituzionale*, in *RGL*, II, 330 ss.
- Cattaneo G. (1964), *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Giuffrè, Milano.
- Cester C. (2018), *Dopo la sentenza su trasferimento d'azienda o appalto illegittimi: risarcimento del danno o retribuzione?*, in *ADL*, n. 3, 769 ss.
- D'Atena A. (2009), *Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte costituzionale, Relazione conclusiva al Seminario «Corte costituzionale, giudici comuni, interpretazioni adeguatrici»*, Palazzo della Consulta, Roma, 6 novembre 2009.
- Ghera E., Liso F. (1976), voce *Mora del creditore (diritto del lavoro)*, in *ED*, XXVI, Giuffrè, Milano, 977 ss.
- Ghezzi G. (1965), *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Gragnoli E. (2018), *Un libro storico: Ghezzi, La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, in *RGL*, I, 3 ss.
- Mancini G.F. (1962), *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, Giuffrè, Milano.
- Mengoni L. (1954), *In tema di «mora credendi» nel rapporto di lavoro*, in *Temi*, 580 ss.
- Raimondi E. (2010), *Trasferimento d'azienda e art. 28 St. lav: un simulacro di tutela?*, in *RGL*, II, 327 ss.
- Rescigno S. (2018), *Riforma della sentenza di reintegrazione e ripetibilità delle somme: l'indennità ex art. 18, c. 4, St. lav. supera il vaglio di costituzionalità*, in *RIDL*, II, 831 ss.
- Speziale V. (1992), *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, Bari, 1992, 263 ss.
- Speziale V. (2006), *Opinioni sul trasferimento d'azienda*, in *DLRI*, 112, 697 ss.
- Speziale V. (2014), *La mora del creditore nelle interpretazioni dei giuslavoristi*, in *DLRI*, 695 ss.
- Stella G. (2012), *Mora accipiendi e cooperazione del creditore all'adempimento: principi tradizionali e recenti applicazioni*, in *RCP*, fasc. 2, 377 ss.
- Zagrebel'sky G., Marcenò V. (2012), *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 293 ss.

Oscar Genovesi
*Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro
 presso l'Università di Chieti-Pescara «Gabriele d'Annunzio»*

CORTE DI GIUSTIZIA, 20.6.2019, C-404/18, S. Terza – Avv. Gen. Pitruzzella – Hakelbracht e a.

Discriminazioni – Parità di trattamento – Direttiva n. 2006/54 – Rifiuto di assunzione a causa della gravidanza – Segnalazione del trattamento discriminatorio – Vittimizzazione – Licenziamento individuale.

L'effettività della tutela richiesta dalla Direttiva n. 2006/54 contro la discriminazione fondata sul sesso non sarebbe garantita se quest'ultima non ricomprendesse le misure che un datore di lavoro potrebbe essere indotto ad adottare nei confronti di lavoratori che abbiano, in modo formale o informale, preso le difese della persona protetta o testimoniato a suo favore. Tali lavoratori potrebbero essere scoraggiati dall'intervenire a favore di detta persona per timore di vedersi privati di tutela se non soddisfacessero determinati requisiti formali, il che potrebbe compromettere gravemente la realizzazione dello scopo perseguito dalla Direttiva n. 2006/54, riducendo la probabilità che siano individuati e risolti casi di discriminazione fondata sul sesso. (1)

(1) LA «VITTIMIZZAZIONE» COLLEGATA
ALLA DISCRIMINAZIONE FONDATA SUL SESSO

SOMMARIO: 1. Note introduttive. — 2. La questione controversa. — 3. Il rapporto tra tutela antidiscriminatoria e maternità nella giurisprudenza consolidata. — 4. Divieto di discriminazione e controllo giurisdizionale effettivo alla luce dello scopo della Direttiva n. 2006/54. — 5. Brevi osservazioni finali in merito alla protezione contro le ritorsioni e la prospettiva «proattiva».

1. — *Note introduttive* — La recente sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea emessa nel caso *Hakelbracht* (C-404/18), potrebbe dare l'idea, a prima vista, di intervenire solo *a latere* delle categorie tipiche del diritto antidiscriminatorio o delle questioni tradizionalmente più spinose che lo riguardano (ad esempio, la nozione di discriminazione diretta e indiretta nonché, rispettivamente, gli spazi di esenzione dal divieto o di giustificazione delle differenze di trattamento). A essere dibattuta, infatti, non è la natura discriminatoria del comportamento posto in essere nei confronti della vittima che, nel caso di specie, consiste nel rifiuto di assumere una donna a causa della sua gravidanza. Tale questione non solleva alcun dubbio nel procedimento principale e, al riguardo, la Corte di Giustizia si limita a richiamare la sua giurisprudenza consolidata, in significativa sintonia rispetto all'attività normativa e interpretativa che, nel tempo, ha reso il principio di parità, e di non discriminazione, tra i sessi un capitolo di significativo rilievo della politica sociale dell'Unione europea o, se si vuole, del modello sociale europeo.

Oggetto della controversia è piuttosto la tutela riconosciuta a una persona diversa dalla vittima di discriminazione, ma colpita da un'azione ritorsiva per aver concorso a

fare emergere il comportamento stigmatizzato. Un'ipotesi che l'ordinamento dell'Unione europea considera espressamente in termini di «vittimizzazione» nella previsione oggetto del rinvio pregiudiziale, ovvero l'art. 24 della Direttiva n. 2006/54 (1). Tale norma prescrive la predisposizione di misure per la protezione di chi denuncia una discriminazione e, almeno sotto questo specifico profilo, arriva per la prima volta al vaglio della Corte di Giustizia, chiamata a valutarne portata e ambito di applicazione sotto uno dei profili di maggiore pregnanza del diritto antidiscriminatorio: quello della effettività delle tutele che gli Stati membri hanno l'obbligo di garantire al proprio interno allo *scopo* di assicurare, anche in questo modo, «l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego» (art. 1, Direttiva cit.).

L'interesse per questa sentenza, allora, può dirsi tutt'altro che collaterale, perché incide in maniera diretta e chiara su uno dei punti di maggiore fragilità dei divieti di discriminazione – quello, appunto, dell'effettività delle tutele apprestate – e, nel far questo, getta nuova luce sul ruolo del diritto antidiscriminatorio, sulle sue potenzialità e, per certi versi, su alcune delle sue categorie cruciali, tutto sommato ancora poco indagate.

Aspetti, questi, che si possono apprezzare anche nel raffronto con l'ordinamento italiano, ora che il diritto antidiscriminatorio, non senza destare preoccupazioni (2), sembra destinato a compensare l'indebolimento progressivo dell'impianto normativo a presidio della stabilità occupazionale incentrato sulla tutela reintegratoria a suo tempo introdotta dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

Inoltre, e in una prospettiva ancor più generale, la sentenza in commento appare in linea con una tendenza in via di progressiva affermazione in ambito sia interno, sia sovranazionale, complessivamente orientata a integrare le tecniche di tutela dei diritti affidate alle norme inderogabili e ai rimedi ripristinatori con interventi o strumentazioni di tipo nuovo o innovativo, che si propongono la promozione di un ambiente improntato al (maggior) rispetto di regole e principi – si pensi alle pari opportunità o al benessere organizzativo – grazie al coinvolgimento attivo di soggetti terzi rispetto ai comportamenti vietati o alle vicende che si intendono contrastare. Un esempio in tal senso è offerto dal cd. *whistleblowing*, peraltro oggetto dell'attenzione del legislatore dell'Ue che, ad aprile di quest'anno, ha emanato una direttiva mirata, appunto, a tutelare i lavoratori che segnalano le violazioni del diritto comunitario e, in particolare, a evitare ritorsioni da parte degli enti o aziende datori di lavoro.

2. — *La questione controversa* — Come si è anticipato, a essere dibattuta non è la natura discriminatoria del comportamento posto in essere, che, nel caso di specie, consiste nel rifiuto di assumere una donna a causa della sua gravidanza.

(1) Direttiva riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego. Come è noto, si tratta di una direttiva di refusione, mirata a offrire un quadro più chiaro e aggiornato della disciplina comunitaria in una materia ampia e per molti versi stratificata, raggruppando in un unico testo le principali disposizioni esistenti (a partire dalla «storica» Direttiva n. 76/207), nonché gli sviluppi risultanti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, tradizionalmente molto attiva in questo settore della politica sociale.

(2) Per tutti, cfr. Barbera 2017, 17 ss.

Tale questione non solleva alcun dubbio nel procedimento principale, dal quale risulta una vicenda piuttosto articolata che vede coinvolti tre soggetti: un'azienda che opera nel campo dell'abbigliamento, un'aspirante commessa che si sottopone a un colloquio di assunzione (la sig.ra Hakelbracht) e una dipendente dell'azienda (la sig.ra Vandenbon) che ha funzioni di *store manager*: termine che nel linguaggio organizzativo-gestionale generalmente indica il/la direttore/trice di *boutique* o, comunque, una figura professionale che si occupa, tra l'altro, di gestione del personale di vendita nel negozio in cui opera. In virtù di tali funzioni, la *store manager* effettua il colloquio di assunzione e, nel corso di questo, emerge lo stato di gravidanza della candidata. L'esito del colloquio è positivo e viene comunicato alla responsabile della gestione delle risorse umane dell'azienda, insieme alla informazione in merito allo stato di gravidanza, ma l'assunzione non si concretizza. Sollecitata in merito, l'azienda comunica alla *store manager* che non si intende assumere la candidata a causa della sua gravidanza. Come risulta dagli atti, la *store manager* prontamente segnala all'azienda che il rifiuto di assunzione a causa della gravidanza è vietato dalla legge, ma la decisione viene confermata.

A questo punto, la vicenda della presunta vittima di discriminazione fondata sul sesso si intreccia con quella dalla *store manager*. Quest'ultima, infatti, preso atto della posizione dell'azienda, informa l'aspirante commessa che la sua candidatura non è stata accolta a causa della gravidanza. Di qui, la decisione della Hakelbracht di presentare reclamo contro l'azienda dinanzi all'*Institut pour l'égalité des femmes et des hommes* (d'ora in avanti, Istituto): un organismo federale indipendente che, tra l'altro, ha funzioni di mediazione e di conciliazione delle controversie che coinvolgono questioni di genere. Nell'ambito della procedura di reclamo, l'azienda contesta formalmente di aver rifiutato l'assunzione a causa della gravidanza e, quel che più conta, dopo circa 5 mesi dalla presentazione del reclamo, procede alla risoluzione del contratto di lavoro della *store manager*. Il quadro della vertenza si arricchisce, dunque, di un nuovo elemento, perché a fronte di quello che appare a tutti gli effetti un licenziamento ritorsivo, la sig.ra Vandenbon presenta reclamo. Ma l'azienda nega il carattere ritorsivo del licenziamento e, chiamata a indicarne le ragioni, adduce motivi circostanziati, facendo riferimento allo svolgimento carente dei compiti affidati, all'inosservanza delle norme di sicurezza, nonché all'insufficiente manutenzione del negozio e a una mancanza di ordine. La procedura dinanzi all'Istituto si conclude con la constatazione della impossibilità di trovare una soluzione conciliativa per il rifiuto dell'azienda di pagare le indennità forfetarie richieste sia dalla presunta vittima di discriminazione diretta fondata sul sesso, sia dalla presunta vittima di licenziamento ritorsivo (in entrambi i casi, per un importo pari a 6 mesi di stipendio). La controversia viene pertanto portata di fronte all'autorità giudiziaria competente e, in questo contesto, viene sollevata la questione pregiudiziale di fronte alla Corte di Giustizia con riferimento alla protezione contro le misure di ritorsione garantita nel sistema belga, in particolare dall'art. 22 della cd. legge sul genere, ovvero la *Loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes* del 10.5.2007, di trasposizione, tra l'altro, della Direttiva n. 75/117 e della Direttiva n. 76/207, come modificata dalla Direttiva n. 2002/73.

Si tratta di una legge ampia e capillare nella definizione delle misure di protezione contro le discriminazioni. Conformemente a quanto prescritto dalla normativa dell'Unione europea, l'art. 22 di tale legge disciplina l'ipotesi del reclamo presentato «da o a favore di una persona a causa di una violazione» della legge stessa, prevedendo

che «il datore di lavoro non può adottare una misura pregiudizievole nei confronti di tale persona, salvo che per motivi estranei a tale reclamo». La stessa norma specifica sia l'oggetto della tutela – che copre, in particolare, le ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro, di modifiche unilaterali delle condizioni di lavoro nonché di misure pregiudizievoli intervenute dopo la cessazione del rapporto di lavoro –, sia cosa debba intendersi per «reclamo». La stessa tutela è assicurata a chi intervenga a sostegno della vittima della discriminazione in qualità di testimone, purché però ciò avvenga nelle forme previste, nell'ambito dell'istruttoria del reclamo (producendo un documento sottoscritto e datato, nel quale siano riportati i fatti da loro visti o sentiti relativi alla situazione oggetto del reclamo), oppure intervenendo in giudizio (*infra*).

Nel caso di specie, l'autrice della segnalazione non può essere considerata testimone in senso formale, perché non rientra in alcuna delle ipotesi formalmente previste dalla legge. Di qui la questione pregiudiziale sollevata dal giudice interno, il quale si chiede se la tutela accordata dalla legge belga sia più limitata di quella prevista dall'art. 24 della Direttiva n. 2006/54 concernente, appunto, l'ipotesi di vittimizzazione.

Nessun problema, invece, suscita la questione della mancata assunzione. Si legge, infatti, nella sentenza che risulta «pacifico» nel procedimento principale che l'aspirante commessa – la sig.ra Hakelbracht – è stata vittima di una discriminazione diretta fondata sul sesso e che, per questa ragione, il giudice del rinvio le ha concesso il risarcimento previsto a tale titolo.

3. — *Il rapporto tra tutela antidiscriminatoria e maternità nella giurisprudenza consolidata* — Il fatto che la questione del rifiuto di assunzione non crei problemi interpretativi nella pronuncia in esame, non rende irrilevante soffermarsi brevemente sul rapporto tra tutela antidiscriminatoria e maternità, ricordando i passaggi essenziali della evoluzione giurisprudenziale in materia, peraltro esplicitamente richiamata dal Considerando 23 della Direttiva n. 2006/54 (3), il quale, nell'assolvere alla tipica funzione di motivazione delle norme essenziali dell'atto, ricorda che dalla giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia «risulta chiaramente che qualsiasi trattamento sfavorevole nei confronti della donna in relazione alla gravidanza o alla maternità costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso» e che, pertanto, «occorre includere esplicitamente tale trattamento nella presente direttiva».

Come è noto, i pregiudizi ai quali sono tradizionalmente esposte le donne in relazione alla gravidanza e alla maternità si concentrano nel momento della estinzione del rapporto di lavoro e in quello della sua costituzione (4). Momenti di particolare fragilità e che può dirsi siano stati oggetto di percorsi di evoluzione giurisprudenziale e

(3) Ma vd. anche il Considerando n. 12 della Direttiva n. 73/2002.

(4) Si tratta, da un lato, dei licenziamenti intimati durante il periodo legalmente tutelato, oggi ai sensi di quanto previsto dal «Testo Unico in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità» (d.lgs. n. 151/2001 e successive modifiche), che vieta ai datori di lavoro di adibire le donne al lavoro durante, appunto, il periodo di congedo di maternità e, dall'altro, dei rifiuti di assunzione. Peraltro, non è da trascurare la penalizzazione in termini di progressione economica o la frequenza con la quale la lavoratrice madre è colpita da provvedimenti «punitivi» dopo aver usufruito dei suoi periodi di astensione dal lavoro per maternità. Vd. Izzi 2005, 81-82.

normativa strutturalmente paralleli, ma entrambi fondamentali: da un lato, quello relativo all'affermazione del principio di parità di trattamento (e di non discriminazione) e, dall'altro, quello incentrato sul riconoscimento di diritti specificamente collegati alla maternità (5). Tra gli ostacoli più ardui da superare o, se si vuole, tra i pregiudizi più difficile da scardinare vi era – e per molti versi permane, almeno in un immaginario diffuso – la tendenza a «giustificare» trattamenti pregiudizievoli in base a ragioni impeditive della prestazione lavorativa (in via di fatto o per disposizione di legge, se si pensa ai periodi di astensione obbligatoria in prossimità del parto) o, comunque, a ritenere poco conveniente l'occupazione delle donne per gli oneri (economici e normativi) collegati, appunto, alla maternità (6).

Un punto di svolta in materia lo si è avuto con la decisione *Dekker* (C-177/88), nella quale, argomentando dal fatto che un rifiuto di assunzione per motivo di gravidanza «può essere opposto solo alle donne», la Corte ha concluso che esso costituisce una discriminazione fondata direttamente sul sesso (7). Insomma, evidenziato il carattere oggettivo della discriminazione, si è riconosciuta la irrilevanza del motivo alla base del rifiuto (8), sino ad affermare ancor più chiaramente, in altri casi (9), che l'esercizio dei diritti conferiti alle donne in conformità dell'art. 2, n. 3, della Direttiva n. 76/207 «non può essere oggetto di un trattamento sfavorevole per quanto riguarda l'accesso al lavoro e le condizioni di lavoro», sottolineando che, «sotto questo profilo, la direttiva mira al conseguimento di un'uguaglianza sostanziale e non formale» (punto 26).

Un giurisprudenza creativa che ha avuto modo di precisare la portata soggettiva e oggettiva dell'attività normativa prodotta a partire dalla metà degli anni settanta, quando sono state adottate le cd. direttive di prima generazione (10), per poi trovare una sostanziale codificazione nella normativa successiva – detta di «nuova» o «secon-

(5) Oggetto, almeno alle origini, della cd. tutela differenziata. Come è noto, in Italia, la svolta nel rafforzamento della tutela paritaria è stata impressa dalla legge n. 903 del 1977. Cfr.: Ballestrero 1979; Fredman 1997, spec. 179 ss.

(6) È appena il caso di ricordare in questa sede che, come nell'ordinamento dell'Unione europea, anche in Italia è ancora presente una struttura a doppio binario o parallela della normativa in materia di eguaglianza uomo-donna. Attualmente, la normativa di riferimento in materia di garanzie a favore della lavoratrice madre e del lavoratore padre, peraltro in una prospettiva sempre più rivolta a valorizzare la *genitorialità*, è raccolta nel d.lgs. n. 151/2001. L'altro grande troncone normativo, inizialmente riconducibile alla tutela paritaria introdotta con la l. n. 903/1977 e successivamente integrata dalla l. n. 125/1990 al fine di realizzare l'obiettivo della parità sostanziale tra i sessi in materia di lavoro, soprattutto sotto il profilo delle pari opportunità, è attualmente costituito dal d.lgs. n. 198/2006, novellato a seguito del recepimento della Direttiva n. 2006/54 (d.lgs. n. 5/2010).

(7) Una situazione, dunque, che non richiede alcuna comparazione, perché «il nesso tra il trattamento sfavorevole praticato dal datore di lavoro e il *fattore di rischio* del lavoratore è evidente di per sé», come sottolinea IZZI 2003, 425 ss. *Amplius*, Ballestrero 1997.

(8) Ad es., invocando il danno finanziario conseguente al periodo d'assenza per maternità (punto 12). Come ulteriormente precisato in altri casi, la tutela garantita dal diritto comunitario non può dipendere dalla circostanza che la presenza dell'interessata, nel periodo corrispondente al suo congedo di maternità, sia indispensabile al buon funzionamento dell'impresa in cui la stessa lavora.

(9) Così nel caso *Mahlburg* (C-207/98).

(10) Cfr. Roccella, Treu 2016, 278; Arrigo 2001, 5 ss.

da» generazione (11) – e, in particolare, nell’art. 2, par. 2, lettera c, della Direttiva n. 2006/54, il quale prevede espressamente che la discriminazione comprende «qualsiasi trattamento meno favorevole riservato a una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità».

Si tratta di progressi importanti, a seguito dei quali è possibile affermare che la promozione della parità tra uomini e donne costituisce uno degli espressi obiettivi della Comunità (12), come peraltro apertamente riconosciuto dai Trattati e dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione (art. 23) con riferimento a tutti i campi della vita sociale, a partire da quello del lavoro (13).

Può dirsi, dunque, acquisito il diritto a non essere discriminati per ragioni legate al sesso – o al genere (14), secondo il linguaggio dell’attualità –, peraltro, in un quadro ordinamentale che ne ha registrato una torsione in senso universalistico, apparendo la *nuova* tutela antidiscriminatoria – almeno a una parte della dottrina (15) – complessivamente preordinata alla difesa della dignità umana.

È vero, infatti, che il genere mantiene, nel *nuovo* diritto antidiscriminatorio, «una sua specificità, e una disciplina separata» (16), com’è vero che l’effettività resta «un obiettivo di difficile realizzazione in una materia di rilevanza strutturale come la parità» (17). La specificità spiega, ad esempio, la tipizzazione di comportamenti vietati in quanto discriminatori (come nel caso del rifiuto di assunzione in ragione della maternità) e che, in quanto tali, non richiedono alcun giudizio comparativo. Ma ipotesi analoghe sono sempre più frequenti nel diritto antidiscriminatorio *tout court*. Senza voler qui proporre ricostruzioni o, peggio ancora, soluzioni di problematiche complesse in termini superficiali o sbrigativi, la questione sollevata nel caso della sentenza in commento fa emergere un profilo ancora relativamente trascurato dell’attuale quadro normativo e che presenta molte analogie con il «caso» delle molestie (18). L’art. 24

(11) Direttive adottate sulle basi giuridiche introdotte dal Trattato di Amsterdam (art. 13 TCE e art. 141 TCE, ora, rispettivamente, art. 19 TFUE e art. 157 TFUE), e che riguardano diversi ambiti di esposizione al rischio. Cfr. Barbera 2003, 410; Izzi 2005, 14. Gottardi (2003, 448) ha messo in evidenza le «interrelazioni dinamiche» che caratterizzano la nuova frontiera della disciplina antidiscriminatoria e altra dottrina (Guarriello 2003, 342) ha utilizzato la formula «processo circolare» per sottolineare il gioco di reciproca influenza tra nozioni e tecniche regolative introdotte e sperimentate «partendo dalle discriminazioni di genere» per poi essere utilizzate, sia pure con differenziazioni quanto a nozioni utilizzate e campo di applicazione, con riferimento alle discriminazioni «dovute a fattori diversi, per tornare alle discriminazioni di genere».

(12) De Simone 2001, 17.

(13) Rocco, Treu 2016, 278; Ballestrero 2004, 519.

(14) Termine che indica una «appartenenza» e non una mera identità biologica, come puntualmente osserva Ballestrero (2004, 519), a cui si rinvia anche per gli opportuni approfondimenti in relazione alle implicazioni socio-politiche di una tematica connotata dallo squilibrio nei rapporti di potere.

(15) Barbera 2003, 413.

(16) Ballestrero 2004, 519.

(17) Rocco, Treu 2016, 278. Cfr. Izzi (2005, 21), per la quale, dal problema della effettività dei divieti di discriminazione «finisce per essere condizionato, almeno in parte, il *decollo* degli interventi di promozione delle pari opportunità».

(18) Cfr. Barbera, spec. 412.

della Direttiva n. 2006/54 tipizza, in realtà, un'ipotesi di comportamento ritorsivo collegato al trattamento discriminatorio, in relazione alla quale prescrive che siano garantite misure di protezione conformi ai requisiti richiesti dall'ordinamento in termini di *remedies*, ovvero di garanzia del diritto a non essere vittima di comportamenti ritorsivi per aver segnalato provvedimenti o comportamenti discriminatori con riferimento – è bene sottolinearlo – a tutti gli ambiti di esposizione al rischio coperti dall'attuale diritto antidiscriminatorio (*infra* e nota 24).

4. — *Divieto di discriminazione e controllo giurisdizionale effettivo alla luce dello scopo della Direttiva n. 2006/54* — In linea generale, la decisione pronunciata nel caso *Hakelbracht* non solleva particolari questioni di diritto (19), apprezzandosi piuttosto per l'esplicitazione ulteriore di alcuni concetti o principi già affermati in precedenti decisioni e, in particolare, per il rilievo riconosciuto sul piano interpretativo al profilo della effettiva attuazione dello scopo della direttiva.

L'effettività, come è stato ricordato di recente da un'attenta studiosa (20), è «un argomento sistematicamente utilizzato dalla Corte e al contempo un obiettivo del diritto sociale dell'Ue». Questa almeno apparente duplice valenza del principio di effettività la si ritrova tutta nella pronuncia in commento e, anzi, sembra arricchirsi di sfumature ulteriori.

La questione della vittimizzazione e della sua giustiziabilità, infatti, al pari della prevenzione e del sistema sanzionatorio, ha carattere strumentale rispetto all'obiettivo della effettività che, come già più volte ricordato, nel caso della Direttiva n. 2006/54 riguarda «l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e di impiego» (art. 1).

Come si deduce dall'avverbio «analogamente» utilizzato in apertura del punto 34 della sentenza, la valutazione di conformità dei diritti nazionali rispetto a quanto previsto dalla Direttiva n. 2006/54 si fonda sul concetto di effettività che proprio la Corte ha nel tempo elaborato (21), valorizzando, tra l'altro, lo stretto collegamento con l'esistenza di «procedure giudiziarie o amministrative adeguate, dirette a far rispettare gli obblighi imposti dalla direttiva». Si legge, infatti, nel Considerando 29 che ciò è considerato «essenziale per l'effettiva attuazione del principio della parità di trattamento», ovvero dello scopo stesso della direttiva.

Scopo che va letto alla luce della storia del processo di affermazione del «principio delle pari opportunità e della parità di trattamento», la cui «attuazione» la direttiva intende assicurare, per quello che più interessa in questa sede, ribadendo ancora una volta lo stretto rapporto tra parità di trattamento e divieto di discriminazione.

Senza voler qui affrontare o risolvere antiche questioni sulla declinazione di questo rapporto alla luce delle diverse dimensioni del principio di eguaglianza (formale e sostanziale; verticale e orizzontale), se ne può assumere la valenza in termini di strumentalità. Almeno in base all'impianto complessivo – oltre che alla lettera – della Direttiva n. 2006/54, appare difficile, infatti, confutare quanto più volte messo in luce da una

(19) Come peraltro attestato dal fatto che non sono state presentate le conclusioni dell'Avvocato Generale (vd. art. 20 dello Statuto della Corte di Giustizia dell'Ue).

(20) De Simone 2014, 490.

(21) A partire da quanto previsto dall'art. 6 della Direttiva n. 76/207.

dottrina autorevole (22) in relazione alle Direttive del 2000 e a quella del 2002, ovvero che il divieto di discriminazione sia da intendere quale «misura strumentale alla realizzazione dell'obiettivo della parità di trattamento, che le norme antidiscriminatorie perseguono, appunto vietando ogni trattamento deteriore di una persona o di più persone rispetto ad altre, direttamente o indirettamente fondato sulla considerazione di un fattore vietato». Insomma, si tratta di un «indispensabile strumento per la realizzazione della eguaglianza sostanziale (o parificazione nel trattamento)» tra sessi e, dunque, per la realizzazione dello scopo della direttiva, anche se – è bene ricordare – «la parità non si raggiunge solo con i divieti di discriminazione» (23). Si pensi alle azioni positive e alla loro progressiva legittimazione o al *gender mainstreaming* quale approccio strategico che implica l'integrazione orizzontale delle pari opportunità per le donne in tutte le politiche e gli atti normativi.

Ma i divieti di discriminazioni mantengono un ruolo essenziale rispetto alla realizzazione dello scopo della Direttiva n. 2006/54 e, con la questione sollevata in relazione alla normativa belga, la Corte di Giustizia ha l'occasione, appunto, non solo di ricordare il carattere strumentale del divieto rispetto al principio della parità di trattamento e delle pari opportunità, ma di aggiungere un ulteriore prezioso frammento al mosaico (giurisprudenziale) del concetto di tutela antidiscriminatoria effettiva.

Una prima tessera del mosaico risale alla nota sentenza *Marshall II* (C-271/91), nella quale la Corte, chiamata a pronunciarsi in merito al significato e alla portata della prescrizione relativa all'adozione dei «provvedimenti necessari a permettere a tutti coloro che si ritengano lesi da una discriminazione di far valere in giudizio i propri diritti» (art. 6), ne ha stabilito il carattere di «elemento indispensabile per conseguire lo scopo fondamentale della parità di trattamento tra uomini e donne». Ma è soprattutto la decisione pronunciata nel caso *Coote* (C-185/97) a rappresentare un antecedente importante per la sentenza in commento. La controversia riguardava un comportamento ritorsivo successivo alla cessazione del rapporto di lavoro (il rifiuto di fornire referenze come reazione a un'azione giudiziaria promossa per far rispettare il principio della parità di trattamento ai sensi della direttiva): ipotesi che non era prevista dalla Direttiva n. 76/207. Muovendo dalla «natura fondamentale del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva», la Corte ebbe modo di chiarire due aspetti importanti, successivamente codificati nelle Direttive del 2000 e in quella del 2002, per poi essere trasfusi nell'articolo 24 della Direttiva n. 2006/54 (con puntuale richiamo nel Considerando 32). Tra l'altro, il limpido ragionamento della Corte al riguardo è tuttora apprezzabile per la buona consapevolezza delle implicazioni tipiche delle relazioni di potere che intercorrono all'interno di organizzazioni complesse. Innanzitutto, si legge che, in mancanza di una chiara indicazione in senso contrario, non si può dedurre «l'intenzione del legislatore di limitare la tutela del lavoratore contro i provvedimenti decisi per ritorsione [...] al solo licenziamento». Questo, infatti, non è l'unico provvedimento «atto a dissuadere efficacemente il lavoratore dall'avvalersi del suo diritto alla tutela giurisdizionale». Altre misure possono avere carattere «dissuasivo» (ad esempio, quelle che ostacolano la ricerca di un nuovo posto di lavoro da parte del la-

(22) Ballestrero 2004, 517.

(23) *Ibidem*.

voratore licenziato, come nel caso di specie). Premesse importanti per arrivare ad affermare che il principio del «controllo giurisdizionale effettivo» sarebbe «privato del nucleo essenziale della sua efficacia» se la tutela che esso conferisce non includesse i provvedimenti che il datore di lavoro potrebbe essere indotto a porre in essere come «reazione a un'azione giudiziaria promossa da un dipendente al fine di ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento». Ancor più chiaramente, la Corte sottolinea che il «timore di siffatti provvedimenti, contro i quali non sarebbe esperibile alcun ricorso, rischierebbe di dissuadere i lavoratori che si ritengano vittime di una discriminazione dal far valere i loro diritti in sede giurisdizionale e, pertanto, potrebbe compromettere gravemente la realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla direttiva».

Dopo vent'anni di distanza dalla sentenza *Coote*, in una fase più che avanzata della nuova stagione del diritto antidiscriminatorio, è interessante che la Corte si pronunci nuovamente sul principio del «controllo giurisdizionale effettivo».

Nella pronuncia in commento, in particolare, l'ambito di applicazione della tutela contro i comportamenti ritorsivi di cui all'art. 24 della Direttiva (24) risulta oramai formalmente ampliato sia in senso soggettivo (includendo i «rappresentanti dei dipendenti previsti dalle leggi e/o prassi nazionali»), sia in senso oggettivo (riguardando il licenziamento o «altro trattamento sfavorevole da parte del datore di lavoro, quale reazione a un reclamo all'interno dell'impresa o a un'azione legale volta a ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento»). Soprattutto, come anche risulta dal Considerando 32, la «natura di diritto fondamentale della tutela legale effettiva» viene non solo ribadita, ma anche valorizzata quale perno argomentativo per fondare una interpretazione in senso ampio della «categoria dei lavoratori» che possono beneficiare della protezione prevista dall'art. 24 e per escludere che possa essere delimitata sulla base di criteri formali (punto 27). Piuttosto, le prescrizioni in materia di vittimizzazione devono essere interpretate in relazione al «ruolo» che i lavoratori possono aver svolto a favore della persona protetta e che «può aver indotto il datore di lavoro ad adottare misure sfavorevoli nei loro confronti» (punto 29). In altre parole, non conta il «come», ma il «fatto» che tali lavoratori si trovino «nella posizione ideale» per sostenere la persona protetta dal divieto, ma potrebbero «essere scoraggiati dall'intervenire» a suo favore «per timore» di non essere coperti dalla tutela contro comportamenti o provvedimenti per il solo fatto di non soddisfare determinati requisiti formali. Nessun dubbio, per la Corte, che questo «potrebbe compromettere gravemente la realizzazione dello scopo perseguito dalla Direttiva n. 2006/54, riducendo la probabilità che siano individuati e risolti casi di discriminazione fondata sul sesso» (punto 34).

Per la Corte, la normativa belga, considerata nel suo insieme, «non enuncia semplici norme procedurali o probatorie», ma tende a «delimitare la categoria di lavoratori protetti dalle misure di ritorsione in modo più restrittivo di quanto previsto all'articolo 24», escludendo, in particolare, «i lavoratori che abbiano sostenuto informalmente

(24) Ma una previsione identica era già stata introdotta dalla Direttiva n. 2002/73, che sostituiva l'art. 7 della Direttiva n. 76/207. Peraltro, tale norma riprendeva sostanzialmente quanto già previsto nelle Direttive n. 2000/43 e n. 2000/78 agli articoli, rispettivamente, 9 e 7, entrambi rubricati «Protezione delle vittime». Quanto alla disposizione rubricata «Difesa dei diritti», essa è contenuta, rispettivamente, negli articoli 15 e 11 e, in identica forma, è stata riportata dapprima nella Direttiva n. 2002/73 e, ora, nella Direttiva n. 2006/54.

la persona che è stata oggetto di discriminazione» (punto 36). Ne discende che il giudice interno è tenuto a interpretare la normativa posta in questione conformemente non solo alla lettera, ma anche all'obiettivo perseguito dalla direttiva.

In conclusione, può ragionevolmente affermarsi che la fattispecie di vittimizzazione si presti a includere ogni forma di attivazione da parte dei dipendenti – o di loro rappresentanti – «volta a ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento», in coerenza con le finalità della tutela antidiscriminatoria, peraltro da intendere in senso ampio, visto che anche le direttive che non riguardano il genere (o meglio, che non riguardano solo il genere, come nel caso della Direttiva n. 2000/78) contemplano disposizioni mirate a proteggere da qualunque «trattamento sfavorevole» quale reazione a un reclamo o a un'azione legale «volta a ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento» non solo di genere.

5. — *Brevi osservazioni finali in merito alla protezione contro le ritorsioni e la prospettiva «proattiva»* — Il complessivo quadro argomentativo della sentenza suggerisce riflessioni che vanno al di là della specifica questione sollevata o delle ricadute pratiche che vi possono essere a livello interno.

Nel raffronto, ad esempio, con quanto previsto in merito nel nostro ordinamento, può osservarsi che la Direttiva n. 2006/54 è stata attuata con il d.lgs. n. 5/2010, con il quale sono state apportate modifiche al d.lgs. n. 198/2006 (Codice delle pari opportunità tra uomo e donna; d'ora in avanti, Codice). A seguito di tale intervento e, in particolare, con l'art. 1, c. 1, lett. *dd*, è stato inserito nel Codice l'art. 41-*bis*, rubricato appunto «Vittimizzazione».

In generale, può rilevarsi altresì che, conformemente al diritto dell'Unione europea come interpretato dalla Corte di Giustizia, l'art. 41-*bis* sembra accogliere una nozione molto ampia di fattispecie vietata, ovvero di comportamento ritorsivo, sia dal punto di vista oggettivo («ogni comportamento pregiudizievole»), sia da quello soggettivo (la persona lesa da una discriminazione o «qualunque altra persona»). Quanto alla tutela giurisdizionale, inoltre, la vittimizzazione è repressa con gli strumenti del diritto antidiscriminatorio (azione di nullità ordinaria e azione cd. speciale in via di urgenza, di cui all'art. 38 del Codice, che riprende quanto già previsto dall'art. 16 della l. n. 903/1977).

La tendenziale equiparazione delle ipotesi di vittimizzazione alla discriminazione riguarda anche le molestie e le molestie sessuali (art. 26 Codice). Replicando, infatti, quanto disposto dall'art. 41-*bis*, il c. 3 dell'art. 26 assimila alla discriminazione «quei trattamenti sfavorevoli da parte del datore di lavoro che costituiscono una reazione a un reclamo o a un'azione volta a ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento tra uomini e donne». Il c. 3-*bis* dello stesso articolo (inserito dalla legge di bilancio 2018) prevede poi una particolare protezione in caso di azione in giudizio «per la dichiarazione delle discriminazioni per molestia o molestia sessuale».

In via di grande approssimazione, l'assimilazione alla discriminazione sia delle ipotesi di vittimizzazione che dei casi di molestie parrebbe rafforzare il carattere oggettivo e funzionale dei divieti di discriminazione. Come costantemente ricorda un'autorevole dottrina (25), «il controllo di non discriminazione non è diretto ad accertare che i po-

(25) Barbera 2013, 153.

teri datoriali siano esercitati per realizzare l'interesse (economico) per il quale sono riconosciuti». Si è piuttosto di fronte a un «limite tipicamente *esterno*, come accade ogni volta che il diritto, ponendo confini all'esercizio di un potere, tutela interessi altri da quelli del titolare del potere stesso».

Ad esempio, se ne può cogliere la significativa sintonia rispetto all'esigenza di valorizzare quello che viene definito approccio «proattivo» di difesa dell'eguaglianza (26), e che tende a contrastare le discriminazioni non solo sul piano della repressione-riparazione realizzata *a posteriori* ma anche e soprattutto attraverso «interventi dispiegati preliminarmente, nel momento in cui è ancora possibile impedire la violazione dei relativi divieti» (27), e mediante il coinvolgimento *attivo* di una pluralità di soggetti, inclusi i datori di lavori o – come nel caso della vittimizzazione – gli stessi lavoratori.

Per quanto l'analogia possa essere un po' forzata, una logica simile sembra scorgerci alla base del crescente interesse che sia le fonti internazionali sia quelle interne (almeno per quanto concerne il pubblico impiego, con riferimento all'Italia) dedicano alla tutela del *whistleblower* nell'azione di contrasto del fenomeno della corruzione o, più in generale, di pratiche illecite all'interno dell'azienda.

Senza poter qui approfondire il tema, interessa mettere in rilievo l'opzione di fondo, anche per la pregnanza che potrebbe derivare dalla recente approvazione da parte del Parlamento europeo della Proposta di direttiva riguardante la «protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione» (16.4.2019), e che, grosso modo, mira a colpire le «violazioni del diritto che ledono il pubblico interesse» nella «salvaguardia del benessere della società» (Considerando 1).

La forzatura dell'analogia riguarda molti profili, quali la natura degli interessi o dei diritti coinvolti, nonché le finalità perseguite che, nel caso del fenomeno del *whistleblowing*, hanno rilievo (di diritto) pubblico, mentre le pratiche mirate a incoraggiare il coinvolgimento attivo di lavoratori e lavoratrici nel contrasto delle discriminazioni mirano *soltanto* a rendere effettivo il principio della parità di trattamento. Un principio, però, che ha rilievo costituzionale, oramai anche per l'Unione europea, rispetto al quale l'assenza di discriminazione costituisce una «premessa indispensabile», pur senza esaurirne il significato (28) (*supra*).

Non pare tuttavia una forzatura concludere ipotizzando che, se le ragioni alla base di strategie o tecniche regolative nuove o innovative possono avere il sapore amaro del paternalismo libertario evocato dalla *spinta gentile* di Richard Thaler, è anche vero che la trasformazione profonda che sta attraversando il nostro sistema sociale in senso lato e la crisi delle tradizionali tecniche di regolazione a base del suo complessivo funzionamento non consente atteggiamenti di retroguardia o cedimenti alle lusinghe di facili soluzioni. L'approccio proattivo, ad esempio, non implica necessariamente la dismissione dello strumento dei *remedies* ma, al contrario, ne sollecita l'implementazione in una logica di maggiore effettività, quale può essere realizzata attraverso interventi su più piani e tra loro integrati, con il coinvolgimento di una pluralità di soggetti e, *in primis*, le parti sociali.

(26) Izzi 2005, 216 ss.; Fredman 2013, 138 ss.; Vimercati 2016, 752 ss.

(27) Izzi 2005, 217.

(28) Ballestrero 2004, 518.

Riferimenti bibliografici

- Arrigo G. (2001), *Il diritto del lavoro dell'unione europea*, vol. 2, Giuffrè, Milano.
- Ballestrero M.V. (1979), *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, il Mulino, Bologna.
- Ballestrero M.V. (2004), *Eguaglianza e differenze nel rapporto di lavoro*, in *LD*, n. 3-4, 501 ss.
- Ballestrero M.V. (2016), *Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione*, in *DLRI*, n. 150, 231 ss.
- Barbera M. (2003), *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio*, in *DLRI*, 399 ss.
- Barbera M. (2017), *Il cavallo e l'asino. Ovvero dalla tecnica inderogabile alla tecnica antidiscriminatoria*, in Bonardi O. (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione*, Ediesse, Roma, 17 ss.
- Borrelli S. (2007), *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Chieco P. (2006), *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, in *RGL*, n. 3, I, 559 ss.
- De Simone G. (2001), *Dai principi alle regole*, Giappichelli, Torino.
- De Simone G. (2014), *L'effettività del diritto come obiettivo e come argomento. La giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, tra interventismo e self «restraint»*, in *LD*, n. 2-3, 489 ss.
- Fredman S. (1997), *Women and the Law*, Oxford University Press, Oxford, ristampa 2002.
- Fredman S. (2013), *Breaking the mould: equality as a proactive duty*, in Countouris N., Freedland M. (a cura di), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Oxford University Press, Oxford, 138 ss.
- Gottardi D. (2003), *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni*, in *DLRI*, 447 ss.
- Guarriello F. (2003), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, in *DLRI*, n. 99-100, 341 ss.
- Izzi D. (2003), *Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie «di seconda generazione»*, in *DLRI*, 423 ss.
- Izzi D. (2005), *Eguaglianza e differenze nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli.
- Roccella M. (1997), *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Roccella M., Treu T. (2016), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Cedam, Padova.
- Vimercati A. (2016), *Diritto del lavoro, culture organizzative, politiche proattive*, in *LD*, n. 4, 749 ss.

Aurora Vimercati
Ricercatrice di Diritto del lavoro
presso l'Università di Bari «Aldo Moro»

CORTE DI GIUSTIZIA, 14.11.2018, C-18/17, S. Terza – Avv. Gen. Wahl – Danieli & C. Officine meccaniche Spa e a.

Distacco transnazionale – Rinvio pregiudiziale – Adesione di nuovi Stati membri – Direttiva n. 96/71/Ce – Distacco di lavoratori – Distacco di lavoratori di Stati terzi.

In caso di distacco di lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi, uno Stato membro può legittimamente restringere, attraverso l'imposizione del permesso di lavoro, il distacco di lavoratori croati dipendenti di un'impresa con sede in Croazia in virtù del regime transitorio sancito dall'Atto relativo alle condizioni di adesione all'Unione europea della Repubblica di Croazia, qualora tali lavoratori siano somministrati a un'impresa stabilita in altro Stato membro, la quale poi li distacca nel primo Stato membro, nell'ambito di un appalto. Diversamente, uno Stato membro non può legittimamente esigere che i cittadini di Stati terzi dispongano di un permesso di lavoro qualora siano distaccati nell'ambito di un appalto da parte di un'impresa stabilita in un altro Stato membro cui i lavoratori erano stati somministrati da un'altra impresa, stabilita nello stesso Stato, ove i suddetti cittadini hanno il permesso di lavoro, in quanto ciò è in violazione degli articoli 56 e 57 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. (1)

(1) LA NOZIONE DI DISTACCO TRANSNAZIONALE
E I VINCOLI PROCEDURALI: LA FORNITURA DI LAVORATORI

SOMMARIO: 1. Le condizioni del distacco transnazionale tra misure *antidumping* e protezione dei mercati interni: premesse. — 2. I vincoli procedurali e amministrativi alla libera prestazione di servizi: il permesso di lavoro. — 3. La fornitura di manodopera e i confini della nozione di distacco transnazionale.

1. — *Le condizioni del distacco transnazionale tra misure antidumping e protezione dei mercati interni: premesse* — La sentenza della Corte di Giustizia, che di seguito si commenta (1), costituisce un emblematico esempio di come il distacco transnazionale continui a rappresentare uno strumento dalla dimensione applicativa controversa nonostante la metabolizzazione della necessità di contrastare i fenomeni elusivi nel campo della sicurezza sociale (2) e gli interventi regolativi che ne hanno ridisegnato i confini a garanzia dei diritti dei lavoratori coinvolti. Il riferimento è all'ultimo sforzo di riscrittura delle norme in tema di distacco contenuto nella Direttiva n. 2018/957 del 28.6.2018 che modifica la Direttiva n. 96/71 (3).

(1) Cfr. anche Carlier, Renaudière 2019, 166-175.

(2) C. Giust. 6.2.2018, C-359/16, *Altun e a.*, su cui Ferrara 2018, 421.

(3) In relazione alla proposta della Commissione europea Com(2016)128 final del-

Abbandonata la strada dell'armonizzazione (4) e accantonata l'idea di intervenire in via generale sul bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali (5), l'ultimo intervento in materia di distacco transnazionale è coerente con la politica del contenimento del libero accesso ai mercati nazionali inaugurata già da qualche tempo dall'Unione europea (6).

I fatti di causa si riferiscono a un caso di distacco transnazionale di quattro lavoratori croati dipendenti della Danieli Systec d.o.o., con sede in Croazia, questa ultima facente parte del gruppo Danieli & C. Officine meccaniche Spa, con sede in Italia, destinati a essere distaccati in Austria per eseguire la costruzione di un laminatoio di cui la Danieli & C. Officine meccaniche Spa aveva ricevuto la commessa. Sempre al fine di eseguire tale appalto, la Danieli intendeva ricorrere al distacco di un lavoratore russo e un lavoratore bielorusso, questi ultimi dipendenti della Danieli Automation Spa, con sede in Italia.

La vicenda in esame conferma una tendenza che contraddistingue l'attuale dimensione dei distacchi transnazionali, ovvero che, pur restando un fenomeno marginale nell'Unione europea (7), risultano evidenti l'elevato ritmo di crescita (8), l'alta concentrazione in alcuni settori (9) e le dinamiche del flusso della manodopera che interessa spesso paesi membri confinanti (10). Tali dati sono avvalorati anche dalle ultime stime in relazione al rilascio dei certificati A1, che, come è noto, costituiscono la certificazione di regolarità previdenziale del personale in distacco emessa dall'autorità competente del paese di provenienza del datore di lavoro distaccante ai sensi del Regolamento n. 883/2004 e del Regolamento di attuazione n. 987/2009. Si registra, infatti, il 12% in più di certificazioni nel 2016 rispetto al 2015 e una maggiore diffusione nel settore delle costruzioni (quasi il 45% dei certificati A1 riguardano questo ambito) (11). Queste due dimensioni (geografica e produttiva), in virtù delle quali i distacchi diventano sempre più transfrontalieri e interessano settori peculiari, dovreb-

l'8.3.2016 vd. Orlandini 2017; Giubboni 2017, 117; Fuchs 2018, 3. Sulla Direttiva n. 2018/957 vd. Allamprese *et al.* 2019, 133 ss.; Tomkin 2019, 724; Van Nuffel, Afanasjeva 2018, 1401 ss.

(4) D'Antona 1994.

(5) Gottardi 2018, 632; in generale, cfr. anche Allocca 2017; Cozzi 2017.

(6) È stato detto che si tratta di vera e propria funzione «protezionistica» assolta dalle norme europee in favore dei diritti del lavoro nazionali degli Stati membri; cfr. Pallini 2019. Si veda, in generale, Pallini 2017, 485 ss.

(7) Secondo le stime del Parlamento europeo, i lavoratori distaccati restano una minoranza nel mondo del lavoro non arrivando a rappresentare l'1% dei lavoratori totali nell'Ue. Cfr. <http://www.europarl.europa.eu/news/it/headlines/society/20171012STO85930/lavoratori-distaccati-i-fatti-e-le-riforme-infografica>.

(8) Sul piano dei dati, le stime a livello europeo confermano la crescita dei distacchi transnazionali, con un aumento del numero dei lavoratori distaccati pari al 69% fra il 2010 e il 2016. Cfr. Dhéret, Ghimis 2016, 3.

(9) L'edilizia (42%), l'industria manifatturiera (21,8%), la salute e i servizi sociali (13,5%) e la categoria più generica dei *business services* (10,3%); Dhéret, Ghimis 2016, 3.

(10) L'82,3% dei prestatori di lavoro distaccati si trova in 15 paesi, tra cui Germania, Francia e Belgio, che ospitano circa il 50% di tutti i lavoratori; vd. i dati del Parlamento europeo citati *supra*.

(11) European Commission 2017.

bero essere vagliate più attentamente in relazione alla necessità di reperire rimedi specifici, considerando che la Corte di Giustizia, anche nella sentenza in commento, ha spuntato le armi della sovranità degli Stati membri in merito alla possibilità di controllare il flusso di ingresso dei lavoratori in distacco provenienti da paesi terzi. La controversia verte, infatti, sulla legittimità di una normativa nazionale che impone un permesso di lavoro come condizione di un distacco transnazionale, costituendo un possibile vincolo alla libera prestazione di servizi di cui agli artt. 56 e 57 TFUE. Parallelamente a questa questione, i giudici di Lussemburgo affrontano nuovamente il problema della nozione di distacco transnazionale approdando a soluzioni estensive.

2. — *I vincoli procedurali e amministrativi alla libera prestazione di servizi: il permesso di lavoro* — Come è risaputo, la storia dell'integrazione dei mercati nazionali in tema di servizi è avvenuta attraverso la rivoluzione silenziosa della Corte di Giustizia dell'Ue che ha maneggiato le libertà economiche come strumento di disarticolazione del potere degli Stati di controllare i mercati interni (12). Il principio del «paese di origine» è stato utilizzato dai giudici di Lussemburgo come presunzione di incompatibilità al diritto eurounitario delle norme nazionali che rendono più problematico l'esercizio della libera prestazione di servizi da parte di chi è stabilito in un diverso paese membro (13). La Corte di Giustizia ha adottato una lettura funzionalistica dei possibili ostacoli alla libera prestazione dei servizi; ostacoli che, per essere conformi al diritto dell'Ue (art. 56 TFUE), devono superare il test di proporzionalità per effetto del quale la misura nazionale restrittiva deve trovare il suo fondamento in una ragione imperativa di pubblico interesse e, in ogni caso, non deve comprimere l'altrui libertà economica (14). L'attenzione della Corte si è quindi concentrata sulla delimitazione della nozione di interesse generale, ravvisando tale legittimo limite nelle esigenze di tutela dei lavoratori (15), nella prevenzione della concorrenza sleale praticata dalle imprese che erogano un trattamento retributivo inferiore al salario minimo garantito nel paese in cui si eseguono le prestazioni in distacco (16), nella prevenzione degli abusi che impattano sull'equilibrio dei regimi previdenziali, come accade nel caso del lavoro dissimulato (17).

Tralasciando, per ragioni di spazio, l'interpretazione della Corte sull'operatività di queste condizioni, si concentrerà l'attenzione sulle norme nazionali che impongono procedure di controllo a presidio dei motivi imperativi di interesse generale che giustificano le disposizioni sostanziali restrittive della libera prestazione di servizi; proce-

(12) Orlandini 2013a, 15; vd. anche Orlandini 2013b, 637.

(13) Giubboni 2012, 53.

(14) C. Giust. 25.7.1991, C-76/90, *Säger*, punto 15. In precedenza, la Corte ha attuato il bilanciamento tra la libera prestazione di servizi e le norme nazionali limitative attraverso la rimozione delle misure a carattere discriminatorio; sul punto Orlandini 2013a, 15. Si veda anche Bano 2015, 583 ss.; Borelli 2008, 125 ss.

(15) C. Giust. 7.10.2010, C-515/08, *dos Santos Palhota*, punto 47; C. Giust. 23.11.1999, C-369/96 e C-376/96, *Arblade*, punto 36; C. Giust. 25.10.2001, C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 e da C-68/98 a C-71/98, *Finalarte*, punto 33; C. Giust. 21.10.2004, C-445/03, *Commissione c. Lussemburgo*, punto 29.

(16) C. Giust. 12.10.2004, C-60/03, *Wolff & Müller*, punti 35, 36 e 41.

(17) C. Giust. 3.4.2008, C-346/06, *Rüffert*, punto 42 e giurisprudenza ivi citata.

dure considerate legittime dalla Corte di Giustizia (18) anche se riguardano l'impresa destinataria dei servizi e non solo il datore di lavoro che si impegna a eseguire la prestazione nell'ambito di un distacco transnazionale (19). I vincoli procedurali, in generale, sono legittimi se sono strumenti di controllo sulla norma sostanziale ritenuta una restrizione lecita alla libertà di cui sopra in quanto rispondente a una delle summenzionate ragioni di interesse generale; tuttavia – come si dirà in proseguo – tali limiti non devono essere eccessivamente gravosi per le imprese.

La possibilità *sic et simpliciter* di apporre condizioni di natura procedurale al distacco transnazionale di lavoratori da parte di norme nazionali, come il permesso di lavoro o l'autorizzazione al lavoro, è stata la fondamentale occasione per la Corte, a partire dalla sentenza *Rush Portuguesa* del 1990 (20), di interpretare tali vincoli alla luce della loro compatibilità con il principio della libera prestazione di servizi, non rilevando le possibili interferenze con la libertà di movimento dei lavoratori medesimi (art. 45 TfUE), poiché i lavoratori distaccati tornano nel loro mercato di origine dopo aver svolto il loro compito senza accedere, quindi, al mercato del lavoro dello Stato membro ospitante. Questo approccio ai vincoli procedurali è funzionale all'inquadramento del distacco nell'ambito della libera prestazione di servizi ed è caratterizzato da una lettura restrittiva di tali condizioni tutte le volte in cui il fine di tutela che si vuole perseguire può essere ottenuto con strumenti meno onerosi per le imprese straniere. Date queste premesse, non sorprende che la Corte abbia ritenuto illegittima una procedura di autorizzazione al distacco, essendo invece meno gravoso il mero obbligo di una comunicazione da parte dell'impresa prestatrice di servizi attestante la regolarità della situazione dei lavoratori interessati in termini di residenza, di permesso di lavoro e di copertura assicurativa oppure una comunicazione preventiva alle autorità del paese in cui si esegue la prestazione di servizi contenente l'indicazione della presenza di lavoratori distaccati, la durata di tale presenza e le attività oggetto della prestazione di servizi (21), fermo restando che un eventuale onere amministrativo, come ad esempio l'iscrizione in appositi albi professionali nel paese di distacco, non può comportare spese e costi ulteriori (22). La necessità di un controllo più pervasivo in presenza di lavoratori provenienti da paesi terzi è stata tenuta in considerazione dalla Corte in occasione del test di proporzionalità allo scopo di non sottrarre agli Stati il governo dei flussi di ingresso dei lavoratori extra Ue. Tuttavia, anche in questo caso, l'imposizione di un permesso di lavoro o di requisiti temporali di soggiorno, che si traducono in un'autorizzazione amministrativa con un'eccessiva discrezionalità della decisione finale e conseguente imprevedibilità per le imprese, è stata giudicata un onere eccessivo anche nelle ipotesi di distacco di cittadini provenienti da paesi terzi (23).

(18) C. Giust., *Arblade*, cit., punto 38 e giurisprudenza ivi citata, nonché *dos Santos Palhota e a.*, cit., punto 48.

(19) C. Giust. 3.12.2014, C-315/13, *De Clercq*.

(20) C. Giust. 27.3.1990, C-113/89, *Rush Portuguesa*, punto 15.

(21) C. Giust. 19.1.2006, C-244/04, *Commissione c. Germania*, punto 41; C. Giust., *Commissione c. Lussemburgo*, cit., punto 46; C. Giust. 11.9.2014, C-91/13, *Essent Energie Productie BV*, punti 57 e 59.

(22) C. Giust. 3.10.2000, C-58/98, *Corsten*.

(23) Come, ad esempio, nel caso in cui si subordina la possibilità di un distacco di lavoratori *extra* Ue alla condizione che siano alle dipendenze dell'impresa distaccante da un certo nu-

Già nelle sentenze più datate la Corte ha chiarito che in questo caso non si discute di diritti propri dei lavoratori, bensì di diritti delle imprese da cui i lavoratori dipendono, sicché uno Stato membro non può servirsi dei poteri di controllo che esercita sull'impiego di cittadini di paesi terzi per imporre un onere nei riguardi di un'impresa di un altro Stato membro che gode della libertà di prestare i propri servizi (24). Anche il test di proporzionalità, fondato sulla rilevanza di eventuali motivi di interesse generale come limite opponibile alla libera prestazione di servizi (25), viene affrontato e risolto dai giudici concludendo che i possibili rischi di elusione sono scongiurati dalla normativa che regola l'accesso di lavoratori *extra* Ue nell'ambito dei paesi membri di provenienza (26). Alle medesime conclusioni la Corte perviene nel caso di oneri amministrativi, quali la redazione di documenti previdenziali o di lavoro (come, ad esempio, registri speciali del personale e conti individuali per ciascun lavoratore distaccato), valutati eccessivamente e ingiustificatamente onerosi se la tutela dei lavoratori è già assicurata dalle norme del paese membro in cui ha sede l'impresa che distacca attraverso l'imposizione dei medesimi obblighi (27). Un temperamento di queste posizioni sussiste se vi sono esigenze di controllo, poiché le norme nazionali dello Stato in cui avviene il distacco possono esigere la conservazione di una serie di documenti previdenziali e di lavoro nel cantiere o in un altro luogo accessibile e chiaramente identificato per tutta la durata del distacco (28).

Anche nella sentenza *Danieli & C. Officine meccaniche Spa* si conferma questo approccio in relazione alla possibilità di prescrivere permessi di lavoro o autorizzazioni al lavoro nel caso di impiego di lavoratori provenienti da paesi terzi. Secondo i giudici, infatti, nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi uno Stato membro (l'Austria) può legittimamente restringere, attraverso l'imposizione del permesso di lavoro, il distacco di lavoratori croati dipendenti di un'impresa con sede in Croazia in virtù del regime transitorio sancito dall'Atto relativo alle condizioni di adesione all'Unione europea della Repubblica di Croazia, qualora tali lavoratori siano somministrati a un'impresa italiana, la quale poi li distacca in Austria, nell'ambito di un appalto. Diversamente, uno Stato membro (l'Austria) non può legittimamente esigere che i cittadini di Stati terzi dispongano di un permesso di lavoro qualora siano distaccati nell'ambito di un appalto da parte di un'impresa stabilita in un altro Stato membro (l'Italia) cui i lavoratori erano stati somministrati da un'altra impresa, stabilita nello stesso Stato (l'Italia), ove i suddetti cittadini hanno il permesso di lavoro, in quanto ciò è in violazione degli articoli 56 e 57 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

mero di mesi (C. Giust. 19.1.2006, *Commissione c. Germania*, cit.) oppure al fatto che sia data la prova del rispetto delle condizioni di retribuzione e di lavoro del paese in cui si esegue la prestazione di servizi (C. Giust. 21.9.2006, C-168/04, *Commissione c. Austria*).

(24) C. Giust. 3.2.1982, C-62/81 e C-63/81, *Seco e Desquenne*, in *Racc.*, 1982, 223.

(25) C. Giust. 17.12.1981, C-279/80, *Webb*, in *Racc.*, 3305, punto 17; C. Giust. 26.2.1991, C-180/89, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, I-709, punto 17; C. Giust. 26.1.1991, C-198/89, *Commissione c. Grecia*; C. Giust., *Säger*, cit., punto 15; C. Giust. 28.3.1996, C-272/94, *Guiot*, punto 11.

(26) C. Giust. 9.8.1994, C-43/93, *Vander Elst*.

(27) C. Giust., *Arblade*, cit.

(28) *Ivi*.

Secondo le norme del diritto austriaco, i cittadini stranieri occupati presso un datore di lavoro straniero che lavorano in Austria devono disporre di un permesso di lavoro; tale requisito non si applica allorché i cittadini stranieri siano distaccati in Austria da un'impresa avente sede in un altro Stato membro ai fini dell'esecuzione di lavori temporanei. Ciò è consentito se detti lavoratori sono debitamente autorizzati a lavorare nello Stato membro di provenienza per un periodo superiore alla durata del distacco in Austria. In via transitoria (fino al 30 giugno 2018), in virtù degli Accordi di adesione (punti 1 e 2 del capitolo 2 dell'Allegato V dell'Atto di adesione della Croazia), per i cittadini croati che lavorano in Austria è invece sempre richiesto il possesso di un permesso di lavoro conformemente alla pertinente normativa nazionale (art. 18 e 32.a, dell'*Ausländerbeschäftigungsgesetz*, ossia la legge in materia di impiego dei lavoratori stranieri). Nel caso di specie, la Danieli & C. Officine meccaniche Spa aveva presentato una richiesta di distacco alle autorità austriache senza richiedere il permesso di lavoro per i cittadini croati e per i lavoratori di paesi terzi: tutti lavoratori che intendeva distaccare in Austria per la costruzione di un laminatoio. Tale richiesta era stata respinta dalle autorità austriache. Avverso tale decisione è stata sollevata la questione interpretativa dinanzi alla Corte di Giustizia affinché i giudici si esprimessero sulla compatibilità del requisito del permesso di lavoro con il diritto dell'Ue.

La vicenda in esame, apparentemente incentrata sulla questione della legittimità dei vincoli procedurali alla libera prestazione di servizi, in verità si inserisce in un contesto fattuale e normativo che impone di risolvere la questione preliminare circa la sussistenza di un disacco transnazionale nel caso di una mera fornitura di manodopera da parte di imprese terze (nel caso di specie, l'impresa croata Danieli Systec d.o.o. e la Danieli Automation Spa con sede in Italia) al fine di eseguire una prestazione di servizi in Austria da parte di un'altra impresa (la Danieli & C. Officine meccaniche Spa) con sede in Italia.

Le soluzioni a cui perviene la Corte, dunque, devono essere vagliate alla luce di questa fondamentale questione interpretativa (29) al fine di valutare se il test di proporzionalità e le argomentazioni in precedenza sintetizzate e utilizzate in altre controverse aventi a oggetto la legittimità dei vincoli amministrativi/procedurali non presentino profili di criticità in relazione al caso di specie.

3. — *La fornitura di manodopera e i confini della nozione di distacco transnazionale*
— La controversia non riguarda solamente la compatibilità dei vincoli amministrativi — che possono essere imposti a un prestatore di servizi (straniero) nello Stato membro ospitante — con la libertà di cui agli artt. 56 e 57 TfUE, bensì investe l'ambito di applicazione della Direttiva n. 96/71.

Accanto all'ipotesi tradizionale di un'impresa che distacca un proprio lavoratore abitualmente impiegato in uno Stato membro e inviato occasionalmente in un altro paese membro per eseguire una prestazione di servizi (art. 1, par. 3, lett. *a*, Direttiva n. 96/71) anche nell'ambito di uno stesso gruppo (art. 1, par. 3, lett. *b*, Direttiva n.

(29) In tal senso si vedano le conclusioni dell'Avv. Gen. Wahl del 26.4.2018, C-18/17, *Danieli & C. Officine meccaniche Spa*.

96/71) (30), rientra nella nozione di distacco la fornitura di manodopera presso un'impresa utilizzatrice avente la sede o un centro di attività nel territorio di un altro Stato membro, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro fra il lavoratore e l'impresa di lavoro temporaneo o l'impresa che lo cede temporaneamente (art. 1, par. 3, lett. c, Direttiva n. 96/71).

Secondo i giudici, nel caso controverso sussistono i presupposti per inquadrare la vicenda nell'ambito di un distacco ai sensi dell'art. 1, par. 3, lett. c, Direttiva n. 96/71 (31), esistendo i diversi indici elaborati dalla Corte in questi anni (32): i lavoratori distaccati restano alle dipendenze delle imprese prestatrici (l'impresa croata Danieli Systec d.o.o. e la Danieli Automation Spa con sede in Italia), il trasferimento è l'oggetto della prestazione di servizi (sussiste, infatti, l'accordo tra la Danieli & C. Officine meccaniche Spa e i datori di lavoro croato e italiano) (33) e, infine, i lavoratori distaccati svolgono i loro compiti sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore (i lavoratori ceduti erano subordinati al controllo e al potere direttivo della Danieli & C. Officine meccaniche Spa, appunto utilizzatrice delle prestazioni lavorative), fermo restando che rappresenta un indice di distacco il fatto che il prestatore di servizi sia tenuto alla corretta esecuzione della prestazione stessa (34).

Dalla lettura della sentenza pare che questa complessa fattispecie interpositoria venga ricostruita come un distacco transnazionale, in cui il destinatario della prestazione del servizio è la Danieli & C. Officine meccaniche Spa (utilizzatore della manodopera) e l'oggetto della prestazione sia la fornitura dei lavoratori da parte dell'impresa croata e dell'altra impresa italiana, entrambe facenti parte del medesimo gruppo; circostanza, questa ultima, trascurata ai fini di un possibile inquadramento della fattispecie come un distacco intragruppo *ex* art. 1, par. 3, lett. b, Direttiva n. 96/71.

Inquadrata come distacco, questa operazione ricade nella sfera di applicazione dell'Allegato V, capitolo 2, dell'Atto di adesione della Croazia, ai termini del quale, in deroga agli articoli da 1 a 6 del Reg. n. 492/2011 e per un periodo transitorio di due anni successivi alla data di adesione, gli Stati membri possono applicare le misure nazionali o gli accordi bilaterali volti a disciplinare l'accesso al mercato di lavoratori croati, risultando, quindi, compatibile con il diritto europeo la legislazione austriaca che impone il permesso di lavoro per i cittadini croati distaccati in Austria durante detto periodo transitorio.

Questa affermazione di compatibilità, tuttavia, non è immune da profili dubbi. Se, infatti, il destinatario della prestazione del servizio è un'impresa italiana e se l'oggetto della prestazione transnazionale è la cessione di manodopera tra questa ultima e le due imprese (croata e italiana), in questa fattispecie dovrebbero rilevare ben poco le

(30) Il distacco infragruppo evita che un'impresa apra una sede secondaria in un altro Stato membro al solo scopo di collocarvi propri lavoratori ai fini dello svolgimento di incarichi temporanei ed eludere l'applicazione della Direttiva n. 96/71/Ce. Cfr. C. Giust. 12.2.2015, *Sähköalojen ammattiliitto*, C-396/13, punti 3, 11, 12, 13.

(31) C. Giust., *Danieli & C. Officine meccaniche Spa e a.*, punti 29, 30, 31, 31, 32, 33.

(32) C. Giust. 10.2.2011, da C-307/09 a C-309/09, *Vicoplus e a.*, punto 51.

(33) Cfr. le dichiarazioni delle imprese coinvolte riportate nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Nils Wahl, cit., punto 48.

(34) C. Giust. 18.6.2015, C-586/1, *Martin Meat*.

norme protettive dettate per il mercato del lavoro austriaco. Essendo questa, invece, l'argomentazione spesa in numerose controversie per ritenere legittime le norme nazionali restrittive nei periodi transitori *post* adesione di uno nuovo Stato membro e al fine di non svuotare di significato le disposizioni degli Accordi di adesione, la Corte dilata nuovamente la nozione di distacco transnazionale, provocando un'ennesima torsione semantica di questa fattispecie.

La riconduzione dei fatti di causa a un'ipotesi di cessione di manodopera ai sensi dell'art. 1, par. 3, lett. c, Direttiva n. 96/71, pare, tuttavia, un'operazione che può alimentare pratiche elusive oltre che essere, molto probabilmente, non più compatibile con il nuovo testo della direttiva.

Come anche rilevato dall'Avv. Gen. Wahl, l'unico possibile impedimento a questo inquadramento della vicenda risiede nel fatto che i datori di lavoro distaccanti non sono imprese di lavoro temporaneo né imprese che effettuano la cessione temporanea di lavoratori ai sensi dell'articolo 1, par. 3, lett. c, della Direttiva. Ma questa obiezione non è stata oggetto di particolare attenzione da parte della Corte, poiché, secondo i giudici, nel preambolo della Direttiva si assume una nozione ampia di distacco riferendola anche a un'ipotesi di cessione temporanea di lavoratori nel quadro di un appalto pubblico o privato. Tuttavia, questa rassicurazione non è sufficiente.

Posto che per costante giurisprudenza della Corte la cessione temporanea di manodopera configura un servizio ai sensi dell'art. 57 TfUE (35), seguendo il ragionamento proposto nella sentenza in commento, nell'ordinamento europeo, accanto alla fornitura di lavoratori tramite agenzie interinali o tramite imprese che effettuano la cessione di manodopera: sussisterebbe una forma di somministrazione di manodopera che può essere liberamente effettuata da qualsiasi datore di lavoro, purché nell'ambito di un distacco transnazionale. La differenza, quindi, consisterebbe nel fatto che in questa ultima ipotesi mancherebbe l'elemento della specifica professionalità del soggetto che fornisce la manodopera, elemento che caratterizza, invece, le altre due fattispecie (36). Come è noto, infatti, la Direttiva n. 2008/104, relativa al lavoro tramite agenzia, nel lasciare impregiudicata la facoltà degli Stati membri di fissare i requisiti nazionali in materia di registrazione, autorizzazione, certificazione, garanzia finanziaria o controllo delle agenzie di lavoro (art. 4, par. 4), fa chiaramente intendere che la fornitura di manodopera deve essere professionalmente esercitata dalle agenzie di lavoro interinale i cui requisiti amministrativi di costituzione e funzionamento vengono lasciati alla legislazione nazionale. Contrariamente a quanto si desume dalla sentenza annotata, dal testo di entrambe le direttive non paiono esserci elementi che corroborano le conclusioni della Corte in merito alla sovrapponibilità tra queste tipologie di fornitura di lavoratori nell'ambito di un distacco transnazionale. Nel Preambolo della Direttiva del 2008, infatti, si dice solo che le regole sul lavoro tramite agenzia devono essere applicate nel rispetto delle disposizioni del Trattato in materia di libera prestazione di servizi e libertà di stabilimento e salva la Direttiva n. 96/71, senza alcun cenno ad altre possibili nozioni di cessione di manodopera, ma richiamando la necessità di

(35) C. Giust., *Webb*, cit., punto 9; C. Giust., *Vicoplus*, cit., punto 27; C. Giust. 11.9.2014, C-91/13, *Essent Energie Productie*, cit., punto 37.

(36) Tale caratteristica, del resto, si rinviene in numerose legislazioni nazionali; cfr. Ferrara 2012.

inquadrare la fornitura di manodopera come un servizio a conferma già di quanto detto dalla Corte di Giustizia. Nella Direttiva sul distacco, poi, soprattutto dopo le novità introdotte dalla Direttiva n. 2018/957, che ha apportato significative modifiche in termini di tutela delle condizioni dei lavoratori distaccati (37), tale disinvoltato uso della nozione di fornitura di manodopera pare fortemente dubbio. Pur continuando a riferire l'ipotesi del distacco di cui all'art. 1, par. 3, lett. c, alla fornitura tramite imprese di lavoro temporaneo o tramite imprese che effettuano la fornitura di lavoratori, nel nuovo testo si legittima il distacco a catena, per effetto del quale l'impresa utilizzatrice può, a sua volta, e previa informativa all'agenzia, distaccare il lavoratore somministrato in altro Stato membro nel quadro di una prestazione transnazionale di servizi (art. 1, par. 3, lett. c, Direttiva n. 96/71, nuovo comma inserito dall'art. 1, Direttiva n. 2018/957).

È stato detto, in proposito, che tali modifiche sembrano consentire la possibilità per l'utilizzatore di cedere, a sua volta, i lavoratori dell'agenzia o dell'impresa che li ha forniti (38), legittimando così l'interpretazione offerta dalla Corte nel caso di specie. Tuttavia, altri elementi inducono a una diversa e più restrittiva interpretazione. Tra le novità introdotte nel 2018, si segnala l'espresso e inconfutabile rinvio alla Direttiva n. 2008/104 sia nel garantire ai lavoratori forniti e distaccati la parità di trattamento sul piano delle condizioni di lavoro e di occupazione ai sensi dell'art. 5 della Direttiva n. 2008/104 rispetto ai lavoratori assunti dalle agenzie stabilite nello Stato membro in cui il lavoro è svolto (art. 3, c. 1-*bis*, Direttiva n. 96/71, come inserito dall'art. 1, Direttiva n. 2018/957), sia nel sancire la facoltà per gli Stati membri di esigere che ai lavoratori somministrati e distaccati siano applicate le altre condizioni di lavoro e di occupazione riconosciute ai lavoratori assunti tramite agenzia nello Stato membro in cui la prestazione è eseguita (art. 3, par. 9, Direttiva n. 96/71/Ce, come inserito dall'art. 1, Direttiva n. 2018/957).

Questo richiamo alla Direttiva del 2008 e al trattamento riservato ai lavoratori delle agenzie di lavoro è da intendersi, ad avviso di chi scrive, nel senso che la nozione di distacco dei lavoratori è limitata alla fornitura professionale di manodopera da parte di imprese di lavoro temporaneo, posto che i lavoratori così forniti possono essere distaccati dall'utilizzatore in un altro Stato per l'esecuzione di una prestazione di servizi transnazionale. È abbastanza evidente che le medesime condizioni di tutela possono essere garantite soltanto se si rispettano le stesse condizioni di fornitura della manodopera. Si pensi, ad esempio, al trattamento riservato dai contratti collettivi delle imprese

(37) Tra gli elementi di novità si segnalano, in particolare, l'introduzione della clausola di salvaguardia finalizzata a garantire che la Direttiva n. 96/71 non comporti effetti che limitino l'esercizio dei diritti fondamentali, tra cui quelli inerenti ai diritti di azione sindacale e di contrattazione collettiva (art. 1, par. 1-*bis*, Direttiva n. 96/71), l'ampliamento della nozione di tariffe minime salariali da corrispondere ai lavoratori distaccati in modo da includervi qualsiasi voce retributiva capace di contribuire alla tutela sociale del lavoratore (art. 3, par. 1, lett. c, Direttiva n. 96/71), il nuovo limite massimo di distacco pari a 12 mesi, prorogabile a 18 mesi in caso di motivata esigenza, superato il quale ai lavoratori distaccati devono applicarsi tutte le condizioni di lavoro e di occupazione assicurate nello Stato membro in cui avviene la prestazione di lavoro (art. 1, par. 1-*bis*, Direttiva n. 96/71). Sui profili critici di queste novità si veda Allamprese *et al.* 2019, cit.

(38) *Ivi*, 142.

di lavoro temporaneo; è chiaro che, in tal caso, la condizione di parità di trattamento, imposta dalla Direttiva n. 96/71, potrebbe essere soddisfatta solo in presenza di una fornitura di lavoratori attuata attraverso le suddette imprese.

L'interpretazione più restrittiva, inoltre, pare essere quella che ragionevolmente consente un maggior governo dei fenomeni interpositori elusivi transfrontalieri. La legittimazione della mera fornitura di manodopera attuata in modo non professionale da parte di qualsiasi soggetto rischia, infatti, di rappresentare un varco nel muro di tutele costruito in questi anni in favore dei lavoratori impiegati nell'ambito di un distacco transnazionale, dato l'elevato pericolo che questa attività possa essere svolta anche da datori di lavoro senza scrupoli e senza le minime garanzie di solidità finanziaria e affidabilità prescritte dalle norme nazionali in tema di lavoro temporaneo tramite agenzia. La minaccia di un «caporalato transnazionale» è tutt'altro che remota, soprattutto se si considera che la fornitura di manodopera può riguardare anche lavoratori di paesi terzi per i quali, come detto all'inizio di questo commento e come ribadito nella sentenza annotata, gli Stati membri non hanno la facoltà di imporre permessi di lavoro o autorizzazioni di sorta dal momento che per i giudici di Lussemburgo ciò rappresenta una restrizione illegittima alla libera prestazione di servizi. Dalla combinazione di questi due fattori (fornitura di manodopera liberalizzata e assenza di controllo sui lavoratori stranieri in distacco) potrebbe derivare un mercato parallelo di lavoratori stranieri che sfuggono alle norme di un dato Stato membro in materia di immigrazione, aggirando, ad esempio, le restrizioni collegate alle condizioni di accesso (ad esempio, requisiti reddituali, abitativi o conoscenza della lingua) e ai vincoli inerenti alle quote di ingresso in ragione delle peculiarità del mercato del lavoro nazionale. La natura di queste norme come disposizioni interne di ordine pubblico (39) imporrebbe una riflessione più approfondita e meditata rispetto al bilanciamento tra queste regole e le libertà fondamentali sancite dall'ordinamento europeo, considerando che la questione, impostata in tal modo, non riguarda solo la tutela della libera prestazione di servizi a fronte delle esigenze di interesse nazionale di evitare turbative del mercato del lavoro interno (40), ma riguarda anche la prevenzione dei fenomeni elusivi e dello sfruttamento dei lavoratori provenienti da paesi terzi. Sul piano degli effetti, infatti, non può tacersi che una stabilizzazione di questo modello può diventare funzionale a iniettare nei mercati del lavoro nazionali manodopera straniera in quei settori dove più c'è penuria di lavoratori locali con il rischio di alimentare i già diffusi fenomeni di segregazione professionale (41).

(39) Nell'ordinamento italiano, ad esempio, l'attività amministrativa preordinata al rilascio del permesso di soggiorno all'extracomunitario, a norma del d.lgs. 25.7.1998, n. 286, non può ritenersi un'attività interamente vincolata, stante la connessione funzionale degli interessi pubblici in materia di immigrazione con l'interesse alla sicurezza pubblica e all'ordine pubblico e stante, altresì, la lettera della disposizione legislativa che riserva all'autorità amministrativa le valutazioni in ordine ai richiamati interessi pubblici; Tar Ancona 9.10.2015, n. 714, in *DeJure*.

(40) Continua a essere questa la relazione del bilanciamento anche nella sentenza in commento; vd. C. Giust., *Danieli & C. Officine meccaniche e a.*, cit., punti 47, 48, 49.

(41) Come è noto, il mercato del lavoro degli stranieri è caratterizzato, per quanto concerne l'Italia, dalla complementarità rispetto a quello degli italiani che evitano talune occupazioni considerate poco appetibili dalla forza lavoro locale (i cd. *ddd: dirty, dangerous, demeaning jobs*). Cfr. Chiaromonte 2018, 323.

Riferimenti bibliografici

- Allamprese A. et al. (2019), *La nuova Direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori*, in RGL, I, 133 ss.
- Allocca V. (2017), *Lavoro e dimensione sociale nel pluralismo delle Corti*, Edizioni scientifiche, Napoli.
- Bano F. (2015), *La territorialità del diritto. Distacco transnazionale di manodopera a basso costo*, in LD, n. 4, 583 ss.
- Borelli S. (2008), *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela dei lavoratori. I divieti di discriminazione*, in LD, n. 1, 125 ss.
- Carlier J., Renaudière G. (2019), *Libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, in *Journal de droit européen*, 166 ss.
- Chiaromonte W. (2018), «Cercavamo braccia, sono arrivati uomini». *I lavoro dei migranti in agricoltura fra sfruttamento e istanze di tutela*, in DLRI, n. 2, 321 ss.
- Cozzi A. (2017), *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Profili costituzionali*, Jovene, Napoli.
- D'Antona M. (1994), *Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismi nell'Unione europea*, in RTDPC, 695 ss.
- Dhéret C., Ghimis A. (2016), *The revision of the Posted Workers Directive: towards a sufficient policy adjustment?*, Discussion Paper, European Policy Center, 20 aprile, in <http://www.epc.eu>.
- European Commission (2017), *Posting of workers – Report on A1 Portable Documents issued in 2016*.
- Ferrara M.D. (2012), *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'esperienza europea*, Amon, Padova.
- Ferrara M.D. (2018), *Contrasto alla frode previdenziale e prevenzione del dumping sociale: una lezione da Lussemburgo in tema di distacco transnazionale*, in RGL, II, 421 ss.
- Fuchs M. (2018), *Posting. The legal panorama of European labor and social security law*, in RIDL, I, 3 ss.
- Giubboni S. (2012), *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, il Mulino, Bologna.
- Giubboni S. (2017), *Diritto del lavoro europeo una introduzione critica*, Cedam, Padova.
- Gottardi D. (2018), *Le modificazioni del sistema delle fonti e l'impatto sulle istituzioni Ue*, in RGL, I, 621 ss.
- Orlandini G. (2013a), *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, FrancoAngeli, Milano.
- Orlandini G. (2013b), *Il distacco transnazionale*, in Aimo M., Izzi D. (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino, 637 ss.
- Orlandini G. (2017), *Distacco transnazionale e dumping salariale nell'Unione europea*, in http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Bronzini2-Relazione_Orlandini.pdf.
- Pallini M. (2017), *Gli appalti transnazionali: la disciplina italiana al vaglio di conformità con il diritto europeo*, in RGL, I, 485 ss.
- Pallini M. (2019), *Verso una nuova funzione «protezionistica» del diritto del lavoro?», relazione al Convegno «Protezionismo e diritto del lavoro», Università di Catanzaro, 5/6 luglio 2019, dattiloscritto.*

- Tomkin J. (2019), *Freedom to provide services*, in Kellerbauer M. *et al.* (a cura di), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, Oxford University Press, Oxford.
- Van Nuffel P., Afanasjeva S. (2018), *The Posting of Workers Directive Revised: Enhancing the Protection of Workers in the Cross-border Provision of Services*, in *European Papers*, n. 3, 1401 ss.

Maria Dolores Ferrara
*Ricercatrice di Diritto del lavoro
presso l'Università di Trieste*

CORTE DI GIUSTIZIA, 25.10.2018, C-331/17, S. Decima – Pres. Lenaerts, Avv. Gen. Saugmandsgaard Øe – M.S. (avv.ti. Andretta, Speranza, De Michele, Galleano) c. Fondazione Teatro dell’Opera di Roma (avv.ti De Feo, M. Marazza, M. Marazza).

Contratto a termine – Direttiva n. 1999/70/Ce – Accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato – Clausola 5 – Misure volte a prevenire l’utilizzo abusivo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato – Normativa nazionale che esclude l’applicazione di tali misure nel settore di attività delle fondazioni lirico-sinfoniche.

La Corte dichiara che la normativa nazionale italiana sui lavoratori a tempo determinato presso le fondazioni lirico-sinfoniche contrasta con l’Accordo quadro sul lavoro a termine in quanto nello Stato membro (Italia) non è prevista una sanzione effettiva per gli abusi accertati in tale settore. La Corte constata che la normativa italiana nel settore di attività delle fondazioni lirico-sinfoniche non stabilisce nessuno dei limiti di cui all’Accordo quadro riguardo alla durata massima totale di tali contratti o al numero di rinnovi degli stessi e rileva come il ricorso a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato in tale settore non sia giustificato da una ragione obiettiva. (1)

(1) LAVORO A TEMPO DETERMINATO E FONDAZIONI LIRICO-SINFONICHE.
LA PREVENZIONE DEGLI ABUSI SECONDO LO «SCHIACCIANOCI» (*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. «Campo lungo». Evoluzione degli enti lirico-sinfonici e normativa sui rapporti di lavoro a termine. — 3. «Messa a fuoco e primo piano». Il contrasto con la clausola sulle misure di prevenzione degli abusi. — 4. «Immagine mossa e dissolvenza». Principio di non discriminazione.

1. — *Introduzione* — La Corte di Giustizia è tornata a occuparsi della normativa sui contratti a termine prevista dall’ordinamento italiano e della sua compatibilità con la direttiva comunitaria. L’occasione è stata fornita dal rinvio pregiudiziale operato dalla Corte d’Appello di Roma relativo a una controversia che ha visto contrapposti il Teatro dell’Opera di Roma e un’artista, tersicorea di fila, che aveva sottoscritto pluri-

(*) Il presente contributo è realizzato nell’ambito del progetto di ricerca dal titolo «Turismo, cultura e ambiente per uno sviluppo sostenibile e inclusivo» sviluppato presso l’Università degli Studi di Sassari, finanziato con le risorse del Por-Fse 2014-2020 – Asse Prioritario 3 «Istruzione e Formazione», Obiettivo tematico: 10, Priorità di investimento: 10ii, Obiettivo specifico: 10,5, Azione dell’Accordo di Partenariato 10.5.12 – Cup J86C18000270002.

mi contratti a termine con causali legate a diverse rappresentazioni artistiche programmate durante il periodo compreso tra il 2007 e il 2011.

La ballerina aveva ritenuto di essere stata inserita stabilmente nell'organico della fondazione musicale e, al rifiuto di quest'ultima di stipulare un contratto a tempo indeterminato, aveva adito il giudice del lavoro, sottolineando che nei vari contratti non erano state indicate le ragioni tecniche, produttive e organizzative (la disposizione di riferimento, trattandosi di causali, era inserita nell'allora vigente art. 1, c. 1, d.lgs. n. 368/2001) (1). Il Tribunale di Roma aveva respinto il ricorso (2) sostenendo che la disciplina specifica per le fondazioni musicali era esclusa dall'applicazione delle norme relative ai contratti di lavoro di diritto comune (l'allora vigente art. 11, c. 4, d.lgs. n. 368/2001) e ostava alla conversione dei contratti di lavoro conclusi da tali fondazioni in rapporto di lavoro a tempo indeterminato (3): la regolamentazione trova oggi la *sedes materiae* nell'art. 29, c. 3, d.lgs. n. 81/2015, che esclude l'operatività dell'art. 19, cc. 1-3, e dell'art. 21, riferibili alla carenza di causali, alla mancanza di una durata massima e ai limiti per i rinnovi.

Il giudice di Appello, sospendendo la decisione (4), aveva investito la Corte di Giustizia chiedendo se le disposizioni fossero conformi a quanto espresso dalla direttiva comunitaria (5).

In effetti, il giudice del rinvio ha evidenziato come la disciplina nazionale applicabile a tale settore non richieda l'indicazione di ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei contratti, non contenga indicazioni circa la durata massima dei contratti, non specifichi il numero massimo dei rinnovi di tali contratti a tempo determi-

(1) La lavoratrice, con il ricorso introduttivo in primo grado al giudice del lavoro, non ha chiesto, né poteva farlo, la tutela prevista dall'art. 5, c. 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, per il superamento dei 36 mesi di servizio «con mansioni equivalenti» alle dipendenze del medesimo datore di lavoro, come erroneamente affermato dalla Corte d'Appello nell'ordinanza di rinvio. La terzicorea di fila aveva lavorato 833 giorni (più di due anni ma meno di tre) e aveva lamentato solo la mancanza di ragioni oggettive temporanee, e non il superamento della clausola di durata massima complessiva.

(2) T. Roma 22.11.2013, n. 1304, inedita a quanto consta.

(3) In senso contrario, vd. la diversa indicazione contenuta nell'art. 3, c. 6, primo periodo, d.l. n. 64/2010, conv. con mod. dall'art. 1, c. 1, l. n. 100/2010. Tuttavia, il secondo periodo ha stabilito che «non si applicano, in ogni caso, alle fondazioni lirico-sinfoniche le disposizioni dell'articolo 1, commi 01 e 2, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368», ovvero che il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro e che le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo devono essere specificate per iscritto.

(4) Per rilievi critici sul rinvio pregiudiziale, vd. De Michele (2019, 67), secondo il quale il quesito pregiudiziale posto dalla Corte d'Appello di Roma nella causa in esame era del tutto avulso e in contrasto logico interpretativo con la giurisprudenza della Cassazione, della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia. Secondo l'Autore, questi precedenti giurisprudenziali dovevano costituire per il giudice del rinvio «diritto vivente» specie con riferimento all'interpretazione della regola generale secondo cui i vizi genetici o la mancanza di ragioni oggettive di cui all'art. 1, c. 1, d.lgs. n. 368/2001, anche del primo o unico contratto a tempo determinato comportano la riqualificazione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro, in applicazione della clausola 5, n. 1, lett. a, dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

(5) In precedenza, vd. C. Giust. 26.2.2015, C-238/14, *Commissione c. Lussemburgo*, EU:C:2015:128, punto 37.

nato, non predisponga norme equivalenti e non limiti a ragioni sostitutive la stipulazione di contratti a tempo determinato in detto settore.

La risposta dei giudici comunitari, molto articolata, oltre a richiamare precedenti decisioni emesse a seguito di altri ricorsi provenienti dal nostro paese – sia pure su questioni diverse (6) –, ha sottolineato che le normative nazionali, al fine di prevenire gli abusi, debbano adottare una delle tre misure che sono espressamente previste nella clausola 5, par. 1, lett. *a-c*, dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato: ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; numero dei rinnovi.

Secondo la Corte di Giustizia, la normativa nazionale non può autorizzare situazioni nelle quali sia preclusa al lavoratore la possibilità di ottenere un risarcimento in caso di reiterazione senza limiti ovvero l'assunzione a tempo indeterminato.

Le argomentazioni del Governo italiano e del collegio difensivo del Teatro dell'Opera di Roma non sono riuscite a persuadere i giudici comunitari. La prospettiva secondo cui il datore di lavoro sarebbe assimilabile a un ente pubblico (punto 42 della sentenza) non è risultata convincente, e nemmeno il recupero di quelle previsioni che sanciscono l'assunzione in organico a tempo indeterminato nel rispetto di procedure concorsuali o di selezione sulla base di criteri predeterminati (punto 42 della sentenza, ma anche art. 11, c. 19, primo periodo, d.l. n. 91/2013, conv. con mod. in l. n. 112/2013).

I lavoratori delle fondazioni lirico-sinfoniche hanno diritto ad avere forme di tutela e lo Stato membro deve definire quali siano e, in ogni caso, non possono discostarsi dalla conversione a tempo indeterminato del rapporto o da una tutela economica di natura risarcitoria (si pensi al cd. «danno comunitario»). I giudici di Lussemburgo, rinviando la questione al giudice italiano, osservano che, relativamente ai lavoratori delle fondazioni musicali, la normativa italiana è in contrasto con l'ordinamento comunitario, in quanto costoro, in presenza di abusi determinati dal continuo ricorso a rapporti a termine, non possono rivendicare né la trasformazione del contratto a tempo indeterminato (7), né una tutela risarcitoria (8).

È opportuno osservare che la decisione della Corte di Giustizia potrebbe avere conseguenze anche sulla disposizione contenuta nella l. n. 96/2018 che ha convertito, con modificazioni, il d.l. n. 87/2018: ci si riferisce all'art. 4-*bis*, ove è stato abrogato il termine massimo di reiterazione dei contratti a tempo determinato (36 mesi) nella

(6) C. Giust. 26.11.2014, C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, *Mascolo*, EU:C:2014:2401, punto 79, in *RIDL*, 2015, II, 309 ss., con note di Calafà e Menghini; C. Giust. 7.3.2018, C-494/16, *Santoro*, EU:C:2018:166, punto 31, in *RIDL*, 2018, II, 683 ss., con nota di Siotto.

(7) Aimo 2017, 219 ss.; Zoli 2017, 429-431; Ratti 2017a, 49 ss.; Ratti 2017b, 483 ss.

(8) Sul punto è intervenuta C. cost. 27.12.2018, n. 248, in *DeG online*, 3 gennaio 2019, la quale ha stabilito che in caso di reiterazione illegittima dei contratti a termine, se, da una parte, non può che confermarsi l'impossibilità per tutto il settore pubblico di conversione del rapporto da tempo determinato a tempo indeterminato, dall'altra, sussiste una misura sanzionatoria adeguata, costituita dal risarcimento del danno ai sensi dell'art. 36, c. 5, d.lgs. n. 165/2001. Il riferimento va al parametro individuato da Cass. 15.3.2016, n. 5072, S.U., in *RIDL*, 2016, II, 619 ss., con nota di Allocca, e in *Labor*, 2016, n. 3-4, 247 ss., con nota di Siotto.

scuola statale e che riguarda contratti di lavoro a tempo determinato stipulati con il personale docente, educativo, amministrativo, tecnico e ausiliario presso le istituzioni scolastiche ed educative statali, per la copertura di posti vacanti e disponibili: per costoro, ragionevolmente, si aprirà la strada dell'indennità risarcitoria, in mancanza di una previsione di inserimento nell'organico a tempo indeterminato che potrà avvenire soltanto attraverso un concorso pubblico.

2. — *«Campo lungo». Evoluzione degli enti lirico-sinfonici e normativa sui rapporti di lavoro a termine* — La complessa ed eclatante vicenda dei lavoratori a termine nelle fondazioni lirico-sinfoniche (9) è emblematica e ha comportato significative ricadute in chiave di contenzioso giudiziario. Le fondazioni sono state enti dotati di personalità giuridica di diritto pubblico (10), poi sono diventate enti pubblici economici e in ultimo, alla fine degli anni novanta (11), persone giuridiche di diritto privato sotto forma di fondazioni a opera di un intervento legislativo mirato a sanare i loro *deficit* economico-finanziari e con la finalità di bilanciare le tutele per i lavoratori (12) con i principi di flessibilità ed economicità di gestione (13). I dipendenti delle fondazioni lirico-sinfoniche (amministrativi, tecnici, artisti), oggi, sono a tutti gli effetti lavoratori

(9) Mainardi, Casale 2010, 1 ss.; Giornale, Natullo 2016, 124 ss.

(10) Vd. art. 5, l. n. 800/1967, in materia di natura giuridica e finalità degli enti; vd. l. n. 426/1977, relativa ai provvedimenti straordinari a sostegno delle attività musicali, e in particolare, come si vedrà, l'art. 3, c. 4, che vietava, a pena di nullità, «i rinnovi dei rapporti di lavoro che, in base a disposizioni legislative o contrattuali, comporterebbero la trasformazione dei contratti a termine in contratti a tempo indeterminato». Vd. anche C. cost. 21.4.2011, n. 153, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 2011, n. 4, 85 ss., con nota di Bruni, Guasconi, la quale aveva sottolineato la natura pubblica delle fondazioni lirico-sinfoniche come «organismi nazionali di diritto pubblico», compatibile «con la forma giuridica privata dell'ente ("anche in forma societaria")», purché l'ente stesso risulti, come nella specie, istituito per soddisfare esigenze d'interesse generale, dotato di personalità giuridica e finanziato in modo maggioritario dallo Stato o da altri enti pubblici (art. 3, comma 26, del d.lgs. n. 163 del 2006).

(11) Vd. art. 4, d.lgs. n. 367/1996, relativo alla trasformazione degli enti che operano nel settore musicale in fondazioni di diritto privato; gli enti autonomi lirici e le istituzioni concertistiche assimilate, disciplinati dal Titolo II della l. n. 800/1967, sono stati trasformati in fondazioni e acquisiscono la personalità giuridica di diritto privato a decorrere dal 23 maggio 1998 (art. 1, d.l. n. 345/2000, conv. con mod. in l. n. 6/2001).

(12) Vd. art. 22, d.lgs. n. 367/1996, ha sancito l'assoggettamento dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle fondazioni lirico-sinfoniche alle disposizioni del codice civile e alle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nelle imprese ovvero sono costituiti e regolati contrattualmente.

(13) Vd. art. 11, d.l. n. 91/2013, conv. con mod. in l. n. 112/2013, intitolato al «risanamento delle Fondazioni lirico-sinfoniche» e al «rilancio del sistema nazionale musicale di eccellenza». Con queste previsioni si interviene ancora una volta sulla configurazione dei soggetti deputati all'organizzazione degli spettacoli lirico-sinfonici. Le caratteristiche delle rappresentazioni tramite le quali trova espressione questa peculiare forma di spettacolo, con i costi elevati delle produzioni difficilmente compensati da entrate comunque limitate in ragione della preponderanza del fattore lavoro, della sua insostituibilità con la tecnologia e del numero contenuto di spettatori che possono essere accolti negli spazi dedicati, ne hanno da sempre fatto l'esempio tipico di un'attività culturale che, per essere conservata e non soltanto promossa, rende insuperabile la necessità di interventi pubblici di sostegno, diretti e indiretti, volti a colmarne gli ineliminabili *gap*.

privati. Nel recente passato meritano di essere annoverate alcune particolarità relative a questo rapporto di lavoro artistico, espressamente previste dallo stesso legislatore. Tra esse spiccava quella relativa all'applicazione della normativa sui contratti a termine, rispetto alla quale già l'art. 22, c. 2, d.lgs. n. 367/1996, aveva confermato le deroghe in tema di proroghe e rinnovi previste dalla disciplina generale all'epoca vigente (art. 2, l. n. 230/1962) (14), sancendo l'applicazione soltanto dell'art. 1, c. 2, della legge del 1962 riferito alle causali tipiche e identificando la sussistenza di esigenze temporanee «nelle assunzioni di personale riferite a specifici spettacoli ovvero a specifici programmi radiofonici o televisivi» (15). L'art. 11, c. 4, d.lgs. n. 368/2001 (16), aveva poi ribadito l'esclusione del personale artistico e tecnico delle fondazioni di produzione musicale dal regime generale sulle proroghe, sulle continuazioni e sui rinnovi, anche in vigenza del nuovo decreto delegato del 2001, attuativo della Direttiva n. 1999/70/Ce relativa all'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'Unice, dal Ceep e dal Ces.

Già questa annotazione sarebbe sufficiente a far comprendere quanto sia stato elevato il grado di flessibilità e deregolamentazione del lavoro subordinato a termine svolto in ambito artistico rispetto al prototipo del contratto a tempo determinato per la generalità dei lavoratori. Ma il quadro ha assunto contorni più allarmanti per il dilagare di un massiccio contenzioso giudiziario originato dalle misure introdotte dall'art. 32, cc. 4-7, l. n. 183/2010 (cd. Collegato lavoro), relative ai termini decadenziali per impugnare i contratti viziati (17). Infatti, agli inizi del 2011, molti lavoratori temporanei delle fondazioni liriche hanno promosso cause di lavoro, chiedendo che i tribu-

(14) C. Stato 23.3.1998, n. 352, S. VI, in *LPA*, 1998, n. 6, 1410 ss., con nota di Voltattorni.

(15) Tale diversità di disciplina è stata solo in parte superata, in quanto gli artt. 1 e 2-bis, d.l. n. 34/2014, conv. con mod. in l. n. 78/2014, prima, e il Capo III, d.lgs. n. 81/2015, successivamente, hanno introdotto la cd. acausalità generalizzata, escludendo del tutto la necessità di una «ragione obiettiva» che legittimi il ricorso al contratto a tempo determinato. L'eliminazione dell'obbligo di motivare l'impiego di personale a termine, inoltre, ha interessato anche le eventuali proroghe, per le quali non era più richiesto che riguardassero la medesima attività lavorativa, oggetto del contratto inizialmente stipulato. Evidenti sono apparse le differenze della nuova normativa sul settore dello spettacolo se si considerava che, oltre a vedersi applicata la disciplina generale nel senso di una totale liberalizzazione del termine, il mondo delle fondazioni lirico-sinfoniche era escluso, al pari di altre attività, dall'applicazione del limite della durata del contratto (36 mesi, vecchio limite) e della soglia del 20% dei lavoratori assunti a tempo indeterminato (cd. clausola di contingentamento), oltre che dalla regolamentazione generale su proroghe e rinnovi: così, oggi, art. 29, c. 3, d.lgs. n. 81/2015, che sancisce la non applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 19, cc. 1, 2 e 3, e 21, novellati rispettivamente dall'art. 1, c. 1, lett. a, punto 1, punto 1-bis e punto 2, e lett. b, punto 1 e punto 2, d.l. n. 87/2018, conv. con mod. dalla l. n. 96/2018.

(16) Articolo abrogato dall'art. 55, c. 1, lett. b, d.lgs. n. 81/2015, fermo restando quanto disposto dall'art. 9, c. 28, d.l. n. 78/2010, conv. con mod. in l. n. 122/2010, con la decorrenza prevista dal c. 3 del medesimo art. 55.

(17) Giubbboni 2011a, spec. 236 ss.; *Id.*, 2011b, 298 ss.; *Id.*, 2013, 1101 ss., e *Id.*, 2015, 405 ss. La disposizione generale, inerente alla decadenza e alle tutele in materia di contratto a tempo determinato, è stata introdotta con l'art. 28, d.lgs. n. 81/2015. Per l'abrogazione dei cc. 5 e 6 dell'art. 32, l. n. 183/2010, vd. art. 55, c. 1, lett. d e f, d.lgs. n. 81/2015, con la decorrenza prevista dal c. 3 del medesimo art. 55.

nali dichiarassero l'illegittimità dei contratti a termine e la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Gli esiti, prevalentemente favorevoli per i prestatori di lavoro, sono stati dettati dalla circostanza che in nessun altro settore come in quello delle fondazioni liriche il ricorso abusivo all'istituto dell'apposizione del termine è stato così ampio (18). Proprio per fronteggiare un crescente numero di controversie giudiziarie derivante dalle norme speciali in materia, il legislatore è intervenuto a rafforzare i deboli argini del sistema, dapprima con il cd. decreto Bondi (art. 3, c. 6, primo periodo, d.l. n. 64/2010, conv. con mod. dall'art. 1, c. 1, l. n. 100/2010), disponendo che «alle fondazioni lirico-sinfoniche, fin dalla loro trasformazione in soggetti di diritto privato, continua ad applicarsi l'art. 3, quarto e quinto comma, della legge 22 luglio 1977, n. 426, e successive modifiche, anche con riferimento ai rapporti di lavoro instaurati dopo la trasformazione in soggetti di diritto privato e al periodo anteriore alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 368/2001» (19), e poi con l'interpretazione autentica fornita dall'art. 40, c. 1-*bis*, d.l. n. 69/2013, conv. con mod. dall'art. 1, c. 1, l. n. 98/2013, oggetto del noto pronunciamento della Corte costituzionale (20).

La norma di interpretazione autentica è stata dichiarata illegittima atteso che non avrebbe elaborato nessuna variante di significato rispetto alla disposizione interpretata, né avrebbe risolto contrasti interpretativi, bensì sarebbe stata mirata solamente a rovesciare un indirizzo giurisprudenziale stabile (21), secondo cui ogni infrazione della normativa sul lavoro a tempo determinato – in particolare della l. n. 230/1962 o del d.lgs. n. 368/2001, a seconda del periodo in cui è avvenuta – relativa all'assenza di ragioni giustificative del termine o della forma scritta (cd. vizi genetici) avrebbe comportato la sanzione della conversione.

(18) In molti casi, davanti ai tribunali si presentavano lavoratori che avevano stipulato oltre cento contratti a termine (ciascuno per esigenze temporanee e contingenti) in un arco temporale che a volte superava i trent'anni.

(19) La norma (art. 3, cc. 4-5, l. n. 426/1977, e s.m.i.) sanciva l'applicabilità alle fondazioni liriche di una regola (il divieto di conversione dei rapporti a termine) che esiste nel sistema del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (art. 36, c. 5, d.lgs. n. 165/2001) e che era pacificamente applicata nei confronti degli stessi enti lirici sino al momento della loro «privatizzazione».

(20) C. cost. 11.12.2015, n. 260, in *RGL*, 2016, n. 2, II, 164 ss., con nota di Menghini, in *GCost.*, 2015, n. 6, 2261 ss., con nota di Ghera, in *DLM*, 2016, n. 1, 181 ss., con nota di De Michele.

(21) Cass. 26.5.2011, n. 11573, in *MGC*, 2011, n. 5, 805 ss., ha confermato la sentenza impugnata, che aveva dichiarato la nullità dei contratti a termine e la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, con congrua e logica motivazione in ordine allo svolgimento da parte del ricorrente di una attività lavorativa ordinaria, continuativa e riferita indifferentemente alle molteplici, e non omogenee, produzioni artistiche allestite dalla Fondazione Teatro dell'Opera di Roma; Cass. 30.7.2013, n. 18263, inedita a quanto consta. Queste sentenze inaugurano un orientamento conforme, riferito alla norma interpretata ed espresso, fra le molte, pur dopo l'entrata in vigore della norma interpretativa, da Cass. 12.3.2014, n. 5748, inedita a quanto consta; Cass. 20.3.2014, n. 6547, inedita a quanto consta; Cass. 27.3.2014, n. 7243, inedita a quanto consta; Cass. 12.5.2014, n. 10217, inedita a quanto consta; Cass. 19.5.2014, n. 10924, inedita a quanto consta; Cass. 28.9.2016, n. 19189, inedita a quanto consta; Cass. 20.4.2018, n. 8996, ord., inedita a quanto consta; Cass. 16.10.2018, n. 25802, ord., inedita a quanto consta.

Da qui è scaturita, secondo i giudici costituzionali, la violazione dell'affidamento dei consociati nella sicurezza giuridica e delle attribuzioni dell'autorità giudiziaria (22) (art. 117, c. 1, Cost. e artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali): il primo, in quanto tra gli interessati (e cioè i lavoratori temporanei delle fondazioni) si sarebbe generata una certa aspettativa in ordine alla sussistenza di un diritto alla stabilizzazione dei loro rapporti di lavoro, quale conseguenza della violazione delle norme sui contratti a termine diverse da quelle riguardanti le proroghe e i rinnovi; il secondo, in quanto la disciplina impugnata sarebbe stata «suscettibile di definire i giudizi in corso, travolgendo gli effetti delle pronunce già rese». Inoltre, sempre secondo la Corte, l'illegittimità è stata ravvisata anche «sotto un distinto e non meno cruciale profilo», ovvero quello in base al quale, estendendo il divieto di stabilizzazione oltre i confini originariamente tracciati, si sarebbe pregiudicato «un aspetto fondamentale delle tutele accordate dall'ordinamento ai rapporti di lavoro, in un contesto connotato in senso marcatamente derogatorio rispetto al diritto comune».

Da ultimo, tuttavia, non si può omettere di ricordare l'art. 11, c. 19, d.l. n. 91/2013, conv. con mod. in l. n. 112/2013, in forza del quale il rapporto di lavoro a tempo indeterminato presso le fondazioni lirico-sinfoniche deve essere instaurato esclusivamente a mezzo di procedure selettive pubbliche, sebbene tale regola, operando per il futuro, non abbia avuto alcun rilievo ai fini della decisione della controversia, atteso che tutti i contratti a tempo determinato dedotti in causa dalla tersicorea sono stati stipulati prima della sua entrata in vigore.

3. — *«Messa a fuoco e primo piano». Il contrasto con la clausola sulle misure di prevenzione degli abusi* — La Corte di Giustizia sembra aver accolto la lettura ampia e consolidata della clausola 5, punto 1, dell'Accordo quadro, la quale si pone la finalità di limitare il ricorso a una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato, considerati come potenziale fonte di abuso in danno dei lavoratori, prevenendo una serie di disposizioni di garanzia minima tese a evitare la precarizzazione della situazione dei lavoratori dipendenti (23). Del resto, la stabilità dell'impiego è intesa come base portante della tutela dei lavoratori (24), mentre soltanto in alcune circostanze i contratti di lavoro a tempo determinato possono rispondere alle esigenze sia dei datori di lavoro, sia dei lavoratori (25). La mancata adozione di una o più misure enunciate nella clausola 5, punto 1, lettere da a a c, e l'assenza di norme equivalenti hanno indotto la Corte di Giustizia a soffermarsi sulla nozione di «ragioni obiettive» (26) per

(22) C. cost. 11.6.2010, n. 209, in *FI*, 2011, n. 2, I, 375 ss.

(23) C. Giust. 4.7.2006, C-212/04, *Adeneler*, EU:C:2006:443, punto 63; C. Giust. 26.11.2014, C-22/13, da C-61/13 a C-63/13, e C-418/13, *Mascolo*, cit., punto 72; C. Giust. 7.3.2018, C-494/16, *Santoro*, cit., punto 25.

(24) In tal senso, i punti da 6 a 8 delle considerazioni generali dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

(25) C. Giust. 26.2.2015, C-238/14, *Commissione c. Lussemburgo*, cit., punto 36.

(26) Cass. 9.1.2017, n. 208, che è intervenuta proprio su un primo e unico contratto a tempo determinato stipulato dalla Fondazione Teatro dell'Opera di Roma, ritenuto illegittimo perché privo di ragioni oggettive, in applicazione dei principi di diritto enunciati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 260/2015.

i rinnovi ovvero su quelle in grado di costituire una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro. Come noto, tali ragioni si riferiscono a circostanze precise e concrete che contraddistinguono una determinata attività o una particolare natura delle funzioni ricoperte, tali da giustificare, in un peculiare contesto, l'utilizzo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato (27).

Il Governo italiano ha rivendicato la conformità con la direttiva comunitaria della normativa interna sulle prestazioni di lavoro a termine all'interno delle fondazioni lirico-sinfoniche in forza dell'obiettivo, costituzionalmente protetto, dello sviluppo della cultura italiana e della salvaguardia del patrimonio storico e artistico nazionale. Infatti, ponendo l'attenzione sulle particolarità inerenti a tale settore, si è rimarcato che ogni rappresentazione artistica presenta un carattere peculiare e, quindi, i contratti di lavoro conclusi ai fini di una rappresentazione artistica si distinguono necessariamente da quelli conclusi ai fini di spettacoli precedenti.

Inoltre, il Governo italiano ha ribadito che il divieto legale di trasformare contratti di lavoro a tempo determinato in rapporto di lavoro a tempo indeterminato in detto settore è motivato da due considerazioni, strettamente legate al carattere intrinsecamente pubblico di enti quali le fondazioni lirico-sinfoniche. La prima, relativa alla necessità di contenimento della spesa pubblica, è connessa al finanziamento di siffatti enti, mentre la seconda è diretta a evitare l'aggiramento della norma secondo la quale l'assunzione di lavoratori a tempo indeterminato è subordinata all'organizzazione di concorsi. Il Governo italiano ritiene che la tutela dei lavoratori sia sufficientemente garantita dalla chiamata in causa della responsabilità dei dirigenti delle fondazioni lirico-sinfoniche nel caso in cui ricorrano a contratti contrari alle disposizioni di legge applicabili (sulla falsariga dell'art. 36, c. 5, d.lgs. n. 165/2001) (28).

Per quanto attiene al particolare carattere delle prestazioni di lavoro artistiche, la giurisprudenza di legittimità ha costantemente dato un'interpretazione puntuale del concetto di temporaneità, che non può riconoscersi a programmi presentati reiteratamente, e rigorosa del concetto di specificità, affermando che deve essere inteso non solo come unicità dello stesso, ancorché ripetuto nel tempo, ma anche come specificità dell'apporto del lavoratore, delineando una connessione tra specificità dell'apporto e specificità del programma (29). La programmazione annuale di diversi spettacoli può richiedere l'assunzione di lavoratori particolari o supplementari, ma dalla vicenda in esame non sono emerse ragioni in base alle quali le rappresentazioni artistiche per cui sono stati conclusi i contratti della ballerina sarebbero state specifiche, né esse avrebbero dato luogo a un'esigenza soltanto provvisoria in termini di personale. I vari contratti di lavoro a tempo determinato stipulati hanno consentito l'espletamento di

(27) Cass. 21.5.2008, n. 12985, in *RIDL*, 2008, II, 891 ss., con nota di Olivieri; C. Giust. 26.11.2014, C-22/13, da C-61/13 a C-63/13, e C-418/13, *Mascolo*, cit., punto 91; C. Giust. 26.2.2015, C-238/14, *Commissione c. Lussemburgo*, cit., punto 44; C. Giust. 5.6.2018, C-677/16, *Montero Mateos*, EU:C:2018:393, punti 56-57.

(28) Speciale 2016, spec. 524 ss.; Bolego 2017, 21.

(29) Da tempo questa interpretazione rigorosa è considerata dalla Corte come giurisprudenza consolidata ai fini dell'art. 360-bis c.p.c.: così Cass. 27.10.2016, n. 21691, S.U., in *FI*, 2016, n. 12, I, 3832 ss. Vd., in precedenza, Cass. 2.3.2012, n. 2012, n. 3308, ord., in *MGC*, 2012, n. 3, 266 ss.; Cass. 1.2.2016, n. 1841, inedita a quanto consta.

compiti analoghi per vari anni, cosicché tale rapporto di lavoro – circostanza che tuttavia spetterà al giudice del rinvio verificare – potrebbe aver soddisfatto un'esigenza non già provvisoria bensì, al contrario, duratura (30).

Inoltre, proprio sull'annoso problema del divieto di conversione in contratto a tempo indeterminato, un indirizzo giurisprudenziale della Sezione lavoro della Suprema Corte (31) in tema di assunzioni a termine del personale artistico da parte degli enti lirici ha affermato che esso non trova applicazione con riferimento ai vizi genetici del primo contratto, in quanto l'esclusione dell'applicabilità del d.lgs. n. 368 del 2001 (*ex art. 11, c. 4, d.lgs. n. 368/2001*) è circoscritta alla materia dei rinnovi e a quella connessa delle proroghe, come confermato dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 260 del 2015. Tuttavia, proprio una serie di pronunce nazionali molto recenti (32) hanno rimarcato come le particolari esigenze connesse alla rappresentazione di uno spettacolo – sebbene, in linea teorica, giustifichino il divieto di conversione nell'ipotesi di proroga o successione di contratti a tempo determinato – non escludono la necessità, richiamando la sentenza della Corte di Giustizia in commento, di valutare in modo rigoroso le «ragioni obiettive» alla base del primo contratto ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001, la cui mancanza determinerebbe l'illegittimità della clausola di apposizione del termine e la conversione in un rapporto a tempo indeterminato (33). L'orientamento della Corte di Cassazione conferma l'interpretazione della normativa fornita dalla Corte di Giustizia ed è mosso dalla necessità di evitare gravi disparità di trattamento (34), dovendo evitare il rischio che la distinzione operata da una normativa nazionale tra i lavoratori subordinati a tempo determinato alle dipendenze di un qualsiasi datore di lavoro privato e quelli che svolgano le medesime mansioni alle dipendenze di una fondazione lirica non risulti adeguata al fine perseguito da tale normativa.

(30) Vd., in ambito sanitario, C. Giust. 14.9.2016, C-16/15, *Pérez López*, ECLI:EU:C:2016:679, punti 55-56.

(31) Cass. 9.1.2017, n. 208, cit.

(32) Cass. 7.3.2019, n. 6679, inedita a quanto consta; Cass. 15.3.2019, n. 7475, inedita a quanto consta; Cass. 15.4.2019, n. 10480, inedita a quanto consta; Cass. 18.4.2019, n. 10860, inedita a quanto consta; Cass. 19.4.2019, n. 11121 e n. 11122; Cass. 14.5.2019, n. 12776, inedita a quanto consta.

(33) Cass. 5.1.2018, n. 155, inedita a quanto consta, secondo cui non sarebbe conforme a diritto la ritenuta inapplicabilità alle fondazioni lirico-sinfoniche della disciplina comune dettata in materia di contratto a termine. Il divieto di conversione a tempo indeterminato del rapporto a termine instaurato con le fondazioni lirico-sinfoniche è circoscritto alla sola materia dei rinnovi e a quella connessa delle proroghe, ed è insuscettibile di essere esteso a ogni ipotesi di violazione della disciplina comune, cui, al contrario, deve farsi riferimento per valutare l'eventuale ricorrenza di tali violazioni, tra cui rientra la specifica indicazione della causale giustificativa, e determinare il regime sanzionatorio applicabile, comprensivo della conversione a tempo indeterminato del rapporto.

(34) Vd. C. Giust. 9.3.2017, C-406/15, *Milkova*, ECLI:EU:C:2017:198, punto 64, sia pure in materia di diritto alla parità di trattamento (in ordine a una tutela rafforzata in caso di licenziamento collettivo) per le persone affette da disabilità tra settore pubblico e settore privato, che, peraltro, si basa sull'applicabilità diretta dell'art. 20 della Carta dei diritti (applicato raramente sino a oggi) unitamente all'art. 21 della stessa Carta in connessione con la Convenzione Onu sulla disabilità (ratificata nel 2009 dall'Unione in quanto tale).

Il carattere privato o pubblico delle fondazioni non incide sulla tutela di cui beneficia un lavoratore in base alla clausola 5 dell'Accordo quadro. Infatti, secondo una giurisprudenza costante (35), la Direttiva n. 1999/70 e l'Accordo quadro sono applicabili anche ai contratti di lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e gli altri enti del settore pubblico. Peraltro, non vi sono evidenze concrete che abbiano dimostrato l'esistenza di procedure selettive o la partecipazione della lavoratrice a concorsi organizzati dalla Fondazione Teatro dell'Opera di Roma.

4. — *«Immagine mossa e dissolvenza». Principio di non discriminazione* — Un passaggio significativo della sentenza è costituito, senza dubbio, dall'interpretazione della clausola 5 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, su cui il Collegio lussemburghese sembra ipotizzare, in assenza di altra misura effettiva che contrasti gli abusi, il «consolidamento» a tempo indeterminato nel caso di superamento della durata massima anche nel lavoro pubblico. La trasformazione, ad avviso dei giudici comunitari, potrebbe essere una misura preventiva e una sanzione equivalente da applicare in caso di impiego di contratti a termine oltre un limite temporale stabilito, e potrebbe condurre il giudice del rinvio a darne esecuzione disapplicando l'art. 11, c. 4, d.lgs. n. 368/2001 (oggi art. 29, c. 3, d.lgs. n. 81/2015), che ha privato (e priva) i dipendenti delle fondazioni lirico-sinfoniche della tutela nell'ipotesi di successione contrattuale, così come la giurisprudenza di legittimità in materia ha disapplicato la norma interna che impediva la sanzione della conversione a tempo indeterminato dell'unico rapporto di lavoro a termine privo di ragioni oggettive temporanee.

Un peso innovativo acquista la parte della sentenza (punto 71) in cui la Corte di Giustizia valorizza il principio di parità di trattamento e di non discriminazione — come suggerito dalla Commissione in sede di giudizio — circa le condizioni di lavoro di cui alla clausola 4 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, recepito dalla Direttiva n. 1999/70/Ce, con efficacia diretta per la disapplicazione delle norme ostative sia nei confronti delle pubbliche amministrazioni sia nelle controversie tra privati. Secondo una costante giurisprudenza della Corte, la nozione di «ragione oggettiva» ai sensi della clausola 4, punti 1 e 4, dell'Accordo quadro deve essere intesa nel senso che essa non consente di giustificare una differenza di trattamento tra lavoratori a tempo determinato e quelli a tempo indeterminato solo perché sia prevista da una disposizione nazionale generale e astratta, quale una legge o un contratto collettivo (36).

(35) C. Giust. 4.7.2006, C-212/04, *Adeneler*, cit., punto 54; C. Giust. 7.9.2006, C-53/04, *Marrosu e Sardino*, ECLI:EU:C:2006:517, punti 39-41, in *RIDL*, 2006, II, 742 ss., con nota di Nannipieri; C. Giust. 7.9.2006, C-180/04, *Vassallo*, ECLI:EU:C:2006:518, punto 32, in *RGL*, 2006, II, 602 ss., con nota di Gabriele.

(36) C. Giust. 13.9.2007, C-307/05, *Del Cerro Alonso*, ECLI:EU:C:2007:509, punti 57-58, in *RIDL*, 2008, n. 2, II, 325 ss., con nota di Zappalà; C. Giust. 22.12.2010, C-444/2009 e C-456/2009, *Gavieiro Gavieiro*, ECLI:EU:C:2010:819, punto 54, in *RIDL*, 2011, II, 1294 ss., con nota di Siotto; C. Giust. 18.3.2011, C-273/10, *Montoya Medina*, ord., ECLI:EU:C:2011:167, punto 40; C. Giust. 8.9.2011, C-177/10, *Rosado Santana*, ECLI:EU:C:2011:557, punto 72; C. Giust. 9.2.2012, C-556/11, ord., *Lorenzo Martínez*, ECLI:EU:C:2012:67, punto 47; C. Giust. 18.10.2012, da C-302/11 a C-305/11, ECLI:EU:C:2012:646, *Valenza*, punto 71, in *RGL*, 2013, II, 15 ss., con nota di Zitti; C. Giust. 7.3.2013, C-393/11, ord., *Bertazzi*, ECLI:EU:C:2013:143, punto 39, in *ADL*, 2013, II, 975 ss., con nota di Siotto.

In questo caso utilizzando gli artt. 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: «poiché la normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale non consente in nessuna ipotesi, nel settore di attività delle fondazioni lirico-sinfoniche, la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato, essa può instaurare una discriminazione tra lavoratori a tempo determinato di detto settore e lavoratori a tempo determinato degli altri settori». In effetti, questi ultimi, dopo la conversione del loro contratto di lavoro in caso di violazione delle norme relative alla conclusione di contratti a tempo determinato, diventano lavoratori a tempo indeterminato comparabili ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'Accordo quadro. A onor del vero, è corretto ricordare che proprio la stessa Corte di Giustizia, in altri casi, ha affermato, in direzione apparentemente contraria, che la clausola 4, punto 1, dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato non è di ostacolo a una normativa nazionale che diversifichi, in senso peggiorativo, l'indennità per cessazione del rapporto di lavoro per i lavoratori a tempo determinato rispetto a quella concessa ai lavoratori a tempo indeterminato: ciò costituirebbe una ragione oggettiva che giustifica la differenza di trattamento (37). Tuttavia, con specifico riferimento ai lavoratori dello spettacolo, la Corte di Giustizia, invece, sembra aver valorizzato il ruolo della «ragione obiettiva» come mezzo adeguato a prevenire gli abusi nella stipulazione dei contratti a tempo determinato e le potenziali forme di discriminazione, ovvero come punto di equilibrio tra il diritto dei lavoratori alla stabilità dell'impiego e le irriducibili peculiarità del settore.

La digressione sul caso paradigmatico del lavoro a termine nelle fondazioni lirico-sinfoniche mostra l'estrema vulnerabilità giuridica della maggioranza dei prestatori nel settore dello spettacolo e la difficoltà di svolgere un'attività, quella artistica, all'interno degli schemi tradizionali di stabilità. La temporaneità e la disponibilità a continui mutamenti sembrano il tratto distintivo della categoria, con una media di cinque contratti l'anno e tante scritturazioni di brevissimo periodo (38). In media, inoltre, gli artisti italiani sono stati retribuiti per 34 giorni soltanto nel 2015, per un guadagno complessivo (sempre in media) di 5 mila euro. Significativa l'esperienza della figura professionale del tescireo ballerino (39), che peraltro sconta anche una carriera più bre-

(37) C. Giust. 21.11.2018, C-245/17, *Ibáñez e González*, ECLI:EU:C:2018:934, punto 54; C. Giust. 21.11.2018, C-619/17, *Ministerio de Defensa c. Ana de Diego Porras*, ECLI:EU:C:2018:936, punto 75; C. Giust. 11.4.2019, C-29/18, C-30/18 e C-44/18, *Cobra Servicios Auxiliares*, ECLI:EU:C:2019:315, punti 53-54.

(38) L'art. 24, c. 3-*quater*, d.l. n. 113/2016, conv. con mod. in l. n. 160/2016 (cd. Nuovo Codice dello spettacolo), ha previsto misure di contenimento della spesa e risanamento del personale, anche direttivo, delle fondazioni (lett. *a*), e opportune riduzioni dell'attività, comprese la chiusura temporanea o stagionale e la conseguente trasformazione temporanea del rapporto di lavoro del personale, anche direttivo, da tempo pieno a tempo parziale, allo scopo di assicurare, a partire dall'esercizio immediatamente successivo, la riduzione dei costi e il conseguimento dell'equilibrio economico-finanziario. Ciò ha comportato un'esternalizzazione della maggior parte di cori, orchestre e ballerini: fattore che aumenta forme di lavoro a tempo con ridimensionamento dei relativi diritti e delle tutele.

(39) Art. 3, c. 7, d.l. n. 64/2010, conv. in l. n. 100/2010, il quale abroga l'art. 4, c. 13, d.lgs. n. 182/1997, e fissa l'età pensionabile per uomini e donne al compimento del quarantacinquesimo anno di età anagrafica, con l'impiego, per i lavoratori cui si applica integralmente

ve degli altri, a causa dell'elevato impegno fisico richiesto dall'attività: il 90,5% dei danzatori ha guadagnato meno di 10 mila euro in 12 mesi, ma si attestano su redditi simili anche i musicisti e gli attori. Per non parlare poi del fatto che i livelli retributivi più bassi si registrano all'interno della classe lavoratrice giovanile, femminile e dell'Italia meridionale (40). Tutto ciò implica anche un ripensamento di strumenti classici quali l'indennità di disoccupazione per i lavoratori dello spettacolo (41), rispetto ai quali, probabilmente, sarebbe più opportuno predisporre degli ammortizzatori di continuità in grado di intervenire fra un lavoro e l'altro, e una riflessione più attenta sull'intero sistema di sicurezza sociale che interessa il comparto, come dimostra la recente pronuncia in materia di discriminazione per età nell'accesso alla pensione dei tesserati (42).

Non è un caso, infatti, se il 28 dicembre 2018 la Scuola del Teatro dell'Opera di Roma non sia riuscita a mettere in scena lo «Schiaccianoci» per impossibilità ad assumere, a tempo determinato, maestranze. Un problema di tutti i teatri italiani. Dibattuto, ma non risolto. Frutto della sentenza della Corte di Giustizia? Non propriamente, anche perché il celebre balletto è un classico della programmazione natalizia, reiterato e interpretato da tesserati di fila con qualità ed esperienza. In fondo, nella lotta tra creatività e prevedibilità, che accompagna l'opera – e forse persino l'interpretazione dei giudici comunitari –, il lieto fine assume i colori dell'impossibile «trasformazione». Del resto, anche nel mondo del lavoro, tutte e tutti vorremmo al fianco un Principe Schiaccianoci che ci aiuti a sconfiggere gli abusi.

il sistema contributivo o misto, del coefficiente di trasformazione di cui all'art. 1, c. 6, l. n. 335/1995, relativo all'età superiore.

(40) Vd. il rapporto Fondazione Di Vittorio 2017, 5-7. Il dato più allarmante rimane la durata dei periodi in cui gli artisti restano senza lavoro: la maggioranza del campione intervistato per l'indagine è rimasto disoccupato per oltre quattro mesi.

(41) Vd. i problemi sorti con la sentenza Cass. 20.5.2010, n. 12355, in *MGC*, 2010, n. 5, 789 ss.; vd. circolare Inps 5.10.2011, n. 105 («Indennità di disoccupazione ordinaria con requisiti normali e con requisiti ridotti ai lavoratori dello spettacolo»); circolare Inps 14.12.2012, n. 140 («Assicurazione sociale per l'impiego (Aspi), istituita dall'art. 2 della legge 28 giugno 2012, n. 92. Aspetti di carattere contributivo»); da ultimo, il d.lgs. n. 22/2015, su cui circolare Inps 12.5.2015, n. 94 [«Articoli 1-14, decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 22: "Disposizioni per il riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in caso di disoccupazione involontaria e di ricollocazione dei lavoratori disoccupati, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183". Nuova prestazione di assicurazione sociale per l'impiego (Naspi). Istruzioni contabili. Variazioni al piano dei conti»]; circolare Inps 30.7.2015, n. 142 [«Chiarimenti su Nuova prestazione di assicurazione sociale per l'impiego (Naspi)»].

(42) Cass. 17.5.2018, n. 12108, in *FI*, 2018, n. 6, I, 1945 ss., la quale, in tema di cessazione del rapporto per raggiunti limiti di età dei lavoratori dello spettacolo appartenenti alle categorie dei tesserati e ballerini, la disciplina transitoria di cui all'art. 3, c. 7, d.l. n. 64/2010, conv. con mod. in l. n. 100/2010, introduce una discriminazione fondata sul sesso laddove diversifica il limite massimo di età pensionabile previsto per le donne (quarantasette anni) e per gli uomini (cinquantadue); ne consegue la diretta disapplicabilità della norma in contrasto con l'art. 14, par. 1, lett. c, della Direttiva n. 2006/54/Ce, senza necessità di promuovere incidente di costituzionalità, sia per la natura non obbligatoria della sentenza della C. cost. 14.12.2017, n. 269, sia perché nella specie la questione è già stata sottoposta alla C. Giust. 7.2.2018, da C-142/17 a C-143/17, ord., *Maturo c. Fondazione Teatro dell'Opera*, ECLI:EU:C:2018:68, che si è espressa nel senso della violazione della direttiva, in assenza di richiami alla Carta di Nizza.

Riferimenti bibliografici

- Aimo M. (2017), *Il lavoro a termine tra modello europeo e regole nazionali*, Giappichelli, Torino.
- Bolego G. (2017), *Tecniche di prevenzione e rimedi contro l'abuso dei contratti a termine nel settore pubblico*, in *Labor*, n. 1, 21 ss.
- De Michele V. (2016), *La Corte costituzionale e la conversione a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro dei dipendenti saltuari dello spettacolo*, in *DLM*, n. 1, 181 ss.
- De Michele V. (2019), *La sentenza Sciotto della Corte Ue e la conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego nel nuovo scontro con la Consulta e nel recente dialogo con la Cassazione*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 383, 1 ss.
- Fondazione Di Vittorio (2017), *Vita da artisti. Ricerca nazionale sulle condizioni di vita e di lavoro dei professionisti dello spettacolo*, a cura di Di Nunzio D. et al., ricerca coordinata da Bizi E., Monaco M., Roma, 4 maggio 2017.
- Ghera F. (2015), *Interpretazione autentica di leggi sul lavoro a termine e diritto alla stabilizzazione*, *GCost.*, n. 6, 2261 ss.
- Giornale T., Natullo G. (2016), *Il contratto a termine nel settore dello spettacolo: peculiarità e abusi*, in *DLM*, n. 1, 124 ss.
- Giubboni S. (2011a), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010*, in *RIDL*, n. 2, I, 227 ss.
- Giubboni S. (2011b), *I contratti a termine e il nuovo regime delle impugnazioni nel «Collegato lavoro»*, in *MGL*, n. 5, 298 ss.
- Giubboni S. (2013), *Ancora sul regime di impugnazione dei contratti a termine*, in *DLRI*, n. 4, 1101 ss.
- Giubboni S. (2015), *Ancora sul regime di impugnazione dei contratti a termine*, in *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, vol. I, Cacucci, Bari, 2015, 405 ss.
- Mainardi S., Casale D. (2010), *Il personale delle fondazioni lirico-sinfoniche dopo la conversione del decreto legge n. 64/2010*, in *Aedon*, n. 3, 1 ss.
- Menghini L. (2016), *Fondazioni lirico-sinfoniche e contratti di lavoro a termine*, in *RGL*, n. 2, II, 164 ss.
- Ratti L. (2017a), *Conversione del contratto e rapporto di lavoro. Trasformazione e sanzione nel trattamento delle invalidità dei contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Ratti L. (2017b), *L'invalidità (quasi) satisfattiva nel diritto del lavoro*, in *LD*, n. 3-4, 471 ss.
- Speziale V. (2016), voce *Lavoro a termine*, in *ED, Annali*, IX, Giuffrè, Milano, 497 ss.
- Zoli C. (2017), *L'evoluzione del sistema rimediare: privato e pubblico a confronto*, in *LD*, n. 3-4, 425 ss.

Federico Siotto
Ricercatore di Diritto del lavoro
presso l'Università di Sassari

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, 24.1.2019, S. Prima, ricorsi n. 54414/13 e n. 54264/15 – Pres. Sicilianos – Cordella *et al.* (avv.ti Maggio, Spera, La Porta, Saccucci) c. Italia (agenti Spatafora, Aversano).

Salute – Sicurezza sul lavoro – Il caso Ilva di Taranto – Tutela dell'occupazione – Necessità di un bilanciamento – Ammissibilità.

Norme convenzionali impongono al legislatore la massima attenzione per l'ambiente (non solo di lavoro). Lo Stato italiano ha adottato misure giuridiche per la protezione della salute individuale e collettiva e dell'ambiente interessato dal sito produttivo dell'Ilva di Taranto, ma ha consentito una tempistica di attuazione troppo sbilanciata nella tutela dei livelli produttivi. La Corte Edu ritiene l'Italia responsabile di aver consentito l'esplicarsi dell'iniziativa privata con modalità socialmente inaccettabili e, nell'ambito dei suoi ristretti poteri, ha intimato di attuare il piano ambientale senza ulteriore ritardo. (1)

(1) LA STORIA INFINITA: LA SENTENZA DELLA CORTE EDU
SUI RISVOLTI AMBIENTALI E GIUSLAVORISTICI DELLA VICENDA ILVA

1. — Con la sentenza del 24.1.2019, nella causa *Cordella et al. c. Italia*, la Corte Edu è stata chiamata a pronunciarsi sulla definizione dell'area di «rischio consentito» nello svolgimento dell'attività d'impresa con riguardo alla vicenda dell'Ilva di Taranto; vicenda che – come è noto – si trascina, nei suoi aspetti ambientali e lavoristici, da anni tra plurimi interventi della giurisdizione ordinaria e del legislatore, della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia di Strasburgo.

Dato per pacifico che la situazione ambientale di Taranto è da decenni compromessa dalla presenza inquinante del più grande complesso siderurgico d'Europa, il legislatore è intervenuto a più riprese – a partire dal 2012 – a circoscrivere gli effetti delle iniziative giudiziarie dirette, con la contestazione di reati ambientali e contro la incolumità e salute pubblica, a porre termine alla compromissione ambientale e a fermare, ove necessario, l'attività produttiva dell'Ilva: l'obiettivo, dichiarato, è quello di risanare l'ambiente lavorativo e l'ambiente esterno, salvaguardando un'industria ritenuta strategica e i livelli occupazionali (indotto compreso) (Pascucci 2013, 676 e 678).

Ormai troppi segnali confermano un nesso causale tra l'inquinamento ambientale e lo sviluppo di gravi patologie tra i lavoratori e la popolazione.

Tutti gli interventi legislativi che hanno sterilizzato le misure di cautela reale adottate dall'autorità giudiziaria hanno specificamente previsto che la produzione dovesse continuare, previa adozione di misure volte a ridurre l'impatto delle emissioni inquinanti, ed è proprio per tale motivo che la Corte costituzionale, con la sentenza 9.4.2013, n. 85 (Vallebona 2013, 495), ha potuto ritenere manifestamente infondata una questione che, nel contrapporre il diritto alla salute al diritto al lavoro, proponeva la declaratoria di subvalenza del secondo: una produzione che proseguiva nel rispetto di un programma di risanamento ambientale, che rispetti (in via progressiva) salute e si-

curezza del lavoro e migliori l'impatto ambientale dello stabilimento, non può essere valutata costituzionalmente incompatibile.

Così sottolineata l'importanza non solo del *quantum* della produzione ma del *quomodo* della stessa (Pascucci 2013, 683), il legislatore ordinario ha avvocato l'individuazione delle «migliori tecniche disponibili», ne ha imposto l'applicazione in tempi predeterminati e – in contrapposizione con l'autorità giudiziaria (Tra «approccio giudiziario-garantista *versus* amministrativo-gestionale»: cfr. Tullini 2012, 169) – ha previsto la non responsabilità penale o amministrativa di chi è chiamato all'adempimento di dette regole cautelari «in materia ambientale, di tutela della salute e dell'incolumità pubblica e di sicurezza sul lavoro», sia esso il commissario straordinario o chi è subentrato nella proprietà e gestione degli impianti industriali dell'Ilva (d.l. n. 1/2015, convertito in l. n. 20/2015, e d.l. n. 98/2016, convertito in l. n. 151/2016).

Un gruppo di cittadini residenti in Taranto e in Comuni limitrofi classificati «a elevato rischio di crisi ambientale» con una delibera del Consiglio dei ministri ormai quasi trentennale (3.11.1990) – preso atto di misure amministrative e legislative inidonee a rispondere ai segnali d'allarme circa i danni alla salute derivanti dalle emissioni industriali e non convinti dalla ricordata sentenza della C. cost. 9.4.2013, n. 85, che aveva consentito la prosecuzione dell'attività produttiva nel rispetto delle misure di controllo e tutela previste dall'autorizzazione integrata ambientale (Aia) del 2012 (Tullini 2012, 167) – ha prospettato una violazione dell'art. 8 Cedu e ha chiesto alla Corte di Strasburgo di condannare l'Italia a rimuovere detta violazione del loro diritto alla vita e al rispetto della vita privata, estrinsecatasi anche *sub specie* di *deficit* informativo sull'inquinamento e sulle sue conseguenze.

Va detto – e la motivazione della sentenza *de qua* lo ricorda – che la vicenda Ilva ha portato, direttamente o indirettamente, a plurime interlocuzioni a livello di organi, giudiziari e non, della Ue (Pulitanò 2012, 153).

La Corte di Giustizia Ue aveva già dichiarato l'Italia inadempiente agli obblighi, di cui alla Direttiva n. 2008/I/Ce, di consentire un'attività produttiva conforme al sistema di autorizzazione previsto dalla Direttiva stessa (C. Giust. 31.3.2011); la Commissione europea ha ribadito nel 2014 che l'Italia rimaneva inadempiente alla Direttiva n. 2010/75, in tema di emissioni industriali, che ha sostituito la ricordata Direttiva n. 2008/I.

Infine, la stessa Corte – nella causa *Smaltini c. Italia* – con sentenza 24.3.2015 aveva dichiarato irricevibile il ricorso, ritenendo di escludere di poter ravvisare carenze nelle pronunce intervenute in un caso di asserito nesso causale tra la leucemia contratta dalla ricorrente e le emissioni industriali dell'Ilva alla luce delle conoscenze scientifiche dell'epoca.

Tanto premesso, il tema del decidere, come ricostruito dalla Corte attraverso un delicato *slalom* tra questioni procedurali (quali quella sulla ricevibilità, sull'azione popolare, sulla qualità di vittima e sul previo esaurimento dei ricorsi interni), è se fosse ravvisabile l'assenza di misure dello Stato italiano volte a proteggere la salute e l'ambiente di vita e lavoro dei ricorrenti dalle emissioni industriali connesse alla produzione dell'Ilva e, sotto un altro profilo, se fosse ravvisabile un *deficit* informativo sui rischi per i lavoratori, le loro rappresentanze e la popolazione locale (cfr., in senso analogo, la causa *Guerra et al. c. Italia*, con sentenza del 19.2.1998). Il tutto complicato – al-

meno sul piano interpretativo – dal fatto che l'art. 8 Cedu vieta l'ingerenza dello Stato ma non impone un'ingerenza sia pure in positivo.

La Corte, nel rispondere ai ricorrenti, ricorda quale sia la sua ragion d'essere (par. 134) e cioè «garantire a livello europeo la tutela giuridica dei diritti sanciti dalla Convenzione e dai suoi protocolli».

In secondo luogo, la Corte riconosce che – al di là di prove scientifiche del nesso causale sulle quali non ha poteri di accertamento e di valutazione – può ritenersi acquisito che «l'inquinamento ha inevitabilmente reso le persone che vi erano sottoposte più vulnerabili a varie malattie» (par. 104), il che consente di esaminare se il «degrado generale dell'ambiente» – non oggetto di tutela diretta da parte della Convenzione (causa *Kyrtatos c. Grecia*, con sentenza del 22.5.2003) – abbia a sua volta compromesso uno dei diritti garantiti dalla Cedu (par. 100), con riguardo alla sfera privata e familiare di un individuo (causa *Fedayeva c. Russia*, con sentenza del 9.6.2005).

In terzo luogo, dà atto della peculiarità del *petitum* dei ricorrenti, che non è di vedersi riconoscere una riparazione economica del danno subito, ma di ottenere l'eliminazione di omissioni o carenze che sono all'origine del pregiudizio subito e tutt'ora immanente (par. 113): in particolare, la Corte riconosce che nessun rimedio giurisdizionale o amministrativo può sopperire a un *deficit* di atti normativi (par. 122) e che, in effetti, si è verificato un «pregiudizio importante» (par. 137).

Quello che sembrava un ostacolo insuperabile nascente dal tenore letterale dell'art. 8 Cedu viene spazzato via: lo Stato non può limitarsi a non interferire nella vita privata dei cittadini, ma ha l'obbligo giuridico di intervenire «con misure ragionevoli e adeguate per proteggere i diritti dell'individuo» (par. 157); obbligo che – con riguardo a un'attività produttiva pericolosa e alla salute dei lavoratori – si declina attraverso «una legislazione adattata alla specificità di tale attività, in particolare al livello di rischio che potrebbe derivarne» (par. 158).

Chiarita la sua «missione fondamentale» (par. 134) e preso atto della minor necessità nelle società complesse di distinguere rigidamente l'ambiente di vita e di lavoro, la Corte pone alcuni paletti, idonei a non alimentare aspettative eccessive circa i suoi effettivi poteri.

Compete agli Stati ricercare il giusto equilibrio tra interessi individuali e collettivi (par. 157), con la precisazione che interesse collettivo è non solo quello alla produzione (e, *sub specie*, all'occupazione), ma anche – e soprattutto – alla salute e alla salvaguardia dell'ambiente (specie se di lavoro).

In questo senso, va riconosciuto allo Stato «un certo margine di apprezzamento» e, cioè, una discrezionalità sulle modalità di intervento e sulla scelta di «misure di ordine pratico» (par. 158), ovviamente nel rispetto dei principi della Convenzione.

Non è la Corte l'organismo che può essere chiamato a supplire a carenze dello Stato e a «determinare precisamente le misure che sarebbero state necessarie nella fattispecie per ridurre in maniera più efficace il livello dell'inquinamento» (par. 160).

Non è la Corte che può fare propria – ad esempio – la richiesta dei ricorrenti di sospendere la produzione in sei settori (par. 176): scelta che avrebbe comportato pesanti ricadute anche sui livelli occupazionali e interferenze con i programmi del Governo in materia.

Ciò che la Corte ritiene di poter fare è verificare se lo Stato abbia adottato e attuato le misure antinquinamento che, nella sua discrezionalità, ha ritenuto di indi-

viduare come rispondenti al «giusto equilibrio» tra i diritti e gli interessi (anche lavorativi) coinvolti (par. 161).

La disamina, pur nei ristretti confini delineati, è impietosa: «i progetti finora messi a punto non hanno prodotto gli effetti auspicati» (par. 166) e ciò ha determinato un *deficit* di effettività; la situazione di inquinamento ambientale si protrae; il ricordato «giusto equilibrio» non è stato raggiunto ma nemmeno correttamente perseguito, e ciò a causa di una dilazione eccessiva dei tempi di intervento e di realizzazione delle misure previste.

La Corte riconosce che una componente importante di dette disfunzioni è legata al mutamento della proprietà del complesso industriale, ma trova non giustificabile che la realizzazione del piano ambientale del 2014 sia stato prorogato – al momento – fino all'agosto 2023 (par. 68).

Avendo constatato che «le autorità nazionali hanno omesso di adottare tutte le misure necessarie per assicurare la protezione effettiva del diritto degli interessati al rispetto della loro vita privata», la Corte – con pronuncia unanime – ha accolto il ricorso, ha dichiarato la violazione dell'art. 8 Cedu e ha condannato l'Italia al pagamento delle spese processuali ma non a una riparazione specifica del danno morale subito dai ricorrenti, valutando idoneo a tal fine il (solo) fatto che la Corte abbia dato loro ragione riconoscendo la violazione della Cedu.

L'aver escluso una riparazione pecuniaria e l'aver affermato che la constatazione della violazione «rappresenta di per sé un'equa soddisfazione» è un approdo consentito dalla procedura avanti la Corte, ma che – nel caso di specie – rappresenta un giocare d'anticipo rispetto alla possibile proliferazione di ricorsi e, quindi, al delinearsi di carichi di lavoro non governabili.

Nel momento in cui le ragioni della condanna sono date dalla «proroga continua» (par. 146) e dalla «estrema lentezza» del piano di risanamento (par. 167) – in costanza dello svolgimento dell'attività produttiva –, appare evidente non solo che la Corte non si dichiara (e non è) in grado di impartire «raccomandazioni dettagliate e a contenuto precettivo» come quelle volute dai ricorrenti e risolventesi nella chiusura immediata dei reparti più inquinanti (par. 180), ma che non ha censure da muovere al piano ambientale approvato dalle autorità nazionali, se non limitatamente ai tempi di attuazione, implicitamente riconoscendolo idoneo ad assicurare la protezione ambientale e sanitaria (par. 181).

I limiti della decisione si estrinsecano in questa dichiarazione di impotenza e di incompetenza, solo attutita dal rinvio al Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa che ha il compito di indicare al Governo convenuto le misure da adottare «per assicurare l'esecuzione di questa sentenza»).

La Corte non è in grado di specificare i tempi massimi entro i quali vanno realizzate la bonifica dei siti e una produzione non più inquinante, e deve limitarsi ad auspicare che ciò avvenga «nel più breve tempo possibile» (par. 181), salvaguardando l'ambiente, la salute dei lavoratori, i livelli occupazionali e una produzione ritenuta strategica.

A ben vedere si ripresenta, attraverso la giurisprudenza della Corte, una situazione già rinvenibile sul piano normativo convenzionale ma non traducibile in termini netti e perentori: il non poter fissare (o veder fissato) un termine «equo», «congruo» o «ragionevole» che sia potrebbe – sul piano pratico – consentire qualunque termine.

Resta il dato oggettivo (e innegabile) che la sentenza *de qua* ha condannato la mora del legislatore rispetto ai compiti di tutela dell'ambiente e della salute e di contenimento dell'esplicitarsi dell'iniziativa economica privata con modalità socialmente inaccettabili.

È presto per dire se e in che misura tale sentenza possa svolgere un ruolo propulsivo e risolutivo per un intervento già imposto dalla piena consapevolezza della situazione di degrado ambientale e di pregiudizio della salute collettiva.

Vi è solo da ricordare che il legislatore, prima di violare l'art. 8 Cedu, si è reso inadempiente rispetto agli obblighi posti dall'art. 2 Cost. (sotto il profilo della garanzia di diritti inviolabili come quello alla salute) e dall'art. 3 Cost. (da cui nasce il compito di adottare interventi normativi per rimuovere situazioni giuridiche e fattuali che rendono i cittadini meno liberi e meno uguali).

Lo aveva ricordato C. cost. 23.3.2018 n. 58, censurando – questa volta nel merito (D'Aponte 2018, 39) – le scelte legislative troppo sbilanciate, nel selezionare i beni giuridici meritevoli di tutela, a favorire la produzione e, sotto un certo profilo, il mantenimento dei livelli occupazionali, ma – al contempo – insensibili a un diritto al lavoro (art. 4 Cost.) che si svolga in un ambiente sicuro, dentro e fuori dei luoghi di lavoro (Del Punta 1997, 183).

Gli impianti industriali di Taranto possono essere un laboratorio giuridico ideale per sperimentare tecniche di tutela idonee a ricondurre l'attività produttiva nei parametri di cui all'art. 41, c. 2, Cost., ma è inaccettabile che lavoratori e popolazione locale continuino a fungere da cavia in attesa dei «programmi» che il legislatore è chiamato ad adottare «ai fini sociali» (art. 41, c. 3, Cost.) e della loro effettiva attuazione.

Riferimenti bibliografici

- D'Aponte M. (2018), *La tutela della salute del lavoratore dopo il Jobs Act*, Giappichelli, Torino.
- Del Punta R. (1997), *Diritti e obblighi del lavoratore: informazione e formazione*, in Montuschi L. (a cura di), *Ambiente salute e sicurezza*, Giappichelli, Torino, 157 ss.
- Pascucci P. (2013), *La salvaguardia dell'occupazione nel decreto «salva Ilva». Diritto alla salute vs. diritto al lavoro?*, in *DLM*, n. 3, 671 ss.
- Pulitanò D. (2012), *Riflessioni sul caso Ilva*, in *Ius-17*, n. 3, 151 ss.
- Tullini P. (2012), *I dilemmi del caso Ilva e i tormenti del giuslavorista*, in *Ius-17*, n. 3, 163 ss.
- Vallebona A. (2013), *Per l'Ilva non basta neppure la Corte costituzionale*, in *MGL*, n. 7, 495 ss.

Stefano Maria Corso
Assegnista di ricerca
presso l'Università di Urbino

CASSAZIONE, 13.3.2019, n. 7167 – Pres. Nobile, Est. Negri Della Torre, P.M. Mastroberardino (conf.) – V. Srl (avv.ti Diurni, Santigli) c. S.A. (avv. Sodani).

Conf. Corte d'Appello di Roma, 20.7.2017.

Licenziamento individuale – Licenziamento per g.m.o. – Manifesta insussistenza del fatto – Art. 18, c. 7, St. lav. – Nozione – Sanzione ex art. 18, c. 4, St. lav. – Unica tutela applicabile – Discrezionalità del giudice – Non sussiste.

Ricorre l'ipotesi della «manifesta insussistenza del fatto», di cui al c. 7 dell'art. 18 St. lav., come novellato dalla l. n. 92/2012, allorché il nesso causale tra il riassetto organizzativo e la soppressione del posto di lavoro occupato dal lavoratore licenziato sia eliso da una condotta del datore di lavoro obiettivamente e palesemente artificiosa, in quanto diretta all'esercizio di un potere di selezione arbitraria del personale da licenziare, come tale integrante il presupposto per la tutela di cui al c. 4 del predetto art. 18, che costituisce in tal caso l'unica tutela applicabile, senza margine di ulteriore discrezionalità per il giudice. (1)

(1) MANIFESTA INSUSSISTENZA DEL FATTO POSTO
A BASE DEL LICENZIAMENTO E (NON) DISCREZIONALITÀ
DEL GIUDICE CIRCA LA TUTELA APPLICABILE

1. — La controversia in esame trae origine dall'impugnazione, proposta da parte di una lavoratrice, del provvedimento di licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato dall'azienda in ragione – stando a quanto dedotto dalla stessa parte datoriale – della soppressione del reparto a cui questa era addetta.

Nel corso dello svolgimento dei primi due gradi di giudizio è emerso che l'adibizione della lavoratrice al reparto di ultimo impiego era stata disposta in esubero rispetto all'ordinario livello dimensionale dello stesso, il quale era stato poi soppresso in conseguenza di un riassetto organizzativo e produttivo che ne aveva previsto l'esternalizzazione.

Sulla base di tali osservazioni, il Tribunale aveva ritenuto il recesso del datore di lavoro viziato da motivo illecito determinante, mentre la Corte d'Appello, in parziale riforma della sentenza di primo grado, aveva stabilito che, nel caso di specie, non fosse ravvisabile il giustificato motivo oggettivo di licenziamento perché manifestamente insussistente.

Più nello specifico, la Corte territoriale ha affermato che nella vicenda, valutata nella sua complessità e alla luce «dell'arbitrio ravvisabile nella condotta datoriale», dell'assenza di un effettivo collegamento tra il riassetto e la soppressione del posto oltre che della violazione dell'obbligo di *repechage*, era ravvisabile la manifesta insussistenza del fatto integrante il dedotto giustificato motivo oggettivo con conseguente applicazione della tutela di cui al c. 4.

La Cassazione, nel confermare la sanzione disposta e dunque avvalorando l'interpretazione adottata dalla Corte d'Appello di Roma, ha peraltro fornito un'importante precisazione relativa al nuovo regime sanzionatorio del recesso del datore di lavoro per giustificato motivo oggettivo *ex art.* 18 St. lav. (come modificato dalla l. n. 92/2012), escludendo la discrezionalità del giudice nell'applicazione o meno della sanzione reintegratoria in caso di manifesta insussistenza del fatto posto a base del g.m.o.

Con la sentenza che si annota, quindi, la Cassazione torna ad affrontare la problematica relativa ai criteri di applicazione della tutela reintegratoria prevista ai sensi dell'art. 18, c. 7, St. lav. Tale disposizione, come noto, prevede che il giudice «Può altresì applicare la predetta disciplina», cioè può disporre la condanna del datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro oltre al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto per un importo non superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto, «nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo».

Fin dall'entrata in vigore di tale norma si è sviluppata un'ampia discussione sull'esatta declinazione degli elementi in base ai quali valutare il carattere manifesto dell'insussistenza del fatto, da un lato, e sull'estensione dell'eventuale discrezionalità che sarebbe riservata al giudice (in virtù di quel «può altresì applicare» che compare nella norma) in ordine alla scelta della condanna da comminare a seguito dell'accertata manifesta insussistenza, dall'altro. In particolare, sia in dottrina che in giurisprudenza hanno trovato spazio diverse – e in certi casi diametralmente opposte – proposte interpretative e applicative della prescrizione sopra indicata.

Infatti, con riferimento al primo profilo, ovvero quello della rilevanza dell'aggettivo «manifesta», parte della dottrina ha sostenuto che tale aggettivo aggiunto al requisito dell'insussistenza del fatto, già prevista dal precedente comma e sanzionata con la sola tutela indennitaria, è privo di qualsiasi rilevanza reale e pertanto non sarebbe sufficiente a giustificare la previsione di una sanzione più gravosa rispetto a quella prevista per i casi di insussistenza. L'assunto, secondo questa parte della dottrina, si fonderebbe sulla circostanza per cui un fatto può essere sussistente ovvero non sussistente, senza alcun ulteriore margine di specificazione circa la non esistenza; per tale ragione, se non vi è la possibilità di ulteriore distinzione tra fatti ugualmente inesistenti non vi dovrebbe essere, conseguentemente, nessuna possibile distinzione di tutele applicabili (Al riguardo si veda: Maresca 2012, 443; Persiani 2012, 67).

Di contro, invece, secondo altra parte della dottrina, la differenza tra i fatti non sussistenti e i fatti manifestamente insussistenti sarebbe valida e risiederebbe nell'assoluta pretestuosità dei licenziamenti basati sui secondi. In altre parole, secondo tale parte della dottrina, l'insussistenza manifesta sarebbe quella facilmente riconoscibile perché il fatto addotto quale giustificazione del licenziamento sarebbe palesemente inverosimile, affetto da una irrealtà talmente evidente da non necessitare l'espletamento di nessuna istruttoria. Secondo tale prospettiva, proprio il carattere di irrealtà e pretestuosità del fatto posto alla base del licenziamento giustificerebbe la previsione di una sanzione più gravosa a carico del datore di lavoro (Sul punto: Perulli 2012, 794; Speciale 2013, 305 ss.).

Peraltro, con riferimento al secondo profilo, ovvero in ordine all'interpretazione della locuzione «[il giudice] può altresì applicare», vi è chi ha sostenuto – tentando di

ridimensionare, al contempo, la questione relativa alla rilevanza dell'aggettivo «manifesta» – che il giudice, proprio in virtù della formulazione letterale, possa discrezionalmente, e senza alcun obbligo in tal senso, applicare la tutela reintegratoria in luogo di quella indennitaria (Ad esempio: Marazza 2012, 628), in opposizione a coloro che, volendo evidenziare e valorizzare la scelta del legislatore di sanzionare insussistenze «più evidenti» con sanzioni più gravi, ritengono la tutela reintegratoria come l'unica applicabile in caso di licenziamento fondato su un fatto manifestamente insussistente (In questo senso: Maresca 2012, 445; Speciale 2013, 305 ss.).

In corrispondenza a tali orientamenti contrastanti in dottrina, anche la giurisprudenza ha nel tempo assunto – specialmente in ordine all'eventuale discrezionalità di scelta conferita al giudice circa la tutela applicabile – posizioni confliggenti. Invero, sebbene per quanto riguarda l'individuazione dei caratteri propri della «manifesta insussistenza» la Suprema Corte sembra aver – seppure con sfumature diverse – delineato con sufficiente chiarezza i criteri o comunque le caratteristiche di un licenziamento fondato su un fatto manifestamente insussistente, per quanto riguarda l'interpretazione della locuzione «può altresì applicare» la Corte non pare ancora orientarsi su posizione consolidata.

Infatti, ripercorrendo le decisioni che sono state assunte a seguito della riforma dell'art. 18 St. lav., si osserva che nelle prime sentenze intervenute – di merito e di legittimità (In particolare, tra le altre: T. Roma 19.3.2013, ord., Cass. 8.7.2016, n. 14021, in *GDir.*, 2016, n. 33, 43 ss., e Cass. 14.7.2017, n. 17528, in *GDir.*, 2017, n. 33, 68 ss.) – i giudici ritenevano che il «può» previsto dalla norma dovesse interpretarsi in realtà come «deve», non ritenendo coerente con la *ratio* della norma la circostanza di far dipendere dalla valutazione del singolo giudice, e nel singolo caso, la possibilità che il rapporto si risolvesse, anche in assenza palese del fatto posto a fondamento della sua risoluzione, ovvero che il rapporto proseguisse, in reazione della palese assenza del fatto.

In altri termini, alla luce di un sistema normativo in cui alla sussistenza o meno del fatto posto alla base del licenziamento coincide il diritto o meno del lavoratore di vedersi reintegrato nel posto di lavoro da cui era stato estromesso, quelle sentenze escludevano che nei casi in cui la insussistenza del fatto fosse addirittura manifesta potesse residuare la possibilità che il lavoratore non venisse reintegrato sulla base di una valutazione discrezionale del giudicante. Secondo tale prospettiva, infatti, sembrava paradossale che nei casi in cui la insussistenza del fatto giustificativo del licenziamento avesse una connotazione «più grave» la sanzione applicabile potesse essere «più lieve».

Tuttavia, con sentenza n. 10435 del 2.5.2018, la Suprema Corte assumeva un'interpretazione di avviso totalmente contrario alle precedenti, affermando che la formulazione di cui al comma 7 dell'art. 18 St. lav. assegna al giudice la duplice e alternativa possibilità di condannare il datore di lavoro alla reintegrazione ovvero alla sola corresponsione di una indennità in favore del lavoratore illegittimamente licenziato. In tale pronuncia, che espressamente ammoniva il licenziamento per manifesta insussistenza come assoggettabile – *ex lege* – a diverse sanzioni e che «la soluzione esegetica da privilegiare non può prescindere dal tenore lessicale della disposizione», la Corte ha sostenuto l'esistenza di un potere discrezionale in capo al giudice, da esercitare – fornendo adeguata motivazione al riguardo – facendo ricorso ai principi generali del diritto civile, che vengono così a configurarsi come parametro di riferimento.

Nello specifico, con la pronuncia anzidetta, si osservava che, in assenza di criteri o indicazioni legislative «per stabilire in quali occasioni il giudice possa attenersi al regime sanzionatorio più severo o a quello meno rigoroso», diveniva onere dell'interprete individuare i criteri per esercitare tale potere. Nell'occasione, la Corte ha individuato, sulla scorta dei principi di ragionevolezza e dei principi dell'ordinamento in materia di risarcimento del danno, il criterio della eccessiva onerosità di cui agli artt. 1384 e 2058 c.c., «al quale il codice civile fa riferimento nel caso in cui il giudice ritenga di sostituire il risarcimento per equivalente alla reintegrazione in forma specifica». Così disponendo, dunque, la Corte ha «limitato» la portata della disposizione prevista dal comma 7 dell'art. 18 St. lav., affermando che la tutela reintegratoria è applicabile purché essa stessa non sia incompatibile con la struttura che l'azienda ha assunto successivamente al licenziamento ritenuto illegittimo e purché il ripristino del rapporto non sia eccessivamente oneroso per l'azienda; in caso contrario, il giudice dovrebbe optare per l'applicazione della sola tutela indennitaria in favore del lavoratore ingiustamente estromesso dal posto di lavoro.

Senonché, a breve distanza dalla pubblicazione della decisione anzidetta, il Supremo Collegio, con la pronuncia in annotazione, torna a promuovere un netto richiamo alla prima interpretazione adottata dalla stessa Corte, confermando le profonde incertezze interpretative che ancora albergano sul punto. Infatti, in assoluta antitesi con quanto affermato con la sentenza n. 10435/2018, la Corte espressamente afferma che «l'espressione "può altresì applicare" [...] non assegna al giudice un margine ulteriore di discrezionalità (tra casi reputati meritevoli della più severa sanzione per la loro estrema gravità e casi che, pur rilevandosi compresi anch'essi nell'identico e comune ambito di eccezione, non siano considerati tali), posto che, ove il fatto sia caratterizzato dalla "manifesta insussistenza", è unica, e soltanto applicabile, la protezione del lavoratore rappresentata dalla disciplina di cui al c. 4».

In altre parole, la Corte sembra volere aderire a quella interpretazione per cui il «potere» riconosciuto al giudice *ex* art. 18, c. 7, St. lav. debba in verità considerarsi un «dovere», in analogia a quanto unanimemente accade con riferimento ad altre norme dell'ordinamento in cui il legislatore ha utilizzato il medesimo termine come sinonimo di «deve».

In questo senso, a titolo esemplificato, può osservarsi l'art. 1421 c.c., in cui si prevede che «la nullità del contratto può essere rilevata d'ufficio dal giudice»; al riguardo è stato da più parti evidenziato che, sebbene il legislatore abbia utilizzato il termine «può», non vi sono dubbi che il giudice, qualora ravvisi che il contratto è affetto da nullità, debba senza alcuna discrezionalità provvedere nella conseguente declaratoria e non valutare se la stessa debba essere rilevata o meno.

Uguualmente, nello stesso senso, si può osservare l'art. 2057 c.c., in cui è disposto che in caso di danni a carattere «permanente la liquidazione può essere fatta dal giudice, tenuto conto delle condizioni delle parti e della natura del danno»; ebbene, anche in tale caso, appare evidente che l'utilizzo del «può» sottintende, di fatto, il dovere per il giudice di provvedere alla liquidazione del danno, una volta che la sussistenza di questo sia stato accertato.

D'altra parte, in questa analisi, appare doveroso altresì osservare come, nei casi in cui il legislatore abbia voluto riconoscere un potere discrezionale in capo al giudice chiamato a risolvere la controversia, lo stesso abbia stabilito e previsto anche i criteri per l'esercizio del relativo potere, cosa che non avviene nell'art. 18, c. 5, St. lav.

Riferimenti bibliografici

- Caruso B. (2017), *La fattispecie «giustificato motivo oggettivo» di licenziamento tra storie e attualità*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 323, 1 ss.
- Ferraresi M. (2018), *Recenti sviluppi del dibattito sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *DRI*, n. 2, 531 ss.
- Marazza M. (2012), *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *ADL*, n. 3, 625 ss.
- Maresca A. (2012), *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, n. 2, I, 443 ss.
- Persiani M. (2012), *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, n. 1, 67.
- Perulli A. (2012), *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *ADL*, n. 4-5, 794 ss.
- Speziale V. (2013), *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in Chieco P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012*, Cacucci, Bari.
- Speziale V. (2014), *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza – parte I*, in *RGL*, n. 2, I, 369 ss.
- Santoro Passarelli G. (2015), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *DRI*, n. 1/XXV, 1 ss.

Giovanni Guglielmo Crudeli
*Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Chieti-Pescara «Gabriele d'Annunzio»*

CASSAZIONE, 20.2.2019, n. 4951 – Pres. Bronzini, Est. Ponterio, P.M. Mastroberardino (conf.) – Ssf soc. coop. (avv.ti Musti, Fortunat) c. C.D. (avv. Maggiani).
Conf. Corte d'Appello di Genova, 10 giugno 2016.

Cooperative di lavoro – Socio lavoratore – Lavoro subordinato – Trattamento retributivo – Contratto collettivo – Settore – Maggiore rappresentatività comparata.

Ai fini della determinazione del trattamento retributivo da corrispondere al socio lavoratore subordinato di cooperativa occorre fare riferimento al Ccnl di settore sottoscritto dalle organizzazioni sindacali e dalle associazioni datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale senza che possa rilevare il riferimento a un Ccnl differente contenuto nel regolamento della cooperativa. (1)

(1) IL TRATTAMENTO RETRIBUTIVO DEL SOCIO LAVORATORE
SUBORDINATO DI COOPERATIVA

1. — Con la pronuncia in commento, la Corte di Cassazione si esprime in merito al trattamento retributivo che deve essere riconosciuto al socio lavoratore subordinato di cooperativa in presenza di una pluralità di contratti collettivi astrattamente applicabili.

La pronuncia trae origine dal ricorso proposto – per ottenere il pagamento di differenze retributive – da una lavoratrice che, a fronte di una successione nell'appalto di guardiania cui era addetta, veniva assunta dalla cooperativa subentrante con il riconoscimento di una retribuzione inferiore a quella goduta in precedenza. Differenza che veniva giustificata dalla cooperativa in ragione dell'applicazione di una differente contrattazione collettiva, e, in particolare, del Ccnl portieri e custodi in luogo del Ccnl multiservizi applicato dalla precedente datrice di lavoro.

La decisione con cui il Tribunale di Genova respingeva il ricorso della lavoratrice veniva riformata dalla Corte d'Appello di Genova. A seguito dell'impugnazione proposta dalla cooperativa, la vicenda era oggetto di vaglio da parte della Corte di Cassazione, che confermava la sentenza di secondo grado sul presupposto che le disposizioni normative in materia impongono alle società cooperative di riconoscere ai propri soci lavoratori subordinati un trattamento retributivo in linea con quello del Ccnl per il settore più affine stipulato dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative.

Tra le materie specificamente regolate dalla l. n. 142/01 («Revisione della legislazione in materia cooperativistica, con particolare riferimento alla posizione del socio lavoratore») vi è, infatti, il trattamento economico spettante al socio lavoratore (In argomento, si vd. Cataudella 2015). L'art. 3, c. 1, prevede, nello specifico, che le società cooperative debbano corrispondere ai propri soci lavoratori un trattamento economi-

co complessivo che – oltre a essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato – non deve essere inferiore ai minimi previsti, per prestazioni analoghe, dalla contrattazione collettiva nazionale del settore o della categoria affine. Al socio lavoratore subordinato di cooperativa dovrà, quindi, trovare applicazione il trattamento economico stabilito nel Ccnl sottoscritto dalle associazioni di rappresentanza delle cooperative. In mancanza, occorrerà fare riferimento al Ccnl applicabile alle società lucrative del medesimo settore e/o categoria merceologica.

L'art. 7, c. 4, d.l. n. 248/2007 (conv. con mod. dalla l. n. 31/2008), ha a sua volta stabilito che, in presenza di una pluralità di Ccnl nella medesima categoria, le cooperative applicano ai propri soci lavoratori un trattamento economico complessivo non inferiore a quello dettato dal Ccnl stipulato dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria. Per valutare la correttezza del trattamento economico riconosciuto al socio lavoratore occorre anzitutto verificare che lo stesso sia riferibile a un Ccnl del settore. Appurata tale circostanza, è necessario vagliare la rappresentatività delle organizzazioni sindacali e datoriali firmatarie dello stesso.

Nel caso in esame, la Corte di Cassazione ha ritenuto che il Ccnl portieri e custodi non potesse trovare applicazione, essendo, invece, il Ccnl multiservizi invocato dalla lavoratrice l'unico da prendere in considerazione. A parere della Suprema Corte, la contrattazione collettiva applicata dalla cooperativa – oltre a essere riferibile a un settore differente, essendo applicabile ai lavoratori dipendenti da proprietari di fabbricati e operanti in amministrazioni immobiliari e condominiali – non poteva considerarsi maggiormente rappresentativa. Con riferimento a tale ultimo profilo, il Collegio sostiene che, seppur sottoscritto dalle federazioni aderenti a Cgil, Cisl e Uil, tale Ccnl non potrebbe essere considerato comparativamente più rappresentativo in quanto, sul versante datoriale, è stato sottoscritto dalla sola Confedilizia. Tenuto conto che il Ccnl portieri e custodi non avrebbe dovuto assumere rilievo, essendo dettato per un settore differente, non si comprende fino in fondo la ragione che abbia spinto la Suprema Corte a valutarne la rappresentatività. Peraltro, il Collegio non argomenta le ragioni che la fanno propendere per escludere la rappresentatività di Confedilizia, tanto che tale circostanza sembra essere considerata quasi quale un fatto notorio.

Non è stata, invece, oggetto di scrutinio da parte della Corte di Cassazione la richiesta della cooperativa tesa all'applicazione, in subordine, del Ccnl servizi fiduciari, perché dedotta per la prima volta solo in sede di legittimità e, comunque, in ragione del fatto che tale Ccnl è stato stipulato l'8.4.2013, e quindi successivamente al periodo oggetto del giudizio (Con riferimento al Ccnl servizi fiduciari, si vd. T. Milano 30.6.2016 e C. App. Milano 28.12.2017, in *GLav.*, 2018, n. 20, 52 ss., secondo cui i trattamenti retributivi previsti da tale Ccnl non rispettano i requisiti di cui all'art. 36 Cost.).

Quello del pluralismo contrattuale è un fenomeno tipico nella cooperazione. Accanto a quella sottoscritta dalle confederazioni sindacali e dalle centrali cooperative sussiste, infatti, una differente contrattazione collettiva – posta in essere da organizzazioni sindacali e datoriali caratterizzate spesso da dubbia rappresentatività – che riconosce ai lavoratori trattamenti normativi ed economici di gran lunga inferiori (In tema si vd. Pera 1997). A fronte di ciò, in presenza di più contratti collettivi applicabili, il legislatore esprime una preferenza per quelli sottoscritti dalle organizzazioni sindacali

(e dalle associazioni datoriali) comparativamente più rappresentative. Tale scelta non fa venir meno la libertà sindacale delle organizzazioni sindacali minoritarie, limitandone, però, la libertà per quanto riguarda i livelli retributivi da garantire ai soci lavoratori.

La Cassazione, nella sentenza in esame, mette in luce che, seppur la fissazione dei trattamenti retributivi sia, di regola, attribuita alla contrattazione collettiva, nulla impedisce un intervento in materia del legislatore, che può esplicarsi sia attraverso la fissazione di un salario minimo che per il tramite di un rinvio a una specifica contrattazione collettiva, come per l'art. 7, c. 4, d.l. n. 248/2007.

La legittimità di tale preferenza è stata confermata da C. cost. 1.4.2015, n. 51 (In *ADL*, 2015, II, 928 ss., con nota di Laforgia, nonché di Barbieri in *RGL*, 2015, II, 493 ss., di Vallebona in *MGL*, 2015, 490 ss., e di Schiuma in *DRI*, 2015, 823 ss. In tema si vd., inoltre, C. cost. 29.3.2013, n. 59, in *ADL*, 2013, II, 1381 ss., con nota di Vacchiano, nonché di Imberti in *DRI*, 2013, 779 ss.), che, vagliando il presunto contrasto tra l'art. 7, c. 4, d.l. n. 248/2007, e l'art. 39 Cost. ha individuato nel primo un mero richiamo – ai sensi dell'art. 36 Cost. – al Ccnl quale parametro esterno e indiretto di valutazione della compatibilità della retribuzione corrisposta e non, invece, quale strumento teso a estendere *erga omnes* l'efficacia di contratti collettivi di diritto privato.

Pertanto, il trattamento economico riconosciuto dai Ccnl comparativamente più rappresentativi non rileva solo ai fini retributivi. La disciplina sul cd. minimo contributivo virtuale (Art. 1, c. 1, d.l. n. 338/1989, come interpretato autenticamente dall'art. 2, c. 5, l. n. 549/1995) prevede, ancora una volta, che – in presenza di più Ccnl astrattamente applicabili – la base di calcolo dei contributi previdenziali non possa essere inferiore alla retribuzione stabilita dal Ccnl sottoscritto dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative nella categoria (In tema si vd., da ultimo, Tar Lazio, 7.8.2014, n. 8865, S. III-*bis*, in *ADL*, 2014, II, 1488 ss., con nota di Putignano).

Non va dimenticata, poi, tutta quella legislazione che, in vario modo, ha previsto – subordinandovi il godimento di benefici di diversa natura – l'obbligo di applicazione della contrattazione collettiva comparativamente più rappresentativa o, più correttamente, di un trattamento economico e normativo non inferiore a quello dalla stessa contemplato (Si vd., in particolare, la disciplina in tema di benefici normativi e contributivi di cui all'art. 1, c. 1175, l. n. 296/2006).

Il *dumping* contrattuale, peraltro, è stato, di recente, oggetto di notevole attenzione anche da parte dell'Ispettorato nazionale del lavoro (Si vd. le circolari n. 3/2018, n. 4/2018 e n. 7/2019, nonché il comunicato stampa «Applicazione Ccnl e tutela lavoratori» del 20 giugno 2018).

A prescindere da ciò, però, resta il fatto che i Ccnl minoritari potranno continuare a trovare applicazione con riferimento a tutti gli istituti contrattuali diversi dal trattamento retributivo in senso stretto, con il più che fondato rischio che la concorrenza da parte delle organizzazioni minoritarie si sposti dal piano meramente retributivo a quello della flessibilità nella gestione del rapporto di lavoro.

Risulta, quindi, sempre più necessario predisporre meccanismi di misurazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali e delle associazioni datoriali. Con tale obiettivo, il 28.7.2015, Agci, Confcooperative e Legacoop hanno sottoscritto con

Cgil, Cisl e Uil un Accordo interconfederale teso a regolare, tra l'altro, la misurazione e certificazione della rappresentatività sindacale. Con il recente Accordo interconfederale del 12.12.2018 è stata condivisa la necessità di individuare criteri di misurazione della rappresentatività anche per le associazioni datoriali. La concorrenza non si verifica, infatti, esclusivamente sul lato sindacale. Sovente, nel medesimo settore, coesistono due o più differenti Ccnl, sottoscritti da soggetti che differiscono sia sul lato sindacale che su quello datoriale.

Tale concorrenza contrattuale non riesce, però, a trovare una soluzione nella disciplina interconfederale che, stante la sua efficacia meramente *inter partes* (In tal senso si è espresso T. Roma 20.5.2015, S. civ. III, ord., in *DRI*, 848 ss., con nota di Ferraresi), non può vincolare le organizzazioni minoritarie in assenza di una loro espressa e spontanea adesione.

Il pluralismo contrattuale – tipico del settore cooperativo, ma che ormai riguarda quasi tutti i settori (Si vd. Ciucciuvino 2018) – evidenzia tutti i limiti e le incongruenze di un sistema sindacale «di fatto», che garantisce alle organizzazioni minoritarie la possibilità di operarvi all'interno (o meglio, ai margini) senza riconoscerne le regole. L'attuazione dell'art. 39 Cost. e la predisposizione di meccanismi di misurazione della rappresentanza applicabili *erga omnes* appaiono, quindi, ormai non più ulteriormente differibili.

Le stesse parti sociali sembrano ben conscie di tale necessità, tanto che, nel già richiamato Accordo interconfederale del 12.12.2018, riconoscono che l'individuazione di criteri di misurazione della rappresentatività delle parti sociali è un'esigenza che andrebbe soddisfatta sul piano normativo, chiedendo al legislatore un recepimento in legge della disciplina interconfederale. Analoga presa di coscienza, così come l'impegno alla misurazione della rappresentatività datoriale, sono contenuti nel cd. Patto della Fabbrica sottoscritto il 28.2.2018 da Confindustria, Cgil, Cisl e Uil (Su cui si vd. Bordogna 2019, Serrano 2018 e Di Noia 2018). Ad accomunare gli accordi è anche l'individuazione del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro quale soggetto istituzionale chiamato ad accompagnarle in questo percorso.

Non stupisce, quindi, che sia stato proprio il Cnel – con la recente presentazione del d.d.l. Senato n. 1232/2019 «Codice unico dei contratti collettivi nazionali di lavoro» – ad aver fatto il primo passo nella direzione indicata dalle parti sociali. In particolare, il d.d.l. prevede che il Cnel (d'intesa con l'Inps) definisca, per ogni contratto e accordo collettivo nazionale di lavoro depositato nell'apposita banca dati tenuta dal Cnel stesso, un codice unico di identificazione (cd. codice Ccnl). Attraverso le denunce UniEmens effettuate mensilmente dal datore di lavoro, in cui il codice Ccnl andrà obbligatoriamente inserito, l'Inps e il Cnel potranno monitorare i dati relativi all'applicazione di ogni singolo Ccnl, potendo così sopperire all'assenza di dati in merito alla rappresentatività delle organizzazioni sindacali e datoriali attraverso la misurazione di quella dei singoli Ccnl.

Riferimenti bibliografici

- Bordogna L. (2019), *L'Accordo Confindustria-sindacati del 9 marzo 2018 su relazioni industriali e contrattazione collettiva*, in *DLRI*, 37 ss.
Cataudella M.C. (2015), *La retribuzione del socio di cooperativa*, in *MGL*, 3 ss.

- Ciucciovino S. (2018), *Mettere ordine nella giungla dei Ccnl: un'esigenza indifferibile*, in *DLRI*, 227 ss.
- Di Noia F. (2018), *Sul «ritrovato» dinamismo del sistema di relazioni industriali: rappresentatività e assetti contrattuali dopo l'Accordo interconfederale 28 febbraio 2018*, in *DRI*, 1260 ss.
- Pera G. (1997), *Note sui contratti collettivi «pirata»*, in *RIDL*, I, 381 ss.
- Serrano M.L. (2018), *Brevi note sul Patto della fabbrica del 9.3.2018*, in *RGL*, I, 371 ss.

Gianluca Bonanomi
*Dottore di ricerca in Diritto del lavoro e relazioni industriali
presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*

CASSAZIONE, 11.2.2019, n. 3896, ord. – Pres. Napoletano, Est. Garri, P.M. Sanlorenzo (diff.) – A.S.F. Autolinee Srl (avv.ti Mioli, Morpurgo), c. F.F., M.P., T.B., V.P. (avv. Moshi).
Conf. Corte d'Appello di Milano, 17.4.2014.

Procedimento disciplinare – Lavoro subordinato – Contratto collettivo – Sanzioni disciplinari – Controllo giudiziale – Proporzionalità – Annullabilità.

Il potere di infliggere sanzioni disciplinari e di adeguarle alla gravità dell'illecito accertato rientra nel potere di organizzazione dell'impresa quale esercizio della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., onde è riservato esclusivamente al titolare di esso. Ne consegue che è precluso al giudice, chiamato a decidere circa la legittimità di una sanzione irrogata, esercitarlo anche solo procedendo a una rideterminazione della stessa che ne riduca la misura. Solo nel caso in cui l'imprenditore abbia superato il massimo edittale e la riduzione consista, perciò, in una riconduzione a tale limite, ovvero nel caso in cui sia lo stesso datore di lavoro, ricorrendo in giudizio per far accertare la legittimità della misura disciplinare comminata, a chiederne, in via graduata e previa espressa indicazione della sanzione più mite da irrogare in alternativa, la riduzione, è consentito al giudice di applicare detta sanzione minore, poiché in tal modo non è sottratta autonomia all'imprenditore e si realizza l'economia di un nuovo ed eventuale giudizio valutativo, avente a oggetto la sanzione medesima. (1)

(1) SUL POTERE DEL DATORE DI LAVORO DI DETERMINARE
LA SANZIONE E SUL RUOLO DEL GIUDICE

1. — Con la pronuncia in commento, la Corte di Cassazione ha ribadito la propria adesione, non senza apportare alcune significative novità, a un filone esegetico da lungo tempo consolidatosi in seno alla giurisprudenza di legittimità (Cfr.: Cass. 13.4.2007, n. 8910, in *LG*, 2007, n. 12, 1249 ss.; Cass. 16.8.2004, n. 15932, in *MGL*, 2004, 699 ss., con nota di Figurati; Cass. 21.5.2002, n. 7462, in *DPL*, 2009, n. 31, 1848 ss.; Cass. 16.11.2000, n. 14841, in *NGL*, 2001, 189 ss.), secondo il quale non sarebbe consentito al giudice di procedere d'ufficio a una riduzione della misura della sanzione disciplinare irrogata dal datore di lavoro ai sensi dell'art. 2106 c.c., allorché ritenuta sproporzionata rispetto alla obiettiva gravità dell'illecito accertato, al di fuori di talune limitate ipotesi, variamente delineate nelle menzionate pronunce, delle quali si darà conto nel prosieguo della nota.

Eccettuate tali ipotesi, insomma, al giudice che abbia accertato la violazione del criterio di proporzionalità non resterebbe che annullare, *sic et simpliciter*, la sanzione illegittima.

Il potere di infliggere sanzioni disciplinari e di commisurarle alla gravità dei fatti

addebitati al dipendente – talora denominato anche «potere discrezionale» (Cass. 19.2.1992, n. 2073, in *NGiur. Lav.*, 1992, 349 ss.) o «potestà» (Cass. 25.5.1995, n. 5753, in *MGL*, 1995, 601 ss., con nota di Niccolai) – costituisce, d'altronde, prerogativa esclusiva del datore di lavoro, in virtù dell'autorità gerarchica a questi riconosciuta, nella sua qualità di «capo dell'impresa», dall'art. 2086 c.c. (definizione sopravvissuta, peraltro, alla recente novella dell'articolo a opera del d.lgs. n. 14/2019, cd. «Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza»), nonché del correlativo potere di organizzazione, quale esercizio della libertà di iniziativa economica *ex* art. 41 Cost., che ne consegue.

Risulta, pertanto, inibita al giudice la possibilità di sostituirsi d'ufficio alla valutazione discrezionale operata dal datore di lavoro in sede di commisurazione della sanzione alla gravità dell'illecito disciplinare accertato, di talché il sindacato di legittimità dello stesso sulla misura irrogata deve intendersi circoscritto ai soli profili di sufficienza della motivazione e osservanza delle norme, di diritto e contrattuali. In altre parole: «è riservato all'imprenditore, che sopporta il rischio dell'impresa, di valutare il grado di dannosità dell'indisciplina del prestatore di lavoro, spettando poi al giudice non sostituirsi in quella valutazione, ma solo di sindacarne l'eccesso di potere» (Cass. 16.8.2004, n. 15932, in *MGL*, 2004, 699 ss., con nota di Figurati).

Né, del resto, l'art. 7 St. lav., pur consentendo il controllo giudiziale sulla scelta operata dal datore di lavoro in relazione alla legittimità e alla proporzionalità della sanzione, giunge a permettere la sostituzione del potere di irrogazione, lasciando alla contrattazione collettiva la possibilità di individuare le sanzioni applicabili per determinate violazioni (Ghirardi 2007, 885 ss.).

Al delineato assetto di poteri – chiarisce la Suprema Corte nella sentenza in commento – si sottrarrebbero le due ipotesi di: a) superamento del massimo editale fissato dalla contrattazione collettiva, al verificarsi del quale è consentito al giudice di ricondurre la sanzione a detto limite; b) espressa richiesta in tal senso, formulata dal datore di lavoro che, convenuto in giudizio per l'annullamento della sanzione, chieda, nell'atto di costituzione, la riduzione della sanzione, allorché questa venga reputata eccessiva rispetto alla infrazione commessa dal lavoratore.

Già intervenuta sul tema, la Cassazione aveva riconosciuto la legittimità dell'applicazione d'ufficio, all'esito del giudizio, di una sanzione minore, atteso che questa, qualora espressamente richiesta dal datore di lavoro, non ne lede l'autonomia e «realizza l'economia di un nuovo ed eventuale giudizio valutativo, avente a oggetto la sanzione medesima» (Cass. 13.4.2007, n. 8910, in *LG*, 2007, n. 12, 1249 ss.). L'accoglimento, da parte della giurisprudenza di legittimità, di tale soluzione interpretativa, consentiva, dunque, l'attuazione di un'importante istanza di economia processuale, prevenendo una assai probabile reiterazione dell'utilizzo dello strumento processuale. In precedenza, infatti, il datore di lavoro che si fosse visto annullare la sanzione in giudizio avrebbe ben potuto, in un secondo momento, irrogarne un'altra di minor gravità per i medesimi fatti, non ostando in questo caso il principio di tempestività della sanzione disciplinare (Cfr.: Cass. 25.5.1995, n. 5753, in *MGL*, 1995, 601 ss., con nota di Niccolai; Cass. 13.12.1991, n. 13455, in *GC*, 1992, 3101 ss., con nota di Papaleoni), con la conseguenza dell'instaurazione, nella gran parte dei casi, di un ulteriore giudizio avente a oggetto la nuova sanzione.

In senso opposto, una successiva pronuncia della Cassazione concludeva che: «in

siffatta evenienza, ci si troverebbe innanzi all'esercizio, da parte del giudice, d'un potere di sostanziale supplenza (per quanto sollecitato dallo stesso titolare del potere disciplinare) che potrebbe aprire la strada ad altre più impegnative forme di sostituzione della valutazione giudiziale a quella imprenditoriale (si pensi, ad esempio, alla materia dei licenziamenti collettivi e della scelta dei dipendenti da collocare in mobilità). Ciò snaturerebbe entrambe le posizioni, quella istituzionale del giudice (che da custode della legge si convertirebbe nel garante del proficuo governo dell'impresa grazie all'espletamento di funzioni sostanzialmente surrogatorie o arbitrali) e quella sociale dell'imprenditore (sollevato dalle proprie responsabilità in ordine al risultato economico e, più in generale, alle scelte delle conseguenze organizzative cui è chiamato)» (Cass. 29.10.2015, n. 22150, in *Nuovo notiziario giuridico*, 2016, 114 ss., con nota di Ponchione).

Nella vicenda che qui ci impegna, come è dato evincere dalla ricostruzione dei fatti di causa contenuta nel provvedimento, la Corte d'Appello di Milano, in riforma della sentenza emessa dal Tribunale di Como, dichiarava illegittime le sanzioni disciplinari (consistenti nella sospensione per cinque giorni dal lavoro e dalla retribuzione, ridotti a due dalla sentenza di primo grado) irrogate dalla A.S.F. Autolinee Srl a quattro dei suoi dipendenti, richiamando, in proposito, il summenzionato orientamento della giurisprudenza di legittimità. La Corte territoriale, rilevata l'eccessività della sanzione irrogata rispetto alla previsione contenuta nella norma contrattuale applicabile (art. 42, Ccnl autoferrotranvieri), disponeva la caducazione della predetta sanzione. La norma collettiva prevedeva, infatti, che la sanzione della sospensione sino a cinque giorni dal lavoro e dalla retribuzione potesse essere irrogata in caso di «volontario inadempimento dei doveri d'ufficio o per negligenza la quale abbia apportato danni al servizio o agli interessi dell'azienda». Nella fattispecie, la società aveva contestato ai lavoratori di non aver volontariamente effettuato, in una giornata lavorativa, sul mezzo a bordo del quale prestavano il proprio servizio, l'attività di controllo e strappo dei biglietti, causando un danno patrimoniale all'azienda. Detta condotta, non contestata dai lavoratori nella sua materialità, andava, tuttavia, contestualizzata nell'ambito dell'aspro conflitto sindacale esistente, di talché l'inadempimento, pur pacificamente volontario, trascendeva la sfera di valutazione dell'operato dei singoli lavoratori. A ciò si aggiunga che la mansione prevalente alla quale erano addetti gli stessi era la guida, sicché, nell'economia del sinallagma contrattuale, la condotta tenuta non poteva considerarsi connotata da una gravità tale da giustificare la misura massima della sanzione applicata.

La società adiva, allora, la Suprema Corte, con ricorso ai sensi dell'art. 360 c.p.c., deducendo, a censura dell'impugnata pronuncia, che la Corte d'Appello di Milano non avesse tenuto conto della richiesta, avanzata al giudice del lavoro dalla società medesima nel corso del primo grado di giudizio in replica alla domanda riconvenzionale dei lavoratori (i quali costituendosi avevano chiesto che fosse accertata l'illegittimità delle sanzioni irrogate), di procedere, in via graduata, alla comminazione della diversa sanzione da questi ritenuta di giustizia.

La Corte territoriale avrebbe, pertanto, indebitamente omesso di confermare la minore sanzione adottata dal Tribunale di Como in accoglimento della espressa richiesta di riduzione formulata dalla società ricorrente.

La Corte di Cassazione ha rigettato detto motivo di ricorso, evidenziando come la società, la quale aveva adito l'autorità giudiziaria per sentire accertare e dichiarare la

legittimità delle sanzioni irrogate, avesse genericamente sollecitato il giudice a una «valutazione anche diversa della congruità della sanzione rispetto al fatto» solo allorquando i lavoratori ne avevano richiesto in via riconvenzionale l'annullamento, omettendo, tuttavia, qualsivoglia precisazione in ordine alla sanzione da applicare in via alternativa. In tal modo, la società aveva demandato al giudice non solo una valutazione totalmente discrezionale in ordine al nesso di proporzionalità tra la condotta addebitata e la sanzione da irrogare, ma anche la scelta, in concreto, della misura disciplinare da adottare, invocando, di fatto, una vera e propria surrogazione giudiziale nell'esercizio di un potere – quello disciplinare – che la legge riserva al datore di lavoro.

L'anzidetto passaggio racchiude, a ben vedere, il vero elemento di novità apportato dalla pronuncia in esame rispetto ai menzionati precedenti rinvenibili nella giurisprudenza della Suprema Corte, collocandola a metà strada rispetto agli orientamenti emersi con Cass. n. 8910/2007 e Cass. n. 22150/2015. Pur accogliendo la possibilità dell'applicazione giudiziale di una sanzione minore in luogo di quella sproporzionata comminata dal datore di lavoro, la S.C. introduce, infatti, margini più stringenti all'esercizio del relativo potere, subordinandolo all'espressa indicazione, da parte datoriale, di una misura alternativa, sì che alcuno spazio di discrezionalità in ordine al *quantum* della sanzione più mite da applicare sia concretamente demandato al giudice.

Tale ultimo approdo si pone in linea con l'orientamento storicamente prevalente in dottrina in materia di «sproporzionalità punitiva» (Tenore 2015, 831), da sempre favorevole all'esperibilità del potere di conversione giudiziale, sulla scorta di differenti operazioni ricostruttive in punto di diritto. Una più risalente dottrina concludeva in tal senso argomentando dell'applicabilità per via analogica del potere di *reductio ad aequitatem* ex art. 1384 c.c. (Assanti 1963, 131; D'Avossa 1989, 204). Un altro indirizzo, parimenti datato, ammetteva, diversamente, la conversione in base alle norme sull'arbitraggio (art. 1349 c.c.) che attribuiscono al giudice il potere di determinare la qualità-quantità della sanzione (Corrado 1969, 304). La ricostruzione prevalente, infine, faceva applicazione dell'art. 1424 c.c., che consente la conversione del contratto nullo per difetto totale o parziale della causa (Bruni 1988, 126 ss.; Pera 1972, 83). Detta soluzione è stata, invero, espressamente esclusa dalla S.C. con sentenza n. 8910/2007, laddove la stessa ha affermato che: «Istituti come la riduzione d'ufficio della penale (art. 1384 c.c.; Cass. 13.9.2005, n. 18128, S.U., in *FI*, 2005, n. 1, 2985 ss.) o come la conversione del contratto nullo (art. 1424 c.c.) sono estranei al tema disputato sia perché la sanzione disciplinare, a differenza della penale nel contratto, non ha funzione risarcitoria, sia perché la sanzione eccessiva non è equiparabile al negozio giuridico nullo e del resto la conversione giudiziale presuppone l'assenza di una manifestazione d'autonomia riservata all'autore del negozio». Ciononostante, relativamente al caso di specie, la Cassazione aggiungeva che: «Diverso è però il caso, verificatosi nella concreta fattispecie, in cui lo stesso datore di lavoro, convenuto in giudizio per l'annullamento della sanzione, chieda nell'atto di costituzione (non v'è alcuna domanda riconvenzionale) la riduzione della pena per l'ipotesi in cui il giudice, in accoglimento della domanda del lavoratore, ritenga eccessiva la sanzione già inflitta».

In senso opposto, altra dottrina ha riconosciuto al giudice il solo potere di dichiarare nulla la sanzione, preclusa ogni possibilità di invadere la sfera decisionale del datore di lavoro. Le tassative ipotesi legislative che attribuiscono al giudice il potere di sostituirsi alle parti nella determinazione dei reciproci assetti sarebbero, pertanto, ec-

cezionali e, come tali, insuscettibili di interpretazione analogica (Assanti 1971, 310; Montuschi 1973, 126; Zoli 1983, 3060).

Con la pronuncia in commento, la S.C. sembra essere pervenuta a una felice e ragionevole sintesi degli orientamenti avvicendatisi in dottrina e giurisprudenza nel corso degli ultimi decenni, dettando precise condizioni all'esercizio del potere giudiziale di conversione della sanzione sproporzionata, allo scopo di preservare l'autonomia datoriale nell'esercizio del potere disciplinare e, al contempo, consentire il soddisfacimento di importanti istanze di economia processuale.

Riferimenti bibliografici

- Assanti A. (1963), *Le sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 131 ss.
- Assanti A. (1971), *Studio sull'art. 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300*, in *OGL*, 310 ss.
- Bruni A.M. (1988), *Sulla conversione del licenziamento*, Cedam, Padova, 126 ss.
- Corrado R. (1969), *Trattato di diritto del lavoro*, III, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 304 ss.
- D'Avossa E. (1989), *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro: il codice, il procedimento, l'esecuzione delle sanzioni, il licenziamento disciplinare, l'impugnazione delle sanzioni*, Ipsoa Informatica, 204 ss.
- Ghirardi N. (2007), *Il giudice può applicare una sanzione disciplinare meno grave di quella irrogata, se vi presta consenso il datore di lavoro convenuto*, in *RIDL*, n. 4, II, 885 ss.
- Montuschi L. (1973), *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 126 ss.
- Pera G. (1972), *Commento all'art. 7 St. lav.*, in Assanti A., Pera G. (a cura di), *Commentario allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, Padova, 83 ss.
- Tenore V. (2015), *Proporzionalità della sanzione disciplinare e rapporto con le sanzioni espulsive imposte ex lege dal Ccnl nel pubblico impiego privatizzato. Il problematico potere di conversione giudiziale della sanzione sproporzionata*, in *LPA*, 2015, n. 6, I, 828 ss.
- Zoli C. (1983), *Sul potere del giudice di ridurre la sanzione applicata al lavoratore*, in *GC*, 1983, I, 3060 ss.

Alessandro Scelsi
Dottore in Giurisprudenza

CASSAZIONE, 25.1.2019, n. 2227 – Pres. Nobile, Est. Patti, P.M. Mastroberardino (conf.) – F.C. (avv.ti Griglioli, Spadi, Canestrelli) c. F.I. Srl (avv.ti Perin, Ferrarese, Spolverato).
Cassa Tribunale di Verona, 27.7.2017.

Licenziamento collettivo – Dirigenti – L. n. 161/2014 – Obbligo di informazione e consultazione sindacale – Applicabilità della procedura ex artt. 4 e 24 della l. n. 223/1991 ai lavoratori inquadrati come dirigenti – Mancata comunicazione di avvio della procedura di mobilità – Mancata consultazione delle rappresentanze sindacali – Conseguenze – Illegittimità del licenziamento – Regime indennitario.

In tema di licenziamento collettivo, l'art. 16 della l. 30.9.2014, n. 161 (legge europea 2013-bis), ha integrato il disposto dell'art. 24 della l. n. 223/1991 e ha esteso, a seguito della sentenza resa dalla C. Giust. Ue 13.2.2014, nella causa C-596/12, l'applicabilità della procedura di mobilità anche ai dirigenti, in adempimento degli obblighi derivanti dalla Direttiva n. 98/59, e, di conseguenza, anche l'obbligo di consultazione sindacale delle associazioni maggiormente rappresentative dei dirigenti. Pertanto, la mancata comunicazione preventiva alle organizzazioni sindacali dei dirigenti maggiormente rappresentative determina, ai sensi dell'art. 24, c. 1-quinquies, della l. n. 223/1991, nei confronti del lavoratore illegittimamente licenziato, l'attribuzione automatica di un'indennità, salva la determinazione della sua misura (compresa tra 12 e 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto), avuto riguardo alla natura e alla gravità della violazione, con valutazione rimessa al giudice di merito, indipendentemente dalla prova di un danno. (1)

(1) SULLESTENSIONE DELLA PROCEDURA
DI LICENZIAMENTO COLLETTIVO AI DIRIGENTI

1. — La sentenza in commento si pronuncia, per la prima volta a quanto consta, sull'art. 24, c. 1-*quinquies*, della l. n. 223/1991, come modificato dalla l. n. 161/2014, la quale ha disposto l'estensione della disciplina dei licenziamenti collettivi ai dirigenti, comprensiva dunque dell'obbligo di attivare la procedura di informazione e consultazione anche nei confronti delle loro rappresentanze. Di conseguenza, la mancata consultazione delle associazioni maggiormente rappresentative di categoria e della eventuale Rsa dirigenziale aziendale comporta l'illegittimità del licenziamento intimato ai dirigenti.

Nel caso in esame, il dirigente, licenziato dopo l'entrata in vigore della nuova normativa, aveva impugnato il licenziamento – effettuato da parte di datore di lavoro fallito, nelle more – nell'ambito di un procedimento di opposizione allo stato passivo. Aveva sostenuto, in particolare, che il datore di lavoro non avesse effettuato comuni-

cazione di apertura della procedura per cessazione di attività lavorativa ex art. 4, cc. 2 e 3, l. n. 223/1991, all'associazione di categoria cui apparteneva.

Il Tribunale aveva rigettato l'opposizione del dirigente, sostenendo, peraltro, l'assenza di qualsiasi danno a carico del dirigente. In particolare, aveva ritenuto che fosse sufficiente l'inoltro della comunicazione del datore di lavoro di avvio della procedura alla Rsu e alle associazioni sindacali – non dirigenziali – di categoria, considerate rappresentative di tutti i lavoratori operanti nel settore merceologico dell'impresa, indipendentemente dalla categoria di appartenenza.

Con la sentenza in esame viene invece accolto il ricorso del dirigente, con conseguente applicazione del regime sanzionatorio previsto dall'art. 24, c. 1-*quinquies*, della l. n. 223/1991. Viene altresì chiarito come, ai sensi della norma in questione, nella sua nuova formulazione, solamente l'associazione di categoria dei dirigenti (in quanto unico soggetto «interlocutore stabile dell'imprenditore» e firmatario del Ccnl applicabile) e/o la loro Rsa siano legittimate a ricevere la comunicazione di avvio della procedura di licenziamento collettivo e a partecipare alla consultazione sindacale.

2. — Ricostruendo la normativa di riferimento, va ricordato come i dirigenti siano stati a lungo esclusi dall'applicazione della disciplina dei licenziamenti collettivi per vari ordini di ragioni.

In primo luogo, in quanto tutelati non dalla l. n. 223/1991, bensì dalla contrattazione collettiva di riferimento (Cass. 1.12.2010, n. 24340, in *MGC*, 2010, n. 12, 1545 ss.; vd. altresì Cass. 13.5.2015, n. 9796, in *MGL*, 2015, n. 10, 691, con riferimento ai dirigenti delle aziende di credito).

In secondo luogo, in quanto soggetti ritenuti contrattualmente più «forti» rispetto agli altri lavoratori subordinati, e, per l'effetto, bisognosi di minor tutela (Zoppoli 1993, 153 ss.; in dottrina, sul dibattito in tema di applicazione della disciplina sui licenziamenti collettivi ai dirigenti, vd. anche Carabelli 2001, 135 ss.; Guaglione *et al.* 1994, 1110 ss.; Maretti 2013, 707 ss.).

Infine, la ragione ostativa all'applicazione della disciplina dei licenziamenti collettivi ai dirigenti era fondata sul letterale disposto dell'art. 4, c. 9, della l. n. 223/91, che prevedeva la facoltà dell'impresa, esaurita la procedura o raggiunto l'accordo, di licenziare i soli impiegati, operai e quadri eccedenti (Liso 1991, 4 ss.). Non erano mancate peraltro, in dottrina, opinioni favorevoli a un'interpretazione inclusiva del dirigente nella disciplina delle riduzioni del personale, anticipando anche la questione della difficile compatibilità di tale esclusione con il contenuto della direttiva europea di cui la stessa disciplina è attuazione (Scarpelli 1997, par. 14).

La Corte di Giustizia dell'Ue, infatti, con la sentenza 13.2.2014 (C-596/12, *Commissione europea c. Repubblica italiana*, in *RGL*, 2014, IV, 581 ss.) dichiarava l'inadempimento dell'Italia per aver escluso la categoria dei dirigenti dall'ambito di applicazione della normativa sui licenziamenti collettivi (avendo riguardo anche alla *ratio* della Direttiva n. 98/59, che, laddove individua per i datori di lavoro un obbligo di procedere in tempo utile a consultazioni con i rappresentanti dei lavoratori, ha lo scopo di evitare o ridurre i licenziamenti collettivi, e ciò prescindendo «dalle misure sociali di accompagnamento che siano previste in loro favore per attenuare le conseguenze di un licenziamento collettivo»). La Corte ha sottolineato come l'ambito soggettivo di applicazione della Direttiva n. 98/59 comprendesse, senza eccezioni, tutti i lavoratori subor-

dinati (inteso come «chiunque svolga, in posizione di soggezione nei confronti di un altro soggetto e dietro corrispettivo, un'attività lavorativa» (C. Giust. 9.7.2015, C-229/14, *Balkaya*; C. Giust. 11.11.2010, C-232/09, *Danosa*; già C. Giust. 19.3.1974, C-75/63; C. Giust. 3.7.1986, C-66/85, *Lawrie-Blum*; C. Giust. 21.6.1988, C-197/86, *Brown*; C. Giust. 26.2.1992, C-357/89, *Raulin*; C. Giust. 12.5.1998, C-85/96, *Martinez Sala*; C. Giust. 7.9.2004, C-456/02, *Trojani*. In dottrina, fra i molti: Nogler 2009, 120; Giubboni 2009, 35 ss.; Borrelli 2011, 123 ss.).

La Corte statuiva, per l'effetto, il contrasto della legge italiana (e segnatamente degli artt. 4 e 24 della l. n. 223/1991) con l'art. 1, parr. 1 e 2, della Direttiva n. 98/59, che assicura forme di tutela indistintamente a tutti i lavoratori, a prescindere dalla qualifica o dalle mansioni svolte (Per i commenti alla sentenza vd., fra gli altri: Tosi 2014, 1154 ss.; Miscione 2014, 233; Carbone 2013, 19; Della Rocca 2014, 137). In seguito a tale pronuncia è dunque intervenuto il legislatore italiano, al fine di ottemperare agli obblighi comunitari, stabilendo espressamente, con la l. n. 161/2014, l'applicabilità della disciplina sui licenziamenti collettivi anche ai dirigenti (In arg., si vd. *amplius*: Biasi 2016, 760 ss.; Colombo 2015, 285 ss.; Cosio 2016, 64).

In particolare, con la l. n. 161 si è proceduto – con disposizione dichiaratamente integrativa – alla modifica del c. 1 dell'art. 24 della l. n. 223/1991, al quale è stato aggiunto il c. 1-*quinquies*, col quale si stabilisce l'applicabilità della disciplina dell'art. 4 della l. n. 223 nel caso di licenziamento collettivo che coinvolga uno o più dirigenti, estendendo quindi la procedura anche a tali categorie di lavoratori, e all'introduzione di un sistema sanzionatorio di tipo indennitario, in sostituzione del regime sanzionatorio dettato dal Ccnl e applicato al rapporto lavorativo per i licenziamenti ingiustificati.

La l. n. 161/2014 ha poi inserito, al primo periodo del c. 1 dell'art. 24 della l. n. 223, la locuzione «compresi i dirigenti» e ha chiarito definitivamente che anche tali lavoratori debbono essere computati al fine di ritenere integrato o meno il presupposto dimensionale richiamato dalla l. n. 223 e necessario per la sua applicazione.

Inoltre, il già citato comma 1-*quinquies* estende alla categoria dirigenziale le fasi della procedura di licenziamento collettivo previste in generale per le riduzioni di personale appartenenti alle categorie degli impiegati e dei quadri, escludendo espressamente l'obbligo per il datore di lavoro di versare il cd. contributo di mobilità, previsto dall'ultimo periodo del c. 3 dell'art. 4 (considerato il fatto che i dirigenti, quando l'istituto della mobilità post recesso era ancora attivo, ne erano comunque esclusi).

Chiaramente, la comunicazione di avvio della procedura, ex art. 4, c. 2, dovrà essere inviata anche alle associazioni di categoria dei dirigenti, che avranno diritto di partecipare all'esame congiunto previsto dall'art. 4, cc. 5 e 7, in «appositi incontri».

Per quanto attiene all'individuazione dei dirigenti da licenziare, e quindi ai criteri di scelta, il comma 1-*quinquies* stabilisce, stante il richiamo dell'art. 5, c. 1, che ciò avvenga rispettando i criteri di scelta fissati dalla legge oppure quelli negoziali definiti nell'ambito dell'esame congiunto (Zambelli 2014, 12 ss.).

Quanto al sistema sanzionatorio, il c. 1-*quinquies* dell'art. 24, l. n. 223/1991, stabilisce, sia per violazioni delle procedure ex art. 4, c. 12, che per violazioni afferenti ai criteri di scelta – legali o negoziali – previsti dall'art. 5, c. 1, una sanzione di

carattere meramente indennitario, consistente nel «pagamento in favore del dirigente di un'indennità in misura compresa tra 12 e 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto», tenendo conto, al fine della determinazione del *quantum*, della natura e della gravità della violazione, ferma restando inoltre la possibilità di affidare alla contrattazione collettiva previsioni divergenti per quanto concerne il *quantum debeatur*, rispetto a quelle legali fissate dalla stessa disposizione legislativa.

Sotto il profilo delle conseguenze sanzionatorie, pertanto, non trova applicazione l'art. 18 St. lav., fatta eccezione per un'unica ipotesi, ovvero quella in cui il licenziamento del dirigente sia intimato senza l'osservanza della forma scritta (Si era posta, prima dell'intervento del d.l. n. 87/2018, convertito con modificazioni in l. n. 96/2018, e della C. cost. n. 194 del 2018, e dei conseguenti innalzamenti delle tutele e modifiche normative al regime delineato per il cd. contratto a tutele crescenti, la problematica – ormai appunto notevolmente attutita – del mancato coordinamento tra il sistema sanzionatorio previsto per i dirigenti e quello previsto dal d.lgs. n. 23/2015 per gli operai, gli impiegati e i quadri neoassunti, fino al punto che le tutele previste per i dirigenti apparivano in alcuni casi addirittura più favorevoli, in termini di *quantum* di indennizzo, rispetto a quelli delineati mediante il meccanismo di tutele crescenti. Cfr., fra i molti, Proia 2015, 61; Topo 2015, 208).

La sentenza in commento conferma i principi di legge ora richiamati: occasione presentatasi per la prima volta, essendone stata, anche di recente, esclusa *ratione temporis* l'applicazione, per fattispecie formatesi anteriormente all'entrata in vigore della l. n. 167/2014 (Per le quali, appunto, l'estensione ai dirigenti non poteva essere effettuata né per via di interpretazione adeguatrice all'ordinamento europeo, né con disapplicazione della disciplina interna in favore di quella comunitaria. Cfr. Cass. 8.3.2018, n. 5513, in *FL*, 2018, I, 1167 ss. Nel merito, si vd. T. Vicenza 5.7.2016, n. 458, in *GD*, 2016, 42, 47).

Nel caso di specie, in effetti, il licenziamento del dirigente era stato effettuato dopo l'entrata in vigore della nuova normativa.

Infine, il soggetto legittimato alla ricezione della comunicazione di apertura del licenziamento collettivo, nonché titolare, in generale, del diritto all'informazione, è identificato in questo frangente, inequivocabilmente e coerentemente con il dettato normativo, nell'associazione di categoria dei dirigenti, in quanto firmataria del contratto collettivo applicato ai lavoratori coinvolti dalla procedura, in ossequio alle regole dettate dall'art. 4, c. 2, l. n. 223/1991, non essendo sufficiente la comunicazione alle organizzazioni sindacali di operai e quadri, come invece era stato ritenuto dal giudice *a quo* (In generale, sul ruolo delle associazioni aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative firmatarie del Ccnl applicato, individuate quali soggetti legittimati alla ricezione delle comunicazioni di apertura del licenziamento collettivo, in assenza di rappresentanze sindacali in azienda regolarmente costituite, vd., fra gli altri: Bolego 2007, 451 ss.; Carabelli 1996, 1, 24. Sul piano del diritto dell'Ue, per l'individuazione dei soggetti destinatari delle comunicazioni, l'art. 1 della Direttiva n. 98/59 individua come rappresentanti dei lavoratori quelli previsti dal diritto o dalla pratica in vigore negli Stati membri. In dottrina, sull'interpretazione della disciplina comunitaria, Arrigo 2001, 62 ss.).

Riferimenti bibliografici

- Arrigo G. (2001), *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2001, 62 ss.
- Biasi M. (2016), *Brevi riflessioni sulla categoria dirigenziale all'indomani del Jobs Act*, in *DRI*, n. 3, 760 ss.
- Bolego G. (2007), *La procedura di mobilità*, in Carinci F. (a cura di), *Il lavoro subordinato, Trattato di diritto privato*, III, 451 ss.
- Borrelli S. (2011), *Lavoratore (definizione eurunitaria)*, in Pedrazzoli M. (coordinato da), *Lessico giuslavoristico*, Bologna, n. 3, 123 ss.
- Carabelli U. (1996), *Le Rsa dopo il referendum, tra vincoli comunitari e prospettive di partecipazione*, in *DLRI*, 24 ss.
- Carabelli U. (2001), *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, in Aa.Vv., *I licenziamenti per riduzioni di personale in Europa*, Cacucci, Bari, 135 ss.
- Carbone M. (2014), *Il licenziamento collettivo dei dirigenti*, *RGL*, n. 4, II, 581 ss.
- Colombo D. (2015), *Licenziamento collettivo dei manager*, in *DPL*, n. 5, 285 ss.
- Cosio R. (2016), *La Direttiva sui licenziamenti collettivi nella giurisprudenza, più recente, della Corte di Giustizia*, in Cosio R. et al. (a cura di), *Il licenziamento collettivo in Italia nel quadro del diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 64 ss.
- Della Rocca G. (2014), *Il licenziamento collettivo dei dirigenti*, in *MGL*, n. 3, 137 ss.
- Giubboni S. (2009), *La nozione comunitaria di lavoratore subordinato*, in Sciarra S., Caruso B. (a cura di), *Il lavoro subordinato*, Torino, 35 ss.
- Guaglione L. et al. (1994), *Sub art. 24*, in Persiani M. (a cura di), *Commentario alla l. 223/1991*, in *NLCC*, 1110 ss.
- Liso F. (1991), *La nuova legge sul mercato del lavoro: un primo commento*, in *LLI*, n. 22, 4 ss.
- Maretti S. (2013), *I licenziamenti collettivi*, in Pellacani G. (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Giappichelli, Torino, 707 ss.
- Miscione M. (2014), *I dirigenti per la Corte europea equiparati ad operai ed impiegati solo per i licenziamenti*, in *LG*, n. 3, 233 ss.
- Nogler L. (2009), *The concept of «subordination» in European and Comparative Law*, Trento.
- Pellacani G. (2016), *Il licenziamento collettivo*, in Zilio Grandi G., Biasi M. (a cura di), *Commentario breve alla riforma «Jobs Act»*, Cedam, Padova, 235 ss.
- Proia G. (2015), *Jobs Act e licenziamento*, Torino, 61 ss.
- Scarpelli F. (1997), *I licenziamenti collettivi. La nozione e il controllo del giudice*, in *QDLRI*, n. 19, 29 ss.
- Topo A. (2015), *Le sanzioni per i licenziamenti collettivi secondo il Jobs Act*, in Carinci F., Cester C. (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, Adapt labour studies, e-Book series, n. 46, 208 ss.
- Tosi P. (2014), *Il licenziamento collettivo dei dirigenti*, in *GI*, n. 5, 1154 ss.
- Zambelli A. (2014), *Legge europea: licenziamenti collettivi anche per i dirigenti?*, in *GL*, n. 43, 12 ss.
- Zoppoli A. (1993), *Effetti della crisi d'impresa sul lavoro dirigenziale*, in *DRI*, n. 2, 153 ss.

Alessandro Veltri

Dottore di ricerca di Diritto dell'economia e dell'impresa
presso la «Sapienza» Università di Roma e avvocato in Roma

CASSAZIONE, 9.1.2019, n. 267 – Pres. Bronzini, Est. Ponterio, P.M. Celentano (conf.) – MG Italia Spa (avv. Perlini) c. S.A. (avv. Sodani). Conf. Corte d'Appello di Roma, 24.12.2016.

Gruppo d'impresa – Direzione e coordinamento – Interesse di gruppo – Imputazione del rapporto – Codatorialità.

L'unicità della struttura organizzativa, la forte integrazione organizzativa tra le varie imprese e l'unicità del coordinamento tecnico-amministrativo sono divenuti tratti caratteristici dell'attività di direzione e coordinamento di società e consentono di ravvisare un regime di codatorialità quando la prestazione lavorativa sia utilizzata anche dalla società capogruppo. (1)

(1) LA CODATORIALITÀ NEI GRUPPI IMPRENDITORIALI

SOMMARIO: 1. Il caso deciso dalla Cassazione. — 2. La posizione tradizionale della giurisprudenza. — 3. Il datore di lavoro nell'impresa integrata... — 4. *Segue*: ... e nei gruppi imprenditoriali. — 5. Osservazioni critiche.

1. — *Il caso deciso dalla Cassazione* — La Cassazione torna a occuparsi del rapporto di lavoro nel contesto dei gruppi imprenditoriali. La sentenza in commento ha confermato la decisione resa dalla Corte d'Appello di Roma, che aveva dichiarato illegittimo il licenziamento intimato a un dipendente nell'ambito di una procedura di riduzione del personale. Dal momento che l'atto di recesso era stato comunicato da una società controllata e il lavoratore aveva fornito la prova di aver svolto attività lavorativa seguendo le direttive della capogruppo, le «esigenze tecniche e produttive» che hanno giustificato il licenziamento avrebbero dovuto essere individuare con riferimento all'intero gruppo imprenditoriale e non soltanto con riguardo alla società operativa. Dalla lettura complessiva della sentenza della Cassazione si deve desumere che il giudice del merito aveva proceduto a imputare il rapporto di lavoro a entrambe le società, controllante e controllata, sulla base di alcuni riscontri. Nel processo il lavoratore era riuscito a fornire la prova di aver svolto parte delle proprie mansioni in ragione delle direttive che venivano impartite da un preposto della società controllante, e che quest'ultima, oltre a decidere le trasferte e i periodi di ferie, riconosceva premi di produzione in ragione del raggiungimento dei risultati del gruppo nel suo complesso. Inoltre, era stato dimostrato in giudizio che il lavoratore aveva svolto le proprie mansioni per soddisfare le esigenze del gruppo imprenditoriale nel suo complesso. Per tale motivo, egli aveva formulato due domande differenti. La prima di imputazione del rapporto di lavoro alla controllante, con conseguente inefficacia del licenziamento; la seconda, invece, finalizzata all'accertamento di una situazione di codatorialità, con conseguente illegittimità dell'atto di recesso.

Nel primo caso, a ben vedere, si sarebbe trattato di accertare in giudizio il ricorso all'ipotesi della somministrazione irregolare, mentre, nel secondo caso, l'esistenza di un gruppo imprenditoriale genuino con conseguente accertamento della contitolarità

del rapporto di lavoro. Sia la Corte d'Appello sia la Cassazione hanno seguito questa seconda strada, ravvisando, nel caso concreto, modalità di utilizzazione della manodopera tali da giustificare l'imputazione congiunta dei rapporti alla società operativa e alla società controllante.

La sentenza, quindi, è di estremo interesse perché la Corte cerca di affrontare il tema del rapporto di lavoro nei gruppi imprenditoriali in una prospettiva differente da quella tradizionale, anche alla luce dei contributi che, in materia, sono stati elaborati dalla dottrina (1).

2. — *La posizione tradizionale della giurisprudenza* — La Corte di Cassazione ricorda che la giurisprudenza ha elaborato indici in presenza dei quali ravvisare il frazionamento fittizio di un'unica attività imprenditoriale in più soggetti giuridici distinti. Come è noto, nel caso di accertamento dell'unicità della struttura organizzativa, della forte integrazione organizzativa tra le varie imprese, dell'unicità del coordinamento tecnico-amministrativo e, in ultimo, dell'utilizzazione contemporanea, da parte delle imprese del gruppo, dei dipendenti, è possibile ravvisare un unico centro di imputazione del rapporto, dal momento che la frammentazione imprenditoriale è considerata uno strumento per eludere il principio della necessaria riconducibilità del rapporto di lavoro a un unico soggetto giuridico (2).

L'orientamento prevalente, infatti, afferma il principio in base al quale «il collegamento economico-funzionale tra imprese gestite da società del medesimo gruppo non è di per sé solo sufficiente a far ritenere che gli obblighi inerenti a un rapporto di lavoro subordinato, formalmente intercorso fra un lavoratore e una di esse, si debbano estendere anche alle altre, a meno che non sussista una situazione che consenta di ravvisare (anche all'eventuale fine della valutazione di sussistenza del requisito numerico per l'applicabilità della cosiddetta tutela reale del lavoratore licenziato) un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro» (3).

È probabile che in questi casi i giudici abbia dovuto affrontare controversie in cui, effettivamente, la forma del gruppo è servita per celare operazioni in frode alla legge. Tuttavia, l'impressione è che, salvo alcune eccezioni, la giurisprudenza ha fatto ricorso a categorie concettuali tradizionali che hanno impedito di comprendere come le relazioni giuridiche all'interno del gruppo possano produrre effetti sui rapporti di lavoro, che sono comunque instaurati con la singola e «autonoma» impresa. Di conseguenza, l'orientamento in esame tende a ricondurre il fenomeno dei gruppi di impresa nell'ambito delle tecniche di repressione di forme patologiche di decentramento produttivo, mediante l'accertamento di indici che riveli la necessità del «superamento dello schermo della personalità giuridica» (4), di fronte a forme di

(1) Rinvio, senza ragioni di completezza, a: Pinto 2005; *Id.* 2013; Raimondi 2012; Speziale 2013; Mazzotta 2013; Razzolini 2013; Greco 2013; *Ead.* 2017.

(2) Ho avuto modo di analizzare questi aspetti in Raimondi 2016.

(3) Cass. 15.5.2006, n. 11107, con nota di Timellini 2006. Cfr. Cass. 29.11.2011, n. 25270, in *RCDL*, con nota di Biasi, e recente giurisprudenza di merito (T. Palermo 28.6.2018; T. Palmi 31.12.2018, entrambe reperibili in *DeJure*).

(4) Atteggiamento criticato da Treu (1997, 212), che, in proposito, ha parlato di «sindrome della personalità giuridica» di cui soffre la giurisprudenza.

«abuso» della stessa (5). Questo tipo di operazione è stata condotta mediante l'utilizzazione di istituti propri del diritto civile e del diritto del lavoro, che potessero in qualche modo consentire al giudice di «smascherare» operazioni elusive delle norme imperative poste a fondamento delle tutele accordate ai lavoratori e imputare, quindi, i rapporti di lavoro all'effettivo beneficiario delle prestazioni lavorative (6).

Non a torto c'è chi ha parlato di un «limite concettuale» (7) che ha indotto la giurisprudenza a negare, nei fatti, la rilevanza giuridica di tale forma di «integrazione economica e organizzativa fra le imprese – giuridicamente distinte – del gruppo» (8). Tale approccio, fondato su antichi pregiudizi (9), ha portato a dubitare, salvo prova contraria, della liceità di strategie produttive fondate su una differente concezione dei «confini dell'impresa» (10). In assenza di riferimenti normativi chiari per risolvere tali problematiche, sembra che i giudici non abbiano potuto fare altro che affrontare la tematica dei gruppi imprenditoriali attingendo a un bagaglio di arnesi già collaudati (11), piuttosto che indagare sulle implicazioni di carattere giuridico dell'esistenza di un rapporto di collegamento tra imprese. Di conseguenza, non può stupire la conclusione in base alla quale il gruppo in quanto tale è irrilevante per il diritto (12), nonostante abbia la sua rilevanza sul piano economico. Ad esempio, in materia di licenziamento, è stato affermato che all'attività del gruppo, di per sé, non può attribuirsi «un valore giuridicamente unificante [...] sicché dall'unitarietà economica del gruppo non può trarsi alcuna conseguenza [...] per quanto attiene ai diritti e agli obblighi che derivino dalla risoluzione del rapporto» (13).

(5) Impostazione criticata, in modo condivisibile, da Pinto (2005), al quale si rinvia per le indicazioni bibliografiche ivi contenute. Cfr., inoltre, Melià (1987, 1850), che ha sostenuto, con riferimento alla giurisprudenza formatasi in materia e in modo condivisibile, l'esistenza di «una duplice – anche se asimmetrica – ipervalutazione: e del ruolo del concetto di persona giuridica (che è l'argomento dominante); e delle strumentazioni pensate in funzione del controllo della forma societaria, secondo le tecniche – ben più note altrove – di repressione degli abusi della persona giuridica o, più ricorrentemente e in linea con la nostra tradizione giuridica, dell'accertamento di invalidità dell'impresa sociale (per simulazione o frode alla legge)».

(6) In sostanza, la giurisprudenza, di fronte al fenomeno dei gruppi di impresa, ha «reagito» impostando il problema nei termini della dissociazione tra la titolarità formale e la utilizzazione fattuale delle prestazioni lavorative, nella convinzione, così, di poter arginare, in qualche modo, quel processo di segmentazione dei processi produttivi caratteristico della nuova economia e che costituisce una delle ragioni del proliferare dei gruppi di imprese.

(7) Galgano 2005.

(8) Scognamiglio 1995.

(9) Pinto (1999, 445-447) ha osservato che la tematica del decentramento produttivo e quella del lavoro nei gruppi sono state inquadrare dalla dottrina su «un unico orizzonte problematico: quello della fuga imprenditoriale dall'area del cd. garantismo individuale». Lo stesso Autore, tuttavia, ha mostrato di non condividere tale impostazione, sulla base del rilievo che egli ritiene non sia sufficiente spiegare la proliferazione dei gruppi solamente in termini di elusione delle norme imperative.

(10) Ichino 1999.

(11) Per una critica a tale tipo di impostazione cfr. De Simone 1995.

(12) In tal senso, a partire dalle «tre sentenze gemelle» Cass. 2.7.1981, n. 4312, n. 4313 e n. 4314; Cass. 14.1.1986, n. 167. In dottrina, si registra la posizione di Magrini (1987, 70), secondo il quale il collegamento di imprese non costituisce altro che una circostanza di mero fatto.

(13) Cass. 24.3.2003, n. 4274, resa in occasione di un procedimento avviato da un lavo-

La Corte di Cassazione, quindi, ha sempre continuato a sostenere l'irrelevanza del gruppo per l'applicazione delle norme in materia di tutela dei lavoratori (14), con la conseguenza che delle azioni pregiudizievoli nei confronti di questi dovesse rispondere esclusivamente l'impresa cui il singolo rapporto di lavoro fosse imputabile, salvo il caso in cui il gruppo non fosse uno strumento per l'elusione di norme di legge imperative. E, infatti, la Cassazione, in più di un'occasione, ha affermato che «il collegamento fra imprese non produce l'unificazione dei successivi rapporti di lavoro intrattenuti da un dipendente con diverse società del gruppo, *purché le relative operazioni poste in essere dalle società stesse non abbiano carattere fraudolento*» (15). Secondo questa prospettiva, il gruppo è considerato un velo che nasconde il frazionamento di un'unica attività tra soggetti che, legati da un collegamento economico societario, svolgono la loro attività in vista del perseguimento del medesimo obiettivo produttivo e quindi sarebbero da considerare, in realtà, dei soggetti interposti. Il «velo» della personalità giuridica delle imprese interposte viene così «squarciato» e il gruppo viene giudizialmente qualificato come unico centro di imputazione dei rapporti di lavoro (16).

Questa operazione consente, ad esempio, di computare tutti gli addetti alle singole imprese ai fini dell'applicazione delle norme sulla stabilità reale (17), di applicare il *repechage* in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo (18), o, in ultimo, di rendere applicabili le norme in materia di licenziamenti collettivi (19). È evidente che lo sforzo della giurisprudenza, finalizzato all'individuazione dell'effettivo, e unico, datore di lavoro, può essere spiegato con il fatto che molte delle tutele dei lavoratori sono legate alla dimensione dell'impresa (20) e, in particolare, quelle in materia di licenziamento. Molte pronunce, infatti, hanno sostenuto che, «al fine della applicazione delle normative vincolistiche in materia di licenziamenti individuali, devono essere computati i dipendenti di tutto il complesso di società che, nei fatti, costituisca una unica impresa, frazionata in più società fra loro collegate» (21). In questo caso, si sa-

ratore licenziato da un'impresa facente parte di un gruppo imprenditoriale, che non aveva applicato, nel procedere a una serie di licenziamenti individuali, le norme sui licenziamenti collettivi. In senso sostanzialmente conforme: Cass. 3.4.1990, n. 2831; Cass. 9.11.1992, n. 10053; Cass. 27.2.1995, n. 2261. Cfr. Morella 2003; Spinelli 2012.

(14) Cass. 15.5.2006, n. 11107, in *GLav.*, 2006, n. 31; Cass. 21.9.2010, n. 19931, in *RIDL*, n. 3, II, 2011, 717 ss., con nota di Brun.

(15) Cass. 28.1.1981, n. 650, in *GComm.*, 1983, II, 43 ss.; in senso conforme: Cass. 2.7.1981, n. 4313.

(16) Lo stesso principio è affermato in Cass. 14.11.2005, n. 22927.

(17) Cfr., tra le tante: Cass. 6.4.2004, n. 6707, Cass. 23.3.2004, n. 5808; Cass. 25.10.2004, n. 20701.

(18) C. App. Milano 20.2.2004; Cass. 16.5.2003, n. 7717; Cass. 16.1.2014, n. 798, in *RGL*, 2014, n. 2, II, 260 ss., con nota di Aiello.

(19) Cass. 24.3.2003, n. 4274, cit.

(20) Biagi (1978, 15), nel rilevare come le tutele del diritto del lavoro siano legate alla dimensione dell'impresa, ha messo in luce come «i diversi livelli dimensionali possano riuscire ad alterare la stessa ricostruzione dogmatica di un istituto, a seconda che questo venga considerato nella sua applicazione a un'azienda di piccolissime dimensioni oppure di enormi proporzioni».

(21) Pret. Roma 6.10.1987, con nota di De Simone (1988, 1064), che sottolinea come tale sentenza ha «accolto il suggerimento di quella dottrina che ritiene necessario distinguere

rebbe in presenza di «un unico centro di imputazione del rapporto», la cui individuazione è utile «anche all'eventuale fine della valutazione di sussistenza del requisito numerico per l'applicabilità della cd. tutela reale del lavoratore licenziato» (22). In altra occasione, è stato affermato che «l'unicità del rapporto di lavoro in tema di società collegate può trovare il suo fondamento [...] nell'esistenza di un collegamento economico particolarmente intenso tra le due società datrici di lavoro, tale da determinare il dominio dell'una sull'altra e da far sì che le due società si possano configurare, nonostante l'autonoma personalità giuridica di ciascuna di esse, come parti di un complesso unitario, con il quale – pur nella fittizia successione dei datori di lavoro – si è sempre di fatto svolto un rapporto di lavoro unitario» (23).

Non è, quindi, sufficiente la circostanza di un collegamento societario per superare lo schermo delle distinte persone giuridiche, dal momento che «il collegamento economico-funzionale tra persone giuridiche facenti parte di un medesimo gruppo non è di per sé solo sufficiente a far ritenere che gli obblighi inerenti a un rapporto di lavoro subordinato, formalmente intercorso fra un lavoratore e una di esse, si debbano estendere anche all'altra» (24). Il collegamento societario, cioè, non è di per sé idoneo a individuare una nozione di gruppo utile ai fini lavoristici, neanche se «in forma di partecipazione totalitaria» (25), ma sul piano giuridico rileva soltanto ai limitati effetti degli artt. 2359, 2424, 2642 c.c. (26).

La giurisprudenza, quindi, oltre al collegamento societario, ritiene necessario l'accertamento di ulteriori circostanze quali: «a) l'unicità della struttura organizzativa e produttiva; b) l'integrazione tra le attività esercitate dalle varie persone giuridiche del gruppo e il correlativo interesse comune; c) il coordinamento tecnico e amministrativo-finanziario tale da individuare un unico soggetto direttivo che faccia confluire le diverse attività delle singole imprese verso uno scopo comune; d) l'utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte delle varie persone giuridiche distinte, nel senso che la stessa sia svolta in modo indifferenziato e contemporaneamente in favore dei vari imprenditori». Gli elementi appena ricordati rappresenterebbero quel «*quid pluris*» che la Cassazione è solita richiedere perché la partecipante possa essere ritenuta responsabile per le obbligazioni assunte dalla partecipata, in quanto, in tale ipotesi, «risulti la mera apparenza o comunque il superamento della distinta soggettività dei due enti, con la sostanziale unicità della conduzione dell'attività imprenditoriale nel suo complesso o dello specifico rapporto produttivo di quelle obbligazioni» (27).

tra il vero e proprio gruppo, al quale fa capo una pluralità di imprese, autonome e distinte seppur fra loro collegate, e l'impresa unitaria organizzata fittiziamente in forma di gruppo».

(22) C. App. Torino 7.4.2005, in *LG*, 2005, 1098 ss.; conf.: Cass. 23.3.2004, n. 5808, in *MGC*, 2004, 3.

(23) Pret. Milano 8.1.1980, in *OGI*, 1980, 219 ss.

(24) Cass. 14.11.2005, n. 22927, in *MGC*, 2005, n. 7/8. Conf.: Cass. 23.3.2004, n. 5808, in *MGC*, 2004, fasc. 3.

(25) Pret. Roma 11.5.1978. Il Pretore di Roma era stato chiamato a decidere se il lavoratore di una società di un gruppo avesse diritto a vedersi riconosciuto, in caso di prestazione dell'attività lavorativa presso un'altra società del medesimo gruppo, il ricongiungimento dei periodi di anzianità utili per il calcolo del Tfr e dei contributi previdenziali.

(26) Come ebbe modo di sostenere Cass. 25.2.1978, n. 969.

(27) Cass. 24.11.2005, n. 24834, in *MGC*, 2005, n. 7/8.

In verità, la giurisprudenza, al fine di imputare il rapporto di lavoro al gruppo, nel caso in cui non ravvisa una simulazione fraudolenta della distinzione dei soggetti economici, reputa essenziale che tra le imprese sussistano rilevanti connessioni strutturali e intrecci organizzativi che consentano di ritenere, a prescindere anche dall'utilizzazione promiscua dei lavoratori, la contitolarità del rapporto di lavoro (28). In sostanza, la giurisprudenza maggioritaria sostiene che le imprese del gruppo sono giuridicamente distinte (29), salvo il caso di conduzione di una medesima attività imprenditoriale esercitata dal complesso societario o imprenditoriale (30).

Questo orientamento, tuttavia, omette di considerare che il collegamento economico-funzionale esistente tra le imprese del gruppo può tradursi in un'attività di direzione e coordinamento che non nega, anzi presuppone, la distinzione giuridica delle imprese del gruppo. Sotto questo profilo, la decisione qui analizzata rappresenta un mutamento di prospettiva, anche se, come si dirà, finisce per far coincidere la nozione di direzione e coordinamento con circostanze che non sono necessariamente coerenti con l'art. 2497 c.c. L'esercizio del potere di coordinamento, infatti, prescinde dal luogo fisico in cui sono inseriti i lavoratori, dal momento che le direttive possono essere impartite con modalità tali da non generare promiscuità nell'uso di attrezzature, impianti e locali. Il limite di tale impostazione è rappresentato, quindi, dall'assenza di un'indagine finalizzata a verificare le conseguenze giuridiche dell'esistenza di un rapporto, economico e giuridico, di coordinamento tra le imprese del gruppo e, in particolare, i riflessi che tale rapporto produce sull'effettiva capacità delle singole imprese di decidere autonomamente gli aspetti rilevanti sul piano del rapporto individuale di lavoro.

A ben vedere, la giurisprudenza prevalente si è occupata degli pseudogruppi (31) e, soltanto in alcune ipotesi, ha affrontato il tema se l'esistenza di un gruppo imprenditoriale possa giustificare una condivisione delle tutele del rapporto di lavoro tra le imprese del gruppo complessivamente considerato.

3. — *Il datore di lavoro nell'impresa integrata...* — Questa posizione, tuttavia, ha cominciato a essere messa in discussione dall'analisi delle nuove modalità di organizzazione imprenditoriale, caratterizzate dalla segmentazione di fasi di processo produttivo tra differenti operatori economici, che operano, tuttavia, con modalità di forte integrazione organizzativa (32). In questi contesti, infatti, è stata sostenuta la possibilità di imputare il rapporto di lavoro a più soggetti imprenditoriali, che condividono le responsabilità che nascono dal contratto sottoscritto solo con uno di essi e senza che ciò

(28) T. Monza 28.4.2004, in *RIDL*, 2004, II, 1028 ss., con nota di Fortunat.

(29) Dal momento che «il collegamento o raggruppamento di società non assorbe la personalità giuridica delle stesse, né dà luogo a una soggettività attenuata o centro di imputazione, per cui non consente l'unificazione dei rapporti di lavoro intrattenuti dallo stesso dipendente con varie società del gruppo» (Cass. 14.1.1986, n. 167, in *MGC*, 1986, fasc. 1; conf.: Cass. 24.4.1985, n. 2708, in *IPrev.*, 1985, 1273 ss.).

(30) Cass. 14.4.1986, n. 2756. Questo assunto non è condivisibile, dal momento che una attività di impresa può essere certamente esercitata da più soggetti distinti e autonomi dal punto di vista giuridico. Sul tema, cfr. De Masi 1985.

(31) Meliadori 1987.

(32) Corazza 2004; Speziale 2010.

possa rappresentare la violazione del divieto di interposizione di manodopera, tuttora immanente nell'ordinamento giuridico (33).

Secondo questa prospettiva, l'identificazione del datore di lavoro deve essere condotta a seguito dell'indagine sulla relazione che si instaura tra il lavoratore e le imprese che si avvalgono della sua attività lavorativa. Soltanto nelle ipotesi in cui tale relazione sia caratterizzata dall'esercizio congiunto dei poteri tipici del datore di lavoro si potrà parlare di codatorialità e imputare, quindi, il rapporto ai soggetti che hanno determinato il contenuto della prestazione lavorativa.

La possibilità di ravvisare questa ipotesi è stata sostenuta per la prima volta con riferimento ad altri fenomeni di integrazione contrattuale tra imprese, che si realizzino in via orizzontale (34). In tali ipotesi, le imprese, per garantire la produzione di beni o di servizi, si collegano tra loro in base a rapporti contrattuali stabili e creano una vera e propria organizzazione integrata, dove l'appaltatore condivide gli interessi organizzativi della impresa appaltante (35). Le imprese fornitrici, in questo contesto, sono, di fatto, «terminali organizzativi» di quella principale e svolgono funzioni produttive in tutto e per tutto analoghe a quelle dei dipendenti diretti del committente. Tale analogia di funzioni, che è addirittura evidente da un punto di vista fisico e spaziale nel caso di appalti *intra moenia*, è peraltro presente anche in quelli svolti al di fuori della sede della committente, grazie anche all'ausilio delle nuove tecnologie informatiche che consentono di integrare in forma stabile entità molto lontane nello spazio (36).

Dal punto di vista del diritto del lavoro, le esigenze di tutela dei lavoratori coordinati dall'appaltatore sono identiche a quelle dei dipendenti che sono subordinati al committente. In entrambi i casi, infatti, proprio perché le loro attività sono funzionali al raggiungimento degli obiettivi economici di quest'ultimo, il diritto del lavoro deve tutelare la persona del lavoratore per impedire che la sua «gestione» quale fattore della produzione si traduca nella lesione di diritti fondamentali, oltre che per limitare e razionalizzare i poteri finalizzati a soddisfare le esigenze organizzative dell'impresa. In tale ambito, poco importa che l'appaltatore sia un «imprenditore genuino» o che esistano reali rapporti commerciali che mettono in relazione imprese distinte. Infatti, «lo “schermo” delle differenti personalità giuridiche e la effettività delle rispettive realtà imprenditoriali non esclude che, dal punto di vista degli interessi organizzativi, vi sia quella identità delle posizioni giuridiche dei lavoratori che rispecchia le medesime esigenze di protezione» (37).

In questi casi, la codatorialità dei soggetti che si avvalgono della prestazione di lavoro subordinato può essere realizzata senza mutare la struttura del rapporto di lavoro. Infatti, «il lavoratore rimane sempre alle dipendenze dell'appaltatore e il complesso dei diritti e dei doveri che connotano il rapporto sono sempre ascrivibili a una relazione bilaterale con il datore di lavoro. Tuttavia, la condivisione dell'interesse organizzativo e la stretta funzionalità del rapporto di lavoro a soddisfare esigenze produttive di un altro

(33) Speciale 2010.

(34) *Ivi*.

(35) Speciale 2006. Cfr. anche Carabelli 2008.

(36) Critici rispetto a tale ricostruzione sono, in particolare: Lozito 2013, Mazzotta 2013, Ciucciiovino 2014.

(37) Speciale 2006, 21.

imprenditore non può non riflettersi sulla dinamica dei rapporti di lavoro. E questo anche in considerazione del fatto che tra contratto commerciale e contratti di lavoro vi è un collegamento negoziale che unifica i due accordi per la realizzazione di una medesima operazione economica (garantire al committente la soddisfazione di sue necessità produttive stabili) e che influenza anche l'esercizio dei poteri imprenditoriali (perché, ad esempio, la direzione e il coordinamento dei dipendenti dell'appaltatore è finalizzata anche e soprattutto a soddisfare gli interessi organizzativi del committente)» (38).

Del resto, la possibilità di imputare il rapporto di lavoro a due o più soggetti giuridici distinti è ammessa espressamente nel settore agricolo e, soprattutto, nell'ambito delle reti di impresa, a dimostrazione che la codatorialità è, nell'ambito della segmentazione dei processi produttivi, ormai penetrata nel nostro ordinamento, anche sotto il profilo sostanziale della condivisione del potere organizzativo (39).

4. — Segue: ... *e nei gruppi imprenditoriali* — Questi principi sono stati, successivamente, applicati ai gruppi imprenditoriali, al fine di distinguere le forme patologiche e, quindi, fraudolente da modalità di organizzazione di impresa caratterizzate da una pluralità di soggetti imprenditoriali che non sono preordinate a frodare la legge (40).

Nei gruppi imprenditoriali, infatti, a differenza che nelle ipotesi di integrazione contrattuale tra imprese, realizzata attraverso schemi negoziali tipici e il loro collegamento negoziale, il lavoratore può essere inserito in una impresa unitaria la cui titolarità è imputabile, anche dal punto di vista giuridico, a più imprenditori e non soltanto alle parti che hanno sottoscritto il contratto di lavoro. L'unitarietà dell'organizzazione, poi, è garantita da specifiche direttive impartite dalla capogruppo che hanno il risultato di destinare la prestazione lavorativa al perseguimento dell'interesse di gruppo. L'attività svolta dal lavoratore, cioè, è funzionale al raggiungimento di determinati obiettivi produttivi individuati dalla controllante e verso i quali è orientata l'organizzazione del lavoro dell'impresa controllata.

In sostanza, con la conclusione del contratto, il datore di lavoro intende garantire il proprio interesse a organizzare l'attività produttiva per il raggiungimento delle finalità economiche determinate dall'impresa che esercita la direzione unitaria. Nella misura in cui nei gruppi imprenditoriali l'organizzazione dell'attività economica è strumentale al perseguimento delle finalità dell'impresa unitaria e, quindi, la prestazione lavorativa oggetto del contratto di lavoro soddisfa anche l'interesse della capogruppo, è possibile ritenere che il lavoratore sia considerato dipendente anche di quest'ultima.

A tal fine, tuttavia, è necessario verificare se, oltre a questo, la prestazione lavorativa è in concreto conformata in maniera congiunta dalla capogruppo e dall'impresa operativa, al fine di soddisfare l'interesse creditorio di entrambi i soggetti che la ricevono. Si tratta, quindi, di valutare, caso per caso, se l'attività di direzione e coordinamento si traduce in un livello di integrazione tra le strutture produttive tale da far ritenere che il potere direttivo nei confronti del lavoratore sia coesercitato ovvero influenzato in misura notevole dalla capogruppo.

(38) Speciale 2006, 41.

(39) Sul punto, rinvio a Perulli 2014 e Maio 2016.

(40) Raimondi 2012 e, successivamente, *Id.* 2016.

Sotto questo profilo, gli scenari potrebbero essere differenti.

Una forte integrazione organizzativa, in primo luogo, potrebbe determinare un vero e proprio esercizio congiunto dei poteri datoriali, con la conseguente duplicazione dei titolari del rapporto di lavoro. Ciò avviene quando vi sia un uso promiscuo del lavoratore da parte di due o più imprese e non è possibile distinguere, in ragione delle modalità esecutive della prestazione, quando le mansioni siano svolte nell'interesse dell'una o dell'altra impresa (41). Si pensi al caso del dipendente della società operativa che, per redigere il bilancio, deve attenersi sia alle direttive del proprio datore di lavoro, sia a quelle impartite da un dipendente della capogruppo, preposto alla redazione del bilancio consolidato. Oppure, si consideri un direttore della produzione che deve tradurre le direttive impartitegli sia dalla capogruppo sia dalla società produttiva ai dipendenti di questa per la realizzazione di un determinato prodotto o per la definizione di parte del ciclo produttivo. In queste ipotesi, i dipendenti sono assoggettati al potere direttivo di entrambe le società e le loro prestazioni soddisfano l'interesse creditorio di entrambi. A ben vedere, non c'è alcuna dissociazione tra il datore di lavoro formale e quello che riceve le prestazioni lavorative, che, invece, sono utilizzate cumulativamente o alternativamente da due o più imprenditori (42).

Ma, più di frequente, la capogruppo esercita il potere direttivo nei confronti dei dipendenti della controllata, allo stesso modo in cui esercita in via mediata e indiretta la medesima attività dell'impresa a essa sottoposta. Di conseguenza, il soggetto che ha sottoscritto il contratto di lavoro esercita i propri poteri di conformazione della prestazione lavorativa dovuta sulla base delle decisioni della capogruppo che incidono sugli atti di gestione del rapporto di lavoro. Si pensi al caso in cui l'attività di direzione e coordinamento si traduce in direttive specifiche tecniche sulle modalità organizzative dell'impresa e, di conseguenza, sull'organizzazione complessiva del lavoro dei dipendenti di quella.

Molto di frequente, infatti, la *holding* impone il rispetto di determinati tempi e metodi di lavorazione del prodotto da realizzare ovvero determinate caratteristiche del servizio da immettere nel mercato. L'impresa controllata, di conseguenza, esercita il potere direttivo per rispettare le prescrizioni impartite dalla capogruppo, mediante la specificazione dei compiti da attribuire ai suoi dipendenti. In questi casi, i soggetti che esercitano il potere direttivo sono due, senza che possa essere ritenuto violato il divieto di interposizione.

Si pensi al caso in cui la capogruppo, oltre a determinare le qualità essenziali del prodotto finito da immettere nel mercato, obblighi, per ragioni di commercializzazione, le imprese operative a rispettare determinati tempi di produzione e imponga determinate tecniche di produzione. La definizione dei tempi e delle modalità di produzione, di conseguenza, incide sulle modalità di organizzazione del lavoro. Ma, così facendo, la capogruppo non esercita il potere direttivo direttamente nei confronti dei dipendenti della controllata, ma lo fa indirettamente, determinando le scelte organizzative del titolare dei rapporti di lavoro. Essi, di conseguenza, devono

(41) Cfr. Cass. 17.5.2003, n. 7727, che in questi casi ha ravvisato un'ipotesi di responsabilità solidale ai sensi dell'art. 1294 c.c.

(42) Raimondi 2012, 305. Questa conclusione è stata sostenuta anche da C. App. Milano 24.3.2014.

essere ritenuti entrambi datori di lavoro, dal momento che la prestazione viene eterodiretta per soddisfare l'interesse di entrambi i soggetti imprenditoriali (43). È evidente che, sebbene la capogruppo non compia atti diretti di gestione del rapporto di lavoro, determina quel segmento di organizzazione produttiva entro cui la prestazione lavorativa rappresenta un «frammento [...] che vive nel comportamento del lavoratore» (44).

Gli atti compiuti dalla capogruppo, cioè, nella misura in cui incidono sugli aspetti organizzativi dell'impresa operativa, contribuiscono a determinare le modalità di esecuzione delle prestazioni lavorative. Il datore di lavoro, di conseguenza, può essere individuato nei soggetti che, per soddisfare un interesse produttivo e organizzativo comune, codeterminano il substrato organizzativo in cui viene inserita la prestazione lavorativa, oltre che il contenuto e le modalità di esecuzione del lavoro (45).

Questa soluzione, oltre a essere coerente con le posizioni più recenti della giurisprudenza e della dottrina in materia di qualificazione del rapporto di lavoro subordinato che tendono a valorizzare elementi differenti rispetto a quello della eterodirezione (46), è anche compatibile con quelle tesi che ravvisano ancora nel potere direttivo l'elemento essenziale per sussumere il rapporto di lavoro nella fattispecie delineata dall'art. 2094 c.c., sebbene interpretato alla luce delle moderne modalità di organizzazione del lavoro. Non c'è dubbio, in proposito, che oggi il potere direttivo si manifesta con direttive generali e programmatiche, e non più con ordini specifici e continuativi. In sostanza, esso può essere considerato espressione di un potere di organizzazione, che incide sulle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa affidata al dipendente. Questa lettura ha il pregio di allargare i contorni della fattispecie a nuove modalità di svolgimento del lavoro, sia dal punto di vista della concreta esecuzione della prestazione lavorativa sia dal punto di vista del contesto organizzativo in cui essa è inserita. Ai fini qualificatori, quindi, è possibile identificare il datore di lavoro non soltanto più in colui che impartisce direttive sul «come» e quando eseguire la prestazione di lavoro, ma anche in chi determina il «cosa» produrre e in quanto tempo. In qualche modo, l'art. 2, d.lgs. n. 81 del 2015, conferma questa conclusione. Questa disposizione, infatti, riconduce alla nozione di subordinazione le collaborazioni coordinate e continuative che sono caratterizzate dal potere del committente di organizzare le modalità di esecuzione dell'attività svolta personalmente dal lavoratore, anche con riferimento al tempo e al luogo della prestazione. Il legislatore, per ricondurre le collaborazioni nello Statuto protettivo del lavoro subordinato, non ha fatto riferimento al concetto di direzione del lavoro, presente nell'art. 2094 c.c., ma a quello più ampio di «etero-organizzazione» (47).

(43) Persiani 2012, 465. Per dirla con Carabelli (2004, 372), l'interesse datoriale è quello di ricevere una prestazione «utile» e ciò spiega l'attribuzione del potere direttivo all'imprenditore.

(44) Liso 1982, 204.

(45) A conferma del fatto che «la figura dell'imprenditore non coincide più necessariamente con le singole società» (Garofalo 1991, 177).

(46) Perulli 2002; Ghera 2006; Carabelli 2004; Speziale 2010, 47-53; Pisani 2011; Perulli 2016.

(47) Cfr. anche la circolare del ministero del Lavoro 1.2.2016, n. 3.

La possibilità, quindi, di ravvisare la fattispecie del lavoro subordinato nell'impresa, qualora il prestatore di lavoro sia stabilmente inserito in un'organizzazione produttiva non da lui determinata, conferma la possibilità di ravvisare situazioni di codatorialità, in particolare nei gruppi imprenditoriali. In questa ipotesi, infatti, il risultato atteso dalla produzione è determinato dalla capogruppo, che decide anche le modalità per perseguirlo mediante direttive generali e programmatiche, che vincolano l'esercizio del potere direttivo tradizionalmente inteso del soggetto che ha concluso il contratto di lavoro. Di conseguenza, il potere organizzativo viene esercitato dalla capogruppo e la società operativa, titolare del contratto, esercita il potere direttivo in ragione dell'organizzazione che deriva dall'attività e dal coordinamento cui essa è sottoposta. In tal caso, la società che ha sottoscritto il contratto di lavoro è del tutto assimilabile, dal punto di vista economico-organizzativo, a una unità produttiva o a un reparto di una unica impresa multidivisionale, sebbene mantenga una propria autonomia, gestionale e giuridica, che non consente di ritenerla un mero schermo.

5. — *Osservazioni critiche* — La decisione in esame tenta di superare l'impostazione tradizionale della giurisprudenza sopra descritta e afferma che, «dato atto dell'evoluzione giurisprudenziale quanto alla costruzione di un rapporto di lavoro in cui la parte datoriale sia rappresentata da una pluralità di imprese», proprio quegli indici sintomatici della frode alla legge sono divenuti «tratti caratteristici della fattispecie della direzione e coordinamento di società». Questa affermazione, che la stessa Corte ricorda essere stata sostenuta da parte della dottrina, consentirebbe di concludere che «in presenza del quarto requisito, vale a dire l'utilizzazione promiscua della forza lavoro da parte delle diverse società del gruppo, queste possono essere considerate codatrici del medesimo lavoratore, secondo lo schema dell'obbligazione soggettivamente complessa».

Sebbene lo sforzo compiuto in questa occasione sia apprezzabile, le motivazioni addotte per giustificare un regime di codatorialità del rapporto di lavoro non sono pienamente condivisibili.

Non è pienamente convincente, come anticipato, che quei fattori individuati dalla giurisprudenza per reprimere l'elusione di norme mediante gli pseudogruppi costituiscono, oggi, «tratti caratteristici della fattispecie della direzione e coordinamento di società». L'attività di direzione e coordinamento di società, infatti, può manifestarsi in forme differenti e, soprattutto, non è detto che si traduca nella «unicità della struttura organizzativa e produttiva». In realtà, l'attività di direzione e coordinamento è un'attività atipica, che si traduce in un potere di pianificazione generale, coordinamento e indirizzo delle imprese che fanno parte del gruppo. Sotto questo profilo, è del tutto irrilevante l'unicità della struttura organizzativa e produttiva, dal momento che l'attività di cui all'art. 2497 c.c., come sopra visto, può essere esercitata anche in strutture differenti da quelle in cui viene svolta la produzione di beni e servizi da parte delle singole imprese operative.

Sotto altro profilo, certamente, l'attività di direzione e coordinamento realizza un «coordinamento tecnico e amministrativo-finanziario tale da individuare un unico soggetto direttivo che faccia confluire le diverse attività delle singole imprese verso uno scopo comune», e tale fattore, quindi, può contribuire a rilevare l'esistenza di un gruppo genuino.

Meno convincente è l'affermazione secondo cui è possibile ravvisare un regime di codatorialità quando, oltre alla presenza degli altri fattori esaminati, si è in presenza dell'utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte delle varie persone giuridiche distinte, nel senso che la stessa sia svolta in modo indifferenziato e contemporaneamente in favore dei vari imprenditori. L'utilizzazione promiscua delle prestazioni, invero, ha sempre indotto a ritenere i soggetti utilizzatori responsabili solidariamente delle obbligazioni nei confronti dei prestatori di lavoro e a estendere, come nel caso dei licenziamenti, determinate tutele che variano a seconda della dimensione dell'impresa.

Tuttavia, la Corte di Cassazione, probabilmente perché vincolata dalle prospettazioni delle parti processuali, non ha valutato se la codatorialità possa essere ravvisata a prescindere dall'utilizzazione promiscua delle prestazioni. Secondo la tesi in precedenza proposta, infatti, non vi sono ostacoli nel ritenere che tale esito possa prodursi anche in presenza dell'esercizio del potere organizzativo da parte della capogruppo, in via mediata e indiretta, al fine della soddisfazione di un interesse creditorio perseguibile attraverso la condivisione dei poteri datoriali da parte delle imprese di gruppo. In questo caso, come si è tentato di argomentare, il regime di codatorialità è ravvisabile a prescindere dalla condivisione di spazi fisici entro cui sono inserite le prestazioni lavorative e, soprattutto, anche in assenza di direttive sulle modalità esecutive della prestazione impartite direttamente ai dipendenti della società operativa.

A prescindere da tali aspetti, comunque, la sentenza presenta profili innovativi, che certamente influenzeranno la giurisprudenza futura.

Riferimenti bibliografici

- Biagi M. (1978), *La dimensione dell'impresa nel diritto del lavoro*, Angeli, Milano.
- Carabelli U. (2004), *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *GDLRI*, 1 ss.
- Carabelli U. (2008), *Un breve quadro della legislazione e del dibattito dottrinale in Italia (edizione provvisoria)*, Intervento al convegno su «*Responsabilités de l'employeur dans des organisations complexes d'entreprises*», tenutosi a Friburgo, in http://kongress-und-kommunikation.com/html/img/pool/Carabelli_Intervento_Friburgo_it.pdf.
- Ciucciovino S. (2014), *Il rapporto di lavoro nel mercato: la frattura del rapporto binario lavoratore/datore di lavoro*, in Corazza L. Romei R. (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, il Mulino, Bologna.
- Corazza L. (2004), «*Contractual integration*» e rapporti di lavoro, Cedam, Padova.
- De Simone G. (1988), *Società collegate e tutela del posto di lavoro*, in *RIDL*, n. 4, II, 1062 ss.
- De Simone G. (1995), *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, Angeli, Milano.
- Galgano F. (2005). *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, libro V, *Lavoro*. Artt. 2497-2497-septies.
- Ghera E. (2006), *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino.
- Greco M.G. (2013), *La ricerca del datore di lavoro nell'impresa di gruppo: la codatorialità al vaglio della giurisprudenza*, in *RGL*, I, 177 ss.

- Greco M.G. (2017), *Il rapporto di lavoro nell'impresa multidatoriale*, Giappichelli, Torino.
- Ichino P. (1999), *Replica al convegno di Trento sulle nuove forme del decentramento produttivo*, in *RIDL*, n. 3, I, 221 ss.
- Liso F. (1982), *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Angeli, Milano.
- Lozito M. (2013), *Tutele e sottotutele del lavoro negli appalti privati*, Cacucci, Bari.
- Maio V. (2016), *Contratto di rete e rapporto di lavoro: responsabilità disgiunta, derogabilità dello statuto protettivo e frode alla legge*, in *ADL*, I, 780 ss.
- Masi P. (1985), *Articolazioni dell'iniziativa economica e unità dell'imputazione giuridica*, Jovene, Napoli.
- Mazzotta O. (2013), *Gruppi di imprese, codatorialità e subordinazione*, in *RGL*, n. 1, I, 19 ss.
- Meliadò G. (1987), *I persistenti dilemmi del lavoro nelle società collegate*, in *FI*, I, 1853 ss.
- Morella M. (2003), *Licenziamenti collettivi, collegamento societario e limiti dimensionali ex art. 24 legge 223/91*, in *DLM*, n. 2, 274 ss.
- Persiani M. (2012), *Il potere direttivo e l'organizzazione del lavoro*, in Martone M. (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, tomo I, *Contratto e rapporto di lavoro*, in Persiani M., Carinci F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 401 ss.
- Perulli A. (2013), *Gruppi di imprese, reti di impresa e codatorialità: una prospettiva comparata*, in *RGL*, n. 1, I, 83 ss.
- Perulli A. (2014), *Contratto di rete, distacco, codatorialità, assunzioni in agricoltura*, in Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Perulli A. (2016), *Le nuove frontiere del diritto del lavoro*, in *RGL*, n. 1, I, 11 ss.
- Pinto V. (1999), *Lavoro e gruppi imprenditoriali: oltre il decentramento?*, in *DLRI*, 445 ss.
- Pinto V. (2005), *I gruppi societari nel sistema giuridico del lavoro*, Cacucci, Bari.
- Pinto V. (2013), *Profili critici della teoria della codatorialità nel rapporto di lavoro*, in *RGL*, n. 1, I, 55 ss.
- Pisani C. (2011), *Tripartizione del potere direttivo e qualificazione del rapporto di lavoro subordinato*, in *MGL*, n. 3, 114 ss.
- Raimondi E. (2012), *Il datore di lavoro nei gruppi imprenditoriali*, in *DLRI*, 297 ss.
- Raimondi E. (2016), *Rapporto di lavoro e gruppi imprenditoriali. La figura del datore di lavoro e le tecniche di tutela*, Giappichelli, Torino.
- Razzolini O. (2013), *Impresa di gruppo, interesse di gruppo e codatorialità nell'era della flexicurity*, in *RGL*, n. 1, I, 29 ss.
- Scognamiglio G. (1995), *Prospettiva di tutela dei soci esterni nei gruppi di società*, in *RSoc.*, 420 ss.
- Speciale V. (2006), *Le «esternalizzazioni» dei processi produttivi dopo il d.lgs. 276 del 2003: proposte di riforma*, in *RGL*, n. 1, I, 3 ss.
- Speciale V. (2010), *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *DLRI*, 1 ss.
- Speciale V. (2013), *Gruppi di imprese e codatorialità: introduzione a un dibattito*, in *RGL*, n. 1, I, 3 ss.
- Spinelli G. (2012), *Gruppi di imprese e garanzie lavoristiche, Cigs, licenziamento collettivo, indennità sostitutiva della reintegra e art. 28 St. lav.*, in *ADL*, n. 6, 1300 ss.

Treu T. (1997), *I gruppi di imprese nel diritto del lavoro italiano*, in *La disciplina dei gruppi di imprese: il problema oggi*, in *Atti del convegno di Courmayeur*, Giuffrè, Milano, 210 ss.

Enrico Raimondi
Ricercatore di Diritto del lavoro
presso l'Università di Chieti-Pescara «Gabriele d'Annunzio»

CASSAZIONE, 10.7.2018, n. 18176 – Pres. Manna, Est. Balestrieri, P.M. Sanlorenzo (diff.) – F.P. (avv. Sassani) c. Rai – Radiotelevisione italiana Spa (avv. ti Pessi, Santori).
Cassa Corte d'Appello di Roma, 17.10.2016.

Licenziamento individuale – Diritto di critica – Attivista sindacale – Datore di lavoro – Artt. 21 Cost. e 39 Cost. – L. n. 247/2012 – Art. 1, l. n. 300/1970 – Diritto di satira.

Il lavoratore che rivesta il ruolo di iscritto e attivista sindacale è soggetto, in qualità di dipendente, allo stesso vincolo di subordinazione degli altri suoi colleghi, mentre in relazione all'attività di sindacalista si pone su un piano paritetico con il datore di lavoro senza vincoli di subordinazione. Detta attività sindacale, infatti, espressione della libertà costituzionalmente garantita dall'art. 39 Cost. e diretta alla tutela degli interessi collettivi dei lavoratori nei confronti di quelli contrapposti del datore di lavoro, non può essere subordinata alla volontà di quest'ultimo. Tuttavia il diritto di critica, anche aspra, da parte di un attivista sindacale, per quanto garantito dagli artt. 21 e 39 Cost., incontra i limiti della correttezza formali imposti dall'esigenza, anch'essa costituzionalmente assicurata (art. 2 Cost.), di tutela della persona umana. Ne consegue che, ove tali limiti siano superati, con l'attribuzione all'impresa datoriale o a suoi dirigenti di qualità apertamente disonorevoli e di riferimenti denigratori non provati, il comportamento del «lavoratore-sindacalista» può essere legittimamente sanzionato per via disciplinare. (1)

(1) IN CHE TERMINI È ESERCITABILE IL DIRITTO DI CRITICA
DA PARTE DI UN LAVORATORE ATTIVISTA SINDACALE?

1. — La pronuncia in esame riguarda il caso di un lavoratore attivista sindacale licenziato disciplinarmente per aver espresso un parere negativo attraverso la redazione di un documento di forte critica su alcune scelte del datore di lavoro.

Detto lavoratore, avvocato interno della Rai, aveva visto respingersi l'opposizione avverso l'ordinanza con cui il Tribunale di Roma non aveva accolto il suo ricorso diretto alla declaratoria di nullità del licenziamento intimatogli per le sue considerazioni sulla nuova legge professionale n. 247/2012 (Conte 2013, 1109 ss.; Perfetti 2013, 413 ss.) e sul Regolamento degli uffici legali di enti pubblici, utilizzando anche notizie riservate e diffondendo il documento di critica alla stampa.

La Corte d'Appello di Roma, ritenendo tale comportamento idoneo a ledere il vincolo fiduciario e propedeutico al licenziamento (Caruso 2018, 487 ss.), confermava la sentenza di primo grado, accertando la responsabilità del ricorrente nei fatti contestatigli e la loro gravità.

Il lavoratore in questione propone ricorso per cassazione, evidenziando che la con-

dotta a lui imputata consisteva nella redazione di un documento tramite il quale aveva espresso un parere critico circa l'ordinamento della professione forense per gli avvocati della stessa Rai. La legge n. 247/2012 prevede, infatti, l'iscrizione di tutti gli avvocati interni alla Rai in un albo speciale con alcune restrizioni in materia di difesa in giudizio dell'azienda televisiva nelle controversie esterne e, al fine di tutelare il diritto alla permanenza di iscrizione in detto albo degli avvocati medesimi, il lavoratore aveva espresso le proprie riserve.

Il caso di specie va affrontato analizzando il diritto di critica esercitato dal lavoratore che è anche attivista sindacale.

Detto diritto di critica si concretizza oggettivamente nell'espressione di un'opinione o di un giudizio che non possono essere, d'altro canto, «obiettivi» (Tardivo 2017, 1146 ss.). È indubbio che il diritto di critica sia espressione di un più ampio principio costituzionale, quello cioè della libera manifestazione del pensiero riconosciuto dall'art. 21 Cost., che nel caso in esame si ricollega all'art. 39 quale fondamento della libertà sindacale.

Rispetto alla sfera lavorativa, il diritto di manifestare il proprio pensiero è rilevante soprattutto in riferimento all'art. 1 della l. n. 300/1970, rubricato «Libertà di opinione», in base al quale «i lavoratori senza distinzione [...] hanno diritto nei luoghi dove prestano la loro opera di manifestare liberamente il proprio pensiero nel rispetto dei principi della Costituzione...» (Scognamiglio 2007, 380 ss.).

Ci troviamo peraltro di fronte a due diritti, costituzionalmente garantiti e non sempre coincidenti: quello cioè di esprimere opinioni in controtendenza rispetto alle decisioni datoriali e quello di libera iniziativa economica imprenditoriale (Oppo 1991, 419 ss.). Stante quindi la veste di sindacalista rivestita dal lavoratore in questione, il caso di specie non può che essere risolto delimitando i confini entro i quali è legittimo ricorrere al diritto di critica nei confronti dell'azienda esercitando l'attività sindacale, il cui primigenio fine è quello di tutelare interessi di natura collettiva.

Alla luce del quadro sinora delineato, l'art. 1, l. n. 300/1970, non può che rafforzare, nei confronti dei lavoratori, le previsioni di cui agli artt. 21 e 39 Cost., per cui il confronto ideologico, teorico e pratico tra attivista sindacale e datore di lavoro, nel rispetto dei limiti previsti dalla normativa, è sempre consentito nel luogo di lavoro ed è esso stesso espressione di democrazia in quanto finalizzato a un interesse collettivo e orientato a migliorare condizioni di lavoro e organizzazione dell'impresa.

La giurisprudenza della Suprema Corte, secondo un orientamento ormai consolidato, ha infatti statuito che l'esercizio del diritto di critica sindacale colloca il lavoratore in una posizione paritetica a quella del datore di lavoro, eliminando qualsiasi vincolo di subordinazione (Cass. 14.5.2012, n. 7471, in *DPL*, 2013, n. 20, 1300 ss.). Qualora così non fosse, verrebbe annichilito l'antagonismo quasi sempre necessario e utile (Miscione 2010, 39), funzionale al contenimento di tensioni ed estremismi. In particolare, la giurisprudenza ha stabilito che la contestazione dell'autorità e della supremazia del datore di lavoro, essendo una caratteristica della dialettica sindacale, ove posta in essere dal «lavoratore-sindacalista» e purché sia attinente a tale attività, non può essere sanzionata disciplinarmente (Cass. 3.11.1995, n. 11436, in *MGL*, 1996, n. 11 ss.).

Benché la lettura estensiva della norma sia stata osteggiata da molti interpreti, va altresì ricordato che l'eventuale superamento dei limiti del diritto di critica da parte

del «lavoratore-sindacalista» non si configura in automatica violazione dell'art. 2105 c.c. (Mazzotta 1986, 1877; Trioni 1982, 229), soprattutto nei casi in cui l'esternazione critica non rappresenti (o sia conseguente a) una condotta esplicitamente vietata dalla legge (Bellomo 2013, 305).

La Cassazione ha poi individuato anche il perimetro del diritto di critica e, in particolare, la legittimità della manifestazione del pensiero del lavoratore (e della sua condotta), che non può mai spingersi verso un atto diffamatorio (limite esterno) e deve sempre rispettare i vincoli di continenza formale e sostanziale (limite interno). Quest'ultimo riguarda il rispetto della veridicità dei fatti, valutato secondo un metro di giudizio soggettivo dell'autore, mentre quello di continenza formale attiene alla forma espositiva del pensiero, che non può concretizzarsi in un linguaggio offensivo legato a espressioni ingiuriose e che oltrepassi i limiti dei doveri di correttezza e diligenza comuni nei rapporti tra le parti (*Ex multis*, Cass. 6.6.2018, n. 14527, in RGL, 2019, II, 250 ss., con nota di Allamprese, Pascucci).

Tale ultima interpretazione ha modificato, precisandolo, un precedente orientamento giurisprudenziale in base al quale la continenza era intesa come correttezza e civiltà delle «espressioni utilizzate», per quanto quest'ultimo orientamento doveva essere temperato dalla necessità di esprimere liberamente le proprie opinioni personali anche con espressioni astrattamente offensive per il destinatario (Cass. 17.1.2017, n. 996, in *D&G*, 2017, n. 1). Il concetto di continenza, nella sua interpretazione più restrittiva, si lega a quello di verità inconfutabile, mentre nella sua interpretazione più ampia tende a includere anche fatti che possono risultare verosimili. Tali limitazioni devono essere sicuramente valutate, secondo quanto sancito dalla Suprema Corte, con un particolare rigore laddove la critica sia stata avanzata nell'ambito di un'azione sindacale (Cass. 20.6.2013, n. 15443, in *D&G*, 2013, n. 6). È importante quindi che la critica non si configuri come un attacco personale, con cui si intenda colpire la sfera privata dell'individuo senza alcuna finalità di interesse pubblico (Tesauro, 83 ss.).

Per meglio comprendere il contesto normativo è opportuno segnalare che il tema in esame ha avuto notevole rilevanza anche nelle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, più volte chiamata a valutare, come nel caso in esame, se i licenziamenti intimati per giusta causa rappresentino la legittima sanzione di un inadempimento degli obblighi contrattuali oppure una violazione dell'art. 10 Cedu e, quindi, del legittimo esercizio della libertà di espressione del lavoratore e delle sue estrinsecazioni, come nel diritto di critica e di libertà personale di espressione, che i giudici di Strasburgo sostengono essere uno strumento di protezione e promozione della collettività, e non soltanto un sistema di tutele del singolo (Oetheimer 2012, 398).

La Corte, infatti, ha sempre interpretato la disposizione in senso liberale, riconoscendo che, salvo quanto previsto dall'art. 10, par. 2, la libertà di espressione vale non soltanto in relazione alle informazioni o alle idee accolte con favore o considerate come inoffensive e indifferenti, ma anche a quelle informazioni o idee che disturbino, sconvolgano o inquietino: tale conclusione è imposta dal pluralismo, dalla tolleranza e dallo spirito di apertura, senza i quali non esiste «società» democratica (C. Edu 24.5.1988, ric. n. 10737/84, *Müller e a. c. Svizzera*, par. 33).

Il par. 2 dello stesso articolo introduce, infatti, alcuni limiti di ordine generale stabilendo che l'esercizio di questa libertà comporta doveri e responsabilità e può essere sottoposto a formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge

e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza nazionale, per l'integrità territoriale o per la pubblica sicurezza, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, per la protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario.

Secondo la Corte di Strasburgo, la presenza di alcune condizioni rende sicuramente legittima la manifestazione di critiche pubbliche al datore di lavoro: il prestatore di lavoro deve sempre operare secondo buona fede e, di conseguenza, le dichiarazioni devono essere veritiere, affidabili e di pubblico interesse (*Ex multis*, C. Edu 12.2.2008, ric. n. 14277/04, *Guja c. Moldavia*, par. 77); il lavoratore deve preventivamente verificare, entro i limiti consentiti, l'accuratezza e l'attendibilità di quanto intende affermare (C. Edu 20.5.1999, ric. n. 21980/93, *Bladet Tromsø e Stensaas c. Norvegia*, par. 63); bisogna sempre verificare l'entità del danno e capire se il documento per il datore superi, o meno, l'interesse pubblico a conoscere informazioni alla base della critica (C. Edu 10.12.2007, ric. n. 69698/01, *Stoll c. Svizzera*, par. 130).

Traslando tale giurisprudenza al caso in esame, la Cassazione ha stabilito che, nei precedenti gradi di giudizio, non era stato esaminato il documento da cui è nato il contenzioso e che lo stesso, in ogni caso, era stato condiviso solo con due colleghi, di cui uno iscritto alla stessa organizzazione sindacale del ricorrente. Il comportamento dell'attivista sindacale, pertanto, non poteva considerarsi diffamatorio soprattutto perché la sentenza impugnata non esaminava adeguatamente il documento oggetto di contestazione disciplinare, che non sembrava esorbitare dal diritto di critica legittimamente esercitabile dal dipendente, seppur nei limiti della continenza e della veridicità dei fatti menzionati.

La Suprema Corte ha infine precisato che l'attività del lavoratore subordinato/attivista sindacale si pone su un piano paritetico con il datore di lavoro e, quindi, non essendo stata nemmeno provata l'attribuzione all'impresa datoriale – o ai suoi dirigenti – di qualità disonorevoli e di riferimenti denigratori, il comportamento del lavoratore non poteva essere sanzionato per via disciplinare, in quanto non esorbitava dal diritto di critica legittimamente esercitabile nei limiti della continenza e della veridicità dei fatti menzionati (*Ex aliis*, Cass. 18.9.2013, n. 21362, in *MGC*, 2013, n. 12) e, nell'esercizio del diritto di manifestazione del proprio pensiero, si basava su un'affermazione veritiera e corretta di un fatto.

La linea degli Ermellini non si differenzia qui molto da quella di una precedente pronuncia che riguarda il diritto di satira, anch'esso di rilevanza costituzionale poiché ricompreso nell'art. 21 Cost. a tutela della libera manifestazione del pensiero (Cass. 28.11.2008, n. 28411, in *GDir.*, 2009, n. 8, 60 ss.). Tale pronuncia è quella assai nota relativa ai lavoratori dello stabilimento di Pomigliano d'Arco, licenziati per aver proceduto all'impiccagione di un manichino avente le sembianze dell'allora amministratore delegato della Fiat.

Partendo dal presupposto che la satira, a differenza della critica, ha uno scopo di denuncia sociale e politica utilizzando espressioni impietose, iperboliche, corrosive ed esagerate rispetto ai normali parametri di valutazione degli esseri e delle cose umane, in modo da suscitare stupore, ironia e riso in chi la legge o la ascolta (Cass. 28.11.2008, n. 28411, cit.), la Cassazione ha ritenuto che anche il diritto di satira debba rispettare, al pari del diritto di critica, le regole della continenza formale e so-

stanziale prima evocate. Nel caso specifico, e come evidenziato anche da giurisprudenza successiva (Cass. 6.6.2018, n. 14527, cit.), si è ritenuto che la rappresentazione dei manichini avesse oltrepassato il limite della tutela della dignità umana, esponendo il destinatario al pubblico scherno e causandogli risentimento e disprezzo, dunque con presenza di una latente volontà diffamatoria.

Nel caso in esame, invece, l'intervento dei giudici di legittimità ha ribaltato le pronunce dei primi due gradi: evidenziando in senso estensivo il carattere sindacale dell'attività contestata, finalizzata alla difesa del proprio (e altrui) *status* di avvocato iscritto a un albo professionale speciale, e non confermando di conseguenza il licenziamento.

Riferimenti bibliografici

- Bellomo S. (2013), *Art. 2105 – Obbligo di fedeltà*, in Gabrielli E. (in diretto da), *Commentario del codice civile. Dell'impresa e del lavoro*, a cura di Cagnasso O., Vallebona A., Utet, 305 ss.
- Caruso B. (2018), *Il licenziamento disciplinare: la prospettiva rimediale tra bilanciamento della Corte costituzionale e diritto vivente giurisprudenziale*, in *DRI*, n. 2, 483 ss.
- Conte G. (2013), *La tormentata disciplina del «patto di quota lite» e le equivoche novità introdotte con la riforma forense*, in *Contratto e Impresa*, n. 4-5, 1109 ss.
- Mazzotta O. (1986), *Diritto di critica e contratto di lavoro*, in *FI*, I, 1877 ss.
- Miscione M. (2010), *Dialoghi di diritto del lavoro*, II, Ipsoa, Milano.
- Oetheimer O. (2012), *Sub art. 10*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Sergio S. et al., Cedam, Padova, 398 ss.
- Oppo G. (1991), *L'iniziativa economica*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Giuffrè, Milano, n. 1, 419 ss.
- Perfetti U. (2013), *Riflessioni a margine del divieto del patto di quota lite*, in *RDC*, n. 2, 413 ss.
- Scognamiglio R. (2007), *La natura non contrattuale del lavoro subordinato*, in *RIDL*, I, 380 ss.
- Tardivo D. (2017), *Libertà di espressione nel rapporto di lavoro: diritto di critica e di replica del lavoratore*, in *NGCC*, 1146 ss.
- Tesauro A. (2005), *La diffamazione come reato debole e incerto*, Giappichelli, Torino.
- Trioni G. (1982), *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.

Dario Calderara
Dottorando di Diritto del lavoro
presso la «Sapienza» Università di Roma

I

CORTE D'APPELLO MILANO, 30.4.2019 – Pres. Picciau, Est. Bove –
Autostrade per l'Italia Spa (avv.ti G. Vercelli, D. Vercelli, Riganò,
Morricò) c. D.R.V. (avv.ti Guariso, Neri, Marzolla).

**Prescrizione e decadenza – Decorrenza della prescrizione alla cessazione
del rapporto di lavoro – Crediti retributivi – L. n. 92/2012 – Art. 18
St. lav. – Stabilità del rapporto di lavoro – Condizione di incertezza
sulla tutela applicabile.**

A seguito della modifica apportata dalla l. n. 92/2012 al sistema di tutele previsto dall'art. 18 St. lav., il prestatore di lavoro si trova in una condizione soggettiva di incertezza circa la tutela (reintegratoria o indennitaria) applicabile nell'ipotesi di licenziamento illegittimo, accertabile solo ex post nell'ipotesi di contestazione giudiziale del recesso datoriale, ed è pertanto ravvisabile la sussistenza di quella condizione di metus che, in base ai consolidati principi dettati dalla richiamata giurisprudenza costituzionale e di legittimità, esclude il decorso del termine prescrizione in costanza di rapporto di lavoro. (1)

II

CORTE D'APPELLO MILANO, 19.2.2019 – Pres. ed Est. Bianchini – L.B.
(avv.ti Guariso, Neri, Marzolla) c. Autostrade per l'Italia Spa (avv.ti G.
Vercelli, D. Vercelli, Riganò, Morricò).

**Prescrizione e decadenza – Decorrenza della prescrizione in corso di rap-
porto – Crediti retributivi – L. n. 92/2012 – Art. 18 St. lav. – Stabilità
del rapporto di lavoro.**

La modifica apportata dalla l. n. 92/2012 al sistema di tutele previsto dall'art. 18 St. lav. contro i licenziamenti individuali illegittimi, pur costituendo un cambiamento delle garanzie previste in precedenza, non ha fatto venir meno la stabilità dei rapporti di lavoro soggetti a tale disciplina, dal momento che il nuovo regime ha mantenuto intatta la possibilità per il lavoratore di essere reintegrato nelle ipotesi di licenziamento ritorsivo e ha previsto, per tutte le altre ipotesi, una gamma di tutele che, sebbene di natura meramente risarcitoria, non possono essere considerate di esiguo valore. In tali rapporti non è dunque possibile ritenere che il lavoratore sia esposto a quella condizione psicologica di timore da essere indotto a non esercitare il proprio diritto. Pertanto, la prescrizione dei crediti retributivi decorre in corso di rapporto. (2)

(1-2) DECORRENZA DELLA PRESCRIZIONE E ACCESSO ALLA GIUSTIZIA
NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DI MERITO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il sistema tradizionale. — 3. Il significato della stabilità. — 4. La reintegrazione come tutela residuale. — 5. L'incertezza circa la tutela applicabile. — 6. La prescrizione come problema di accesso al diritto e il regime della doppia incertezza. — 7. Note conclusive.

1. — *Premessa* — I recenti sviluppi della giurisprudenza di merito testimoniano come ancor oggi, a qualche anno di distanza dall'entrata in vigore della l. n. 92/2012 prima e del d.lgs. n. 23/2015 poi, la decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi in costanza del rapporto di lavoro sia una questione aperta, destinata a essere nuovamente risolta dalla giurisprudenza delle Corti superiori.

Il presente contributo intende interrogarsi circa gli effetti della recente riduzione delle tutele per il licenziamento illegittimo sulla stabilità del rapporto di lavoro subordinato – elemento, quest'ultimo, che fu elevato dalla Consulta a parametro di riferimento per la determinazione del *dies a quo* da cui far decorrere la prescrizione –, e su come l'attuale incertezza interpretativa sul tema costituisca un ulteriore ostacolo, per i lavoratori, all'accesso ai propri diritti.

2. — *Il sistema tradizionale* — Con la nota sentenza 10.7.1966, n. 63, la Corte costituzionale ha introdotto nel nostro ordinamento il principio in base al quale, per quei rapporti di lavoro non dotati di «adeguata resistenza» all'illecito esercizio del potere datoriale di recesso, la prescrizione dei crediti retributivi debba decorrere dal giorno della loro cessazione.

Ciò perché «il timore del recesso, cioè del licenziamento, spinge o può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia a una parte dei propri diritti», dal momento che detta rinuncia, se intervenuta durante il rapporto, «non può essere considerata una libera espressione di volontà negoziale» e deve pertanto essere ritenuta invalida alla luce dell'art. 36 Cost., ultimo comma (1).

Con tale pronuncia, i giudici costituzionali, pur riconoscendo la prescrivibilità «del diritto alle prestazioni salariali dovute periodicamente dal datore di lavoro», avevano tuttavia evidenziato come l'ordinario regime di decorrenza della prescrizione contenuto negli artt. 2948, n. 4, 2955, n. 2, e 2956, n. 1, c.c. producesse, di fatto, quell'effetto vietato dal dettato costituzionale e dallo stesso art. 2113 c.c., che ammette l'annullamento delle rinunce fatte dal lavoratore in tutti quei casi in cui esse siano intervenute prima della cessazione del rapporto o immediatamente dopo. E ciò avveniva, secondo la Corte, in ragione del predetto ostacolo di natura «materiale» rappresentato dal *metus*.

Per comprendere la ragione di una simile decisione, che fu mossa dal chiaro intento di «proteggere il contraente più debole contro la sua propria debolezza», è necessario evidenziare come essa si inseriva in un contesto, quale quello del diritto del lavoro

(1) Per un'approfondita analisi di questa sentenza, vd. Ghera 2008. Cfr. anche Pera 1966; Santoro Passarelli 1971.

del dopoguerra, ancora fondato sul principio della libera recedibilità e sulla conseguente totale mancanza di protezione giurisdizionale dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro (2).

Negli anni successivi, con la sentenza 12.12.1972, n. 174, la stessa Corte costituzionale adattò tale principio alle nuove forme di tutela introdotte dalla l. n. 604/1966 e, soprattutto, dalla l. n. 300/1970, e nello stesso senso si orientò anche la giurisprudenza di legittimità (3). Ciò portò alla creazione di un nuovo sistema fondato su un rinnovato rapporto di forza tra datori di lavoro e lavoratori, destinato a durare per quasi mezzo secolo: in ragione dell'introduzione nel nostro ordinamento della cd. tutela reale, i giudici costituzionali ritennero che il lavoratore al quale si applicasse detta tutela non avrebbe più avuto timore a rivendicare i propri diritti e, pertanto, in tali casi la prescrizione sarebbe potuta tornare a decorrere in costanza di rapporto.

A questo punto si delineò un regime bipartito. Per i rapporti di lavoro soggetti alla tutela reale di cui all'art. 18 dello Statuto, la prescrizione riprese a decorrere secondo le normali regole civilistiche. Per i rapporti di lavoro assoggettati alla sola tutela obbligatoria prevista dalla l. n. 604/1966, invece, considerati in una condizione più «debole», il decorso della stessa continuò a essere differito sino al termine del rapporto (4).

3. — *Il significato della stabilità* — I recenti sviluppi della giurisprudenza di merito ci offrono, allora, lo spunto per verificare se tale sistema mantenga ancor oggi il medesimo significato, e ciò anche dopo lo sconvolgimento apportato dalle ultime riforme in tema di regime dei licenziamenti individuali, che potrebbe far riemergere nei lavoratori quella situazione di *metus* in grado di spingerli a non esercitare i propri diritti in corso di rapporto.

Occorre premettere che le considerazioni svolte dalle pronunce in esame, la maggior parte delle quali basate sulla disciplina della legge Fornero, non possono non adattarsi anche al *Jobs Act*, rappresentando quest'ultimo, come è stato notato (5), una prosecuzione (anzi, persino un peggioramento) della medesima politica del diritto volta a impoverire il regime di tutela reale e a ridurre lo spazio della tutela risarcitoria.

Di particolare interesse è quanto avvenuto all'interno della Sezione lavoro della Corte d'Appello di Milano, che a distanza di pochissimo tempo, con le sentenze n. 35 e n. 376 del 2019, ha fornito due letture radicalmente differenti della complessa questione.

Nella più recente delle due pronunce (6) in esame, la Corte, confermando quanto già affermato dal giudice di primo grado (7), respinge l'eccezione di parte appellante secondo la quale i crediti vantati dai lavoratori avrebbero dovuto considerarsi prescritti

(2) Napoli 2002, 10.

(3) Si segnala, in particolare, Cass. 12.4.1976, n. 1268, S.U., in *MGL*, 1976, 190 ss.

(4) Ghera 2008; Tamburrino 1979.

(5) Persiani 2018.

(6) Corte d'Appello Milano 30.4.2019, n. 376, inedita a quanto consta.

(7) T. Milano 7.2.2017, n. 339, inedita a quanto consta. Tale pronuncia si rifà pressoché *in toto* alle argomentazioni già espresse dalla precedente sentenza T. Milano 16.12.2015, n. 3460, in *RIDL*, 2016, n. 1, II, 111 ss., con nota di Nuzzo 2016, e oggetto di analisi anche in Maio 2016.

alla luce della tradizionale impostazione che vede, per i rapporti tutelati dall'art. 18 St. lav., la prescrizione iniziare a decorrere dal momento di insorgenza del diritto, e lo fa sostenendo come le modifiche apportate dalla l. n. 92/2012 siano state tali da incidere in maniera netta sulla stabilità dei rapporti di lavoro.

A questo riguardo, i giudici di secondo grado iniziano il proprio percorso argomentativo sottolineando l'assoluta «attualità» del tema, dal momento che «nelle più recenti pronunce della Cassazione [...] la decorrenza della prescrizione viene affermata [...] con esclusivo riferimento ai rapporti assistiti dal diritto alla reintegrazione in caso di licenziamento illegittimo».

In realtà, le sentenze citate (8) non affrontano la questione circa gli effetti scaturiti dalle recenti modifiche al regime dei licenziamenti individuali, ma offrono alla Corte lo spunto per ribadire l'importanza del binomio necessario che intercorre tra reintegrazione e stabilità del rapporto che fu affermato dalla Consulta nella sentenza n. 174/1972, secondo la quale «una vera stabilità non si assicura se all'annullamento dell'avvenuto licenziamento non si faccia seguire la completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente fatta illegittimamente cessare».

Su tale assioma, del resto, si fondava il significato dell'ormai superato sistema della tutela reale, sul quale si è basato a sua volta, per quasi mezzo secolo, il regime di decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi. Come venne sottolineato dai commentatori degli anni immediatamente successivi all'introduzione dello Statuto, lo strumento della tutela reintegratoria, che necessariamente seguiva, dal punto di vista logico, l'accertamento dell'invalidità negoziale dell'atto datoriale, rappresentava, all'interno della sentenza di condanna e a fianco della sanzione risarcitoria (9), l'«unica risposta possibile» (10) da parte dell'ordinamento all'abuso del licenziamento: essa solo era in grado, sul piano sostanziale, di riportare *in pristino* la situazione giuridica violata e, pertanto, senza di essa il pregiudizio patito dal lavoratore sarebbe stato irreversibile (11).

Partendo da tali premesse, la Corte continua evidenziando come, negli anni successivi, detto principio venne fatto proprio dalla stessa giurisprudenza di legittimità, secondo la quale, perché si possa parlare di «adeguata stabilità» di un rapporto di lavoro, è sempre necessario che l'ordinamento subordini il licenziamento a «circostanze obiettive e predeterminate» e che affidi al giudice gli strumenti necessari per rimuovere gli effetti dell'illegittimità dello stesso (12). Tale rimozione, tuttavia, come è stato poi

(8) Cass. 22.9.2017, n. 22172, in *DeJure*; Cass. 22.2.2018, n. 4351, in *DeJure*; Cass. 25.7.2018, n. 19729, in *DeJure*.

(9) Napoli 1980, 41-54. In queste pagine, l'Autore sottolinea come, nel sistema della cd. «stabilità reale» introdotto dal legislatore dell'art. 18 St. lav., il ruolo della tutela reintegratoria fosse quello di ristabilire la situazione giuridica antecedente alla violazione negoziale attuata dal datore di lavoro, mentre quello della tutela risarcitoria, invece, fosse ristorare il lavoratore degli effetti del danno patito *medio tempore*, dal giorno del licenziamento sino a quello della reintegrazione. In questo senso, allora, tali tutele tra loro coordinate rappresentavano per il giudice uno strumento unitario per rimuovere gli effetti dell'illegittima privazione del posto di lavoro.

(10) D'Antona 1979, 13.

(11) *Ivi*, 116.

(12) La sentenza cita al riguardo Cass. 12.4.1976, n. 1268, S.U.; Cass. 19.8.2011, n. 17399, in *DeJure*.

a più riprese ribadito anche dalla dottrina (13), «non può esaurirsi nella previsione di un risarcimento del danno ma deve concretizzarsi nell'ordine di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro» (14).

Il contesto storico-giurisprudenziale appena descritto è stato invece solo parzialmente tenuto in considerazione dalla seconda pronuncia in esame (15). In essa i giudici di secondo grado, pur partendo dai medesimi presupposti, forniscono una lettura differente dell'evoluzione del concetto di stabilità elaborato dalla Consulta e dai giudici di legittimità.

In tale decisione, la Corte muove dall'assunto che il nuovo orizzonte di tutela introdotto dallo Statuto aveva portato quasi nell'immediato i giudici costituzionali a considerare superato il «fondamento giuridico» (16) sul quale si era basata la decisione assunta con la sentenza n. 63/1966, e che il principio in essa contenuto, pertanto, non dovesse trovare applicazione tutte le volte in cui il rapporto di lavoro subordinato fosse caratterizzato da «una particolare forza di resistenza» intesa, secondo tale visione, come mera predisposizione da parte dell'ordinamento di «appositi rimedi giurisdizionali contro ogni illegittima risoluzione».

Così facendo, tuttavia, tale impostazione sembra dimenticarsi di porre la giusta attenzione sul ruolo che la tutela reintegratoria aveva rappresentato all'interno di tale regime, reclamando, al contrario, quale parametro per valutare l'effettiva capacità di «resistenza» di un rapporto, la semplice sottoposizione del licenziamento a presupposti predeterminati assoggettati al sindacato di un giudice investito del potere di adottare soluzioni rimediali che siano «adeguate». Certamente qualcosa di meno rispetto al significato della tutela reale.

Slegare il concetto di stabilità da quello di «necessaria» reintegrazione in caso di illegittimità del licenziamento diventa così funzionale, per la Corte, per affermare l'inutilità oggi di un'estensione generalizzata dello strumento del differimento della prescrizione anche ai nuovi rapporti disegnati dalla riforma. Secondo la sentenza in esame, sarebbe infatti evidente che i regimi previsti dalla legge Fornero e dal *Jobs Act*, pur nel ridotto ambito di applicazione della tutela reintegratoria, abbiano comunque mantenuto vivo il sistema di tutele contro il licenziamento illegittimo e pertanto, seguendo tale orientamento che ha trovato in precedenza concorde anche la Corte d'Appello di Brescia (17) e una buona parte della dottrina (18), non potrebbe certo dirsi che «il grado di stabilità del rapporto di lavoro» sia stato sminuito a tal punto «da far riemergere nel lavoratore quel *metus* che giustifica la non decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto» (19).

(13) Napoli 1980; D'Antona 1979.

(14) Cass. 23.6.2003, n. 9968, in *DeJure*; Cass. 20.6.1997, n. 5494, in *DeJure*; Cass. 13.9.1997, n. 9137, in *DeJure*.

(15) Corte d'Appello Milano 19.2.2019, n. 35, inedita a quanto consta.

(16) C. cost. 12.6.1972, n. 174, in *Consultaonline*, secondo cui «una vera stabilità non si assicura se all'annullamento dell'avvenuto licenziamento non si faccia seguire la completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente fatta illegittimamente cessare».

(17) Corte d'Appello Brescia 16.11.2018, n. 340, inedita a quanto consta; precedentemente, nello stesso senso, Corte d'Appello Brescia 10.4.2018 n. 59, inedita a quanto consta.

(18) Persiani 2018. Precedentemente vd. anche Santoni 2013.

(19) Corte d'Appello Milano 19.2.2019, n. 35, inedita a quanto consta.

4. — *La reintegrazione come tutela residuale* — Tale ultima tesi, tuttavia, non pare condivisibile, stante il radicale mutamento di paradigma apportato dalle riforme citate. Come sottolineato dalla prima pronuncia in analisi, a cui si conformano anche due recenti sentenze delle Corti d'Appello di Firenze (20) e Torino (21), ciò su cui deve concentrarsi l'attenzione dell'interprete è la residualità che riveste oggi la reintegrazione all'interno del regime di tutele contro i licenziamenti illegittimi, essendo limitata a ipotesi «che fungono da eccezione rispetto alla tutela indennitaria» (22).

Tale posizione si pone, del resto, in linea con la posizione della dottrina che ha chiesto una revisione del regime di decorrenza della prescrizione (23), segnalando come vi sia stato, attraverso le riforme degli ultimi anni, un vero e proprio mutamento nel fondamento assiologico su cui storicamente si fondava il diritto del lavoro (24), che ha visto spostare l'asse verso una maggior tutela degli interessi del datore di lavoro (25) insieme a una progressiva riduzione degli strumenti posti a protezione della parte più debole del rapporto (26); elemento quest'ultimo che non ha fatto altro che trasformare il licenziamento illegittimo di un lavoratore in un semplice costo economico per le imprese (27) [peraltro, prima dell'intervento della

(20) Corte d'Appello Firenze 4.4.2019, n. 285, inedita a quanto consta.

(21) Corte d'Appello Torino 2.3.2019, n. 1, inedita a quanto consta.

(22) Corte d'Appello Milano 30.4.2019, n. 376, inedita a quanto consta. Cfr. anche Cass. 9.5.2019, n. 12365, in *DeJure*; Cass. 23.5.2019 n. 14064, in *DeJure*, le quali, in motivazione, evidenziano come nel nuovo regime previsto dall'art. 18, comma 4, St. lav. così come modificato dalla l. n. 92/2012, l'utilizzo dello strumento della tutela reintegratoria da parte del giudice sia ora limitato alle sole ipotesi in cui si accerti «l'abuso consapevole del potere disciplinare» da parte del datore di lavoro, che tuttavia presuppone che nello stesso si sia verificata «una sicura e chiaramente intellegibile conoscenza preventiva [...] della illegittimità del provvedimento espulsivo derivante o dalla insussistenza del fatto contestato oppure dalla chiara riconducibilità del comportamento contestato nell'ambito della previsione della norma collettiva fra le fattispecie ritenute dalle parti sociali inidonee a giustificare l'espulsione del lavoratore».

(23) Maio 2015; Maio 2016; Nuzzo 2016; Ortis 2016; Gadaleta 2017. Precedentemente vd. anche Mainardi 2013.

(24) Perulli 2017; Perulli 2016. Cfr. anche Camilletti 2019; in tale contributo, l'Autore evidenzia la strutturale differenza che intercorre tra la disciplina del diritto potestativo di recesso in ambito civilistico, regolato dall'autonomia delle parti, e quella nell'ambito del contratto di lavoro. In quest'ultimo caso, infatti, in ossequio alla funzione protezionistica del diritto del lavoro volta a maggiormente tutelare la parte debole del contratto, essa è sempre stata concepita, secondo l'Autore, come teleologicamente orientata alla conservazione del vincolo contrattuale, e ciò attraverso una serie di meccanismi volti ad assicurare la continuità del rapporto in tutti quei casi in cui manchi un giustificato motivo (o una giusta causa) che sorregga l'unilaterale manifestazione di volontà da parte del datore di lavoro. Tale impostazione, tuttavia, viene oggi «minacciata» dalla riduzione dello spazio di applicazione della cd. «tutela reale», quale unica vera possibilità per sanzionare il recesso illegittimo e mantenere in vita il rapporto.

(25) Speciale 2016, 723.

(26) *Ibidem*; cfr. anche Cester 2017, 1016 ss., e in particolare la bibliografia critica citata alla nota n. 740, a cui si rimanda.

(27) In questo senso, ancora Perulli 2017, 1065. Sul tema, si potrebbe inoltre riprendere e declinare al presente la considerazione di P. Mazeaud citata in D'Antona 1979, 118, con la quale l'Autore, sottolineando l'importanza della tutela reintegratoria come unico mezzo in grado di prevenire il danno futuro e ristabilire la situazione di diritto lesa dal licenziamento illegittimo, e la conseguente insufficienza della sola persistenza dell'obbligazione retributiva, ha co-

Consulta (28), assolutamente predeterminabile]. Il legislatore, con la l. n. 92/2012, ha infatti introdotto una rosa di sanzioni graduate a seconda della intensità del disvalore della condotta posta in essere dal datore di lavoro. In questo senso, la novella ha predisposto un apparato sanzionatorio depotenziato nel quale coesistono ipotesi di cd. tutela reintegratoria piena (disegnata sullo schema della vecchia tutela reale e prevista unicamente in caso di nullità o inefficacia del licenziamento) e di cd. tutela reintegratoria attenuata (nella quale, a fronte della reintegrazione, la misura indennitaria viene tuttavia sensibilmente ridotta). Al loro fianco – e in questo risiede la principale novità della riforma – l'art. 18 St. lav. contempla ora alcune fattispecie per le quali, pur in presenza della accertata illegittimità del licenziamento, è prevista una sanzione *unicamente* indennitaria.

Con il d.lgs. n. 23/2015, poi, il legislatore ha ulteriormente eroso il campo di applicabilità della tutela reintegratoria: ipotesi ora del tutto marginale, sempre esclusa nel caso di licenziamento per g.m.o e prevista in caso di licenziamento per ragioni soggettive solo a fronte della dimostrazione, gravante sullo stesso lavoratore, dell'insussistenza del fatto materiale contestatogli. Il nuovo apparato sanzionatorio, applicabile ai rapporti di lavoro instaurati successivamente al 7 marzo 2015, si fonda per la maggior parte delle ipotesi su tutele di natura meramente indennitaria graduate, prima del recente intervento della Corte costituzionale, in proporzione all'anzianità di servizio del lavoratore all'interno, peraltro, di una forbice che prevedeva nel minimo importi assai ridotti (29).

Difficile non rilevare, allora, come il ridisegnato sistema di tutele poste a garanzia del lavoratore proponga ormai, nell'uno e nell'altro regime (anche se con gradi di intensità differenti), la perdita definitiva del posto di lavoro come una conseguenza non più solamente possibile, ma addirittura «normale» del licenziamento illegittimo.

5. — *L'incertezza circa la tutela applicabile* — In opposizione all'orientamento che reclama un ritorno al «differimento» della decorrenza della prescrizione al momento della cessazione per la generalità dei rapporti di lavoro subordinato, ciò che sottolineano, al contrario, sia altra parte della dottrina (30) che le sentenze delle Corti d'Appello di Milano e Brescia sopracitate è la permanenza oggi di uno spazio, seppur più limitato, dedicato allo strumento della reintegrazione.

Queste ultime, infatti, non mancano di ribadire «che entrambe le nuove discipline continuano a garantire questo tipo di tutela nel caso [...] di licenziamento discriminatorio o dovuto a motivo illecito» (31), a fianco, peraltro, della «previsione di indennità risarcitorie di non esiguo valore» (32), e che tale adeguato sistema con-

si affermato con riguardo a quest'ultimo aspetto: «[La vittima del licenziamento] non potrà reagire: sarà pagata e non ha nessun altro diritto; basta poter pagare per poter permettersi tutto».

(28) C. cost. 8.11.2018, n. 194, in *Consultaonline*, vd. *infra*.

(29) Per un più approfondito esame e una valutazione critica delle novità normative rappresentate dalla l. n. 92/2012 e dal d.lgs. n. 23/2015, cfr. Cester 2017.

(30) Persiani 2018.

(31) Corte d'Appello Brescia 16.11.2018, n. 340, inedita a quanto consta.

(32) Corte d'Appello Milano 19.2.2019, n. 35, inedita a quanto consta.

sente «di non ritenere il lavoratore esposto a quella situazione psicologica di timore da essere indotto a non esercitare il proprio diritto» (33).

Secondo questa impostazione, aver mantenuto la possibilità per il giudice di utilizzare lo strumento reintegratorio nelle ipotesi ritorsive, ossia quelle logicamente più legate all'avvenuta rivendicazione dei diritti, permette al sistema di garantire ancor oggi quel grado di stabilità tale da non ingenerare nel lavoratore il timore di perdere definitivamente il proprio posto di lavoro. In tutte le altre ipotesi, nelle quali invece il licenziamento si fonda su ragioni differenti, esso viene tutelato da strumenti di natura risarcitoria, parametrati sulla base del danno effettivamente subito e dunque, da questo punto di vista, certamente adeguati. Una simile lettura ha indotto a dubitare che si siano ripresentate, oggi, quelle condizioni di strutturale sottoprotezione del lavoratore subordinato vigenti negli anni sessanta e che avevano giustificato l'intervento della Corte costituzionale.

Detta argomentazione, tuttavia, non convince. Come affermato, in particolare, dalle pronunce delle Corti d'Appello di Milano e Firenze, «al di là delle note difficoltà probatorie che incombono sul lavoratore per dimostrare il carattere ritorsivo del licenziamento» (34), ciò che realmente conta al fine di vagliare l'esistenza, oggi, del *metus* è la «condizione soggettiva di incertezza circa la tutela (reintegratoria o indennitaria) applicabile nell'ipotesi di licenziamento illegittimo, accertabile solo *ex post* nell'ipotesi di contestazione giudiziale del recesso datoriale» (35).

Non sarà più, dunque, come per il vecchio regime di recesso *ad nutum* o per le ipotesi che sono sempre state escluse dal perimetro della tutela reale, il timore di perdere il posto di lavoro, affiancato alla certezza di non poterlo riottenere, a causare la tacita rinuncia del lavoratore ai propri diritti. In tale nuovo sistema, detto fattore sarà invece rappresentato dall'incertezza circa la sanzione (se reintegratoria o risarcitoria) applicabile a fronte dell'illegittimità del possibile licenziamento: cosa che costringerà i lavoratori ad affrontare un calcolo di costi e benefici non esente da un elevato grado di rischio e che spingerà la maggior parte di essi a optare, probabilmente, per la rinuncia ai propri diritti quale contropartita necessaria al mantenimento del posto di lavoro.

A sostegno di simili argomentazioni, le pronunce in esame richiamano il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità (36) che pone l'attenzione sul «concreto atteggiarsi» del rapporto di lavoro e che venne elaborato, in particolare, con riferimento alle ipotesi nelle quali un rapporto autonomo – necessariamente «debole» – venga successivamente qualificato dal giudice come subordinato e stabile. Ciò che tale interpretazione intende valorizzare è l'*effettività* della situazione di *metus* in cui

(33) *Ivi*.

(34) Corte d'Appello Firenze 4.4.2019 n. 285, inedita a quanto consta; su questo tema, inoltre, si vedano ancora Maio 2015 e Maio 2016, nei quali l'Autore, oltre a ribadire la sussistenza di un eccessivo onere probatorio in capo al lavoratore che intenda dimostrare la ritorsività del licenziamento, sottolinea come una salvaguardia simile alla tutela reale («di diritto comune») sia stata prevista, in passato, per le ipotesi di licenziamento ritorsivo dei dirigenti o dei lavoratori delle imprese minori, senza che tuttavia ciò fosse ritenuto sufficiente dalla giurisprudenza per far decorrere la prescrizione in costanza di rapporto.

(35) Corte d'Appello Milano 30.4.2019, n. 376, inedita a quanto consta.

(36) Cass. 28.3.2012, n. 4942, S.U., in *Defure*; Cass. 10.4.2000, n. 4520, in *Defure*; Cass. 4.6.2014, n. 12553, in *Defure*.

versa il lavoratore, e non già la condizione psicologica che sarebbe sussistita in applicazione della «diversa normativa garantistica che avrebbe dovuto astrattamente regolare il rapporto, ove questo fosse sorto fin dall'inizio con le modalità e la disciplina che il giudice, con un giudizio necessariamente *ex post*, riconosce applicabili» (37).

Detto richiamo coglie nel segno. Come affermato dalla Cassazione, se in tali casi la prescrizione non decorre in costanza del rapporto poiché esso, nel suo concreto atteggiarsi, è sì subordinato, ma formalmente ancora autonomo e dunque non tutelato, in caso di recesso del datore, dalla disciplina garantista applicabile unicamente in seguito al futuro ed eventuale accertamento giudiziale (38), allora alla medesima conclusione è necessario giungere in tutti i casi in cui il rapporto è soggetto a una rosa di tutele di natura principalmente risarcitoria e che potrebbe anche astrattamente essere tutelato dallo strumento della reintegrazione, ma solamente attraverso un eventuale e successivo (e non del tutto certo) provvedimento del giudice.

Del resto tra i datori di lavoro con meno di 16 dipendenti il recesso per ritorsione è – da sempre – sanzionato con la reintegra, ma questo non ha mai fatto dubitare sulla mancata decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto.

6. — *La prescrizione come problema di accesso al diritto e il regime della doppia incertezza* — Un simile dibattito coinvolge un tema fondamentale per l'ordinamento costituzionale, ossia quello dell'esercitabilità dei diritti. Come è stato evidenziato dagli studi in tema di accesso alla giustizia (39), tale questione, che fu centrale negli interventi della Corte costituzionale ricordati, muove dall'assunto secondo il quale la titolarità di determinati diritti resta priva di significato in assenza di adeguati meccanismi che ne garantiscano l'effettiva rivendicazione e che permettano ai soggetti più deboli di superare gli ostacoli di natura sostanziale (40) che ne inibiscono l'esercizio (41).

Da questo punto di vista, si può allora affermare che i richiamati interventi sul piano dell'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme che regolano il regime di decorrenza della prescrizione, lungi dal rappresentare una forzatura del sistema (42), non siano stati altro che uno strumento con il quale riequilibrare la diseguale distribuzione del potere tra datori e prestatori di lavoro e, quindi, per permettere a questi ultimi il godimento effettivo di diritti, il cui esercizio sarebbe stato altrimenti ostacolato, attraverso una rinuncia di fatto, dalla citata situazione di timore verso un ingiusto licenziamento.

(37) Corte d'Appello Milano 30.4.2019, n. 376, inedita a quanto consta.

(38) Cass. 23.1.2009, n. 1717, in *DeJure*.

(39) Sul tema, in particolare, vd. Cappelletti, Garth 1978. Inoltre, per un approfondimento sugli studi in tema di «accesso alla giustizia» nell'opera di Mauro Cappelletti, vd. i più recenti: Cartabia 2016; Trocker 2016.

(40) Cappelletti, Garth 1978. Tali ostacoli sono stati storicamente individuati nella mancanza di risorse economiche adeguate, di informazione e cultura giuridica, nonché di organizzazione politica: tutti fattori riconducibili alla diversa distribuzione del potere all'interno della società.

(41) Meccanismi che sono stati previsti in vario modo da tutti i diversi ordinamenti transitati dal modello dello Stato liberale a quello dello Stato costituzionale e assistenziale. Sul tema, ancora: Cappelletti, Garth 1978; Trocker 1979, Denti 1980.

(42) Di argomentazioni «metagiuridiche» e «sociologiche» si parla in Persiani 2018.

In questo senso va letta anche l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale e di legittimità a seguito dell'entrata in vigore dello Statuto che, una volta mutati i rapporti di forza in senso più favorevole per una certa categoria di lavoratori, hanno creato un sistema di differenti porte di accesso al medesimo diritto per situazioni che, sul piano sostanziale, erano divenute anch'esse differenti. Così facendo, esse hanno dato piena realizzazione, in ossequio non solo all'art. 3, ma anche agli articoli 24 e 111 della Costituzione, al dovere proprio dello Stato costituzionale contemporaneo di rimuovere gli ostacoli di vario genere che i cittadini meno privilegiati incontrano a causa della loro condizione di debolezza sociale, attraverso la predisposizione per gli stessi dei mezzi necessari per agire e difendersi in giudizio (43).

Simili considerazioni aprono la strada a una lettura costituzionalmente orientata della situazione attuale. Quando le Corti d'Appello di Milano e Firenze si soffermano sugli ostacoli rappresentati dall'*incertezza* circa il sistema di tutele, non fanno altro che ragionare sull'adeguato grado di esercitabilità di un diritto alla luce delle nuove condizioni sostanziali nelle quali il lavoratore si trova: argomentazioni che paiono ineccepibili.

È bene sottolineare, inoltre, come la diversità di interpretazioni sopra descritta all'interno della giurisprudenza di merito costituisca essa stessa, per il lavoratore, un fattore in grado di aumentare l'incertezza.

L'elemento dell'indeterminatezza circa il «tempo dell'azione» a cui sono oggi soggetti i lavoratori subordinati assume, infatti, un'importanza fondamentale, poiché è idoneo a produrre pericolose storture del sistema. Un'ipotesi che non potrà dirsi ora affatto residuale sarà quella in cui il lavoratore, che non è più in grado di conoscere realmente il grado di stabilità del proprio rapporto di lavoro, decida di rivolgersi al giudice solo al termine del rapporto, ma si veda poi dichiarare prescritti i propri diritti da parte di quella giurisprudenza che considera la sua condizione ancora sufficientemente «resistente».

Difficile, però, a questo punto, non vedere il forte valore dissuasivo che l'aumento esponenziale dei rischi per i lavoratori che intendano agire in difesa dei propri diritti porta necessariamente con sé (44).

7. — *Note conclusive* — Non resta che attendere sul punto una posizione della Cassazione. Nel frattempo, nell'odierno contesto di forte incertezza applicativa, un'indicazione riguardante la direzione da seguire sul tema è stata recentemente fornita, ancora una volta, dai giudici costituzionali, che con la sentenza n. 194 dell'8.11.2018 (45) hanno offerto un vero e proprio invito a tenere adeguatamente in considerazione la rinnovata esigenza di tutela per la parte più debole del rapporto, in armonia con la centralità rivestita dal lavoro all'interno della Costituzione (46).

(43) Si pensi all'istituto del gratuito patrocinio, ma anche alla stessa creazione del rito del lavoro. Su quest'ultimo tema, ancora Trocker 1979; Denti 1980. Per un'analisi critica più recente in tema di «accesso alla giustizia», vd. Trocker 2018.

(44) In questo senso allora potrebbero essere letti i dati riportati in D'Amuri, Nizzi 2018, i quali dimostrano la contrazione del contenzioso in materia di lavoro privato a seguito di legge Fornero e *Jobs Act*.

(45) Per un commento critico di tale pronuncia, cfr.: Speziale 2019; Giubboni 2019.

(46) Speziale 2019, 9.

Con tale pronuncia, in particolare, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del rigido criterio di quantificazione, fondato sull'anzianità di servizio, dell'indennità risarcitoria prevista dall'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23/2015 in caso di licenziamento illegittimo (anche nella sua versione modificata dalla d.l. n. 87/2018, cd. decreto Dignità), ma, almeno incidentalmente, sembra aver fornito anche un'indicazione di massima circa la «capacità di resistenza» dell'odierno modello di contratto di lavoro subordinato così come ridisegnato dalle recenti riforme.

Giudicando, infatti, il sistema di quantificazione troppo sfavorevole per un lavoratore che si trovi a subire un danno maggiore rispetto al risarcimento calcolato in base alla sola anzianità di servizio, essa, in primo luogo, non si è sottratta dal sottolineare come l'adozione di uno strumento quale la liquidazione «legale forfettizzata e standardizzata» dell'indennità risarcitoria avvenga, per di più, «proprio quando viene meno la tutela reale» (47).

Un simile inciso, lungi dal far ritenere che i giudici costituzionali si siano spinti sino a entrare nel merito rispetto a scelte spettanti unicamente al legislatore, sembra infatti rimarcare la condizione di generalizzato indebolimento nel quale versa oggi il lavoratore subordinato rispetto alla possibilità di perdere il proprio posto di lavoro, sufficiente, di per sé, a smentire la citata giurisprudenza di merito e la dottrina che hanno negato con forza che le recenti riforme in materia possano aver in qualche modo inciso sulla tutela reintegratoria e la permanenza del rapporto di lavoro.

Ma la Corte fa di più. Dopo aver, infatti, ricordato che «i limiti posti al potere di recesso del datore di lavoro correggono un disequilibrio di fatto esistente nel contratto», essa coglie l'occasione per richiamare alcune sue pronunce rese a cavallo degli anni sessanta e settanta e per ribadire così il principio secondo il quale vi è uno stretto legame che collega la «tutela del lavoro in tutte le sue forme e applicazioni» e l'effettivo esercizio degli altri diritti fondamentali «di libertà sindacale, politica e religiosa» (48).

Così facendo, la Consulta sembra allora lanciare un avvertimento in tema di garanzie riguardanti l'effettiva esercitabilità dei diritti, dal momento che, come è stato notato (49), con tale sentenza essa aderisce all'interpretazione secondo la quale «un'adeguata tutela contro i licenziamenti ingiustificati è strumentale alla «agibilità» di altri diritti fondamentali» (50), tra i quali, come è evidente dall'esplicito richiamo alla famosa sentenza n. 63/1966, rientra quello alla retribuzione.

Alla luce di tutto ciò, della nuova debolezza dei rapporti di lavoro subordinato è oggi difficile dubitare, e va pertanto condivisa l'opinione espressa dalle sentenze di merito in commento che hanno evidenziato la necessità di estendere il differimento della decorrenza della prescrizione alla generalità degli stessi.

In assenza di interventi normativi o costituzionali che vadano in qualche modo a interpretare nuovamente e in un senso diverso gli articoli del codice civile che regolano il regime di prescrizione dei crediti retributivi non si vede, infatti, come si possa non ritenere ancora operante il principio che collega tale strumento di tutela alla debolezza dei rapporti di lavoro. Anzi, ciò ne rappresenta oggi un necessario contrappeso.

(47) C. cost. 8.11.2018, n. 194.

(48) *Ivi*.

(49) Speciale 2019, 15.

(50) *Ibidem*.

Riferimenti bibliografici

- Camilletti F. (2019), *La funzione del diritto di recesso nella disciplina civilistica generale e nel diritto del lavoro, tra libertà contrattuale e finalità protezionistiche*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 2.
- Cappelletti M., Garth B. (1978), *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*, in *Buffalo Law Review*, n. 27, II, 181 ss.
- Cartabia M. (2016), *Mauro Cappelletti: «One of the Precious Few» della nostra generazione*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 115 ss.
- Cester C. (2017), *Le tutele*, in Gragnoli E. (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, in Carinci F. Persiani M. (diretto da), *Trattato di Diritto del lavoro*. vol. V, Wolter Kluwer-Cedam, Padova, 726 ss.
- D'Amuri F., Nizzi R. (2018), *Tendenze recenti nel contenzioso in materia di lavoro privato*, in *DRI*, n. 3, 947 ss.
- D'Antona M. (1979), *La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, Cedam, Padova.
- Denti V. (1980), *Patrocinio dei non abbienti e accesso alla giustizia: problemi e prospettive di riforma*, in *FI*, V, 125 ss.
- Gadaleta F. (2017), *La prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore subordinato e gli «equivoci» della giurisprudenza*, in *DRI*, n. 3, 851 ss.
- Ghera E. (2008), *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della Corte costituzionale*, in *RIDL*, n. 1, I, 3 ss.
- Giubboni S. (2019), *Il licenziamento nel contratto di lavoro a tutele crescenti dopo la sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale*, parte I, in *FI*, n. 1, I, 92 ss.
- Mainardi S. (2013), *Prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore tra vecchi e nuovi concetti di stabilità del rapporto di lavoro*, in *GI*, n. 4, 881 ss.
- Maio V. (2015), *Stabilità e prescrizione nel lavoro cd. a tutele crescenti*, in *ADL*, n. 3, I, 545 ss.
- Maio V. (2016), *Ancora su stabilità e metus dopo le recenti riforme dei licenziamenti ed una prima sentenza*, in *ADL*, n. 3, I, 559 ss.
- Napoli M. (1980), *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, FrancoAngeli, Milano.
- Napoli M. (2002), *Elogio alla stabilità*, in *QDLRI*, n. 26, 9 ss.
- Nuzzo V. (2016), *La prescrizione dei crediti di lavoro e il timore del licenziamento dopo la legge Fornero*, in *RIDL*, n. 1, II, 112 ss.
- Ortis S. (2016), *Il Jobs Act e la prescrizione dei crediti di lavoro*, in *DRI*, n. 1, 292 ss.
- Pera G. (1966), *Sulla decorrenza della prescrizione per il diritto al salario*, in *FI*, n. 10, I, 1652 ss.
- Persiani M. (2018), *Situazione psicologica di timore, stabilità e prescrizione dei crediti di lavoro*, in *ADL*, n. 1, I, 3 ss.
- Perulli A. (2016), *L'idea di diritto del lavoro, oggi*, in *LD*, n. 1, 17 ss.
- Perulli A. (2017), *Una questione di «valore»: il Jobs Act alla prova di costituzionalità*, in *DRI*, n. 4, 1059 ss.
- Santoni F. (2013), *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro e la legge n. 92/2012*, in *RIDL*, n. 4, I, 881 ss.
- Santoro Passarelli F. (1971), *Riflessioni sulla prescrizione nel rapporto di lavoro*, in *RDL*, n. 1, 10 ss.

- Speziale V. (2016), *La trasformazione del diritto del lavoro*, in *LD*, n. 4, 719 ss.
- Speziale V. (2019), *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *RGL*, n. 1, I, 3 ss.
- Tamburrino G. (1976), *Nuove osservazioni sulla prescrizione dei diritti dei lavoratori e sulla decorrenza nel corso del rapporto di lavoro*, in *MGL*, 191 ss.
- Trocker N. (1979), *Assistenza legale e accesso alla giustizia. Due studi sull'evoluzione dell'assistenza legale ai meno abbienti nel mondo contemporaneo*, Giuffrè, Milano.
- Trocker N. (2016), *Processo e Costituzione nell'opera di Mauro Cappelletti: elementi di una moderna «teoria» del processo*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 157 ss.
- Trocker N. (2018), *Accesso alla giustizia e «degiurisdizionalizzazione»: il tramonto del diritto al giudice e al giudizio?*, in *Diritto costituzionale*, n. 3, 37 ss.

Marco Guerini

*Collaboratore della cattedra di Diritto del lavoro
e Diritto antidiscriminatorio presso l'Università di Brescia*

I

CORTE D'APPELLO MILANO, 20.2.2019 – Pres. Vitali, Est. Casella – A.N. (avv. Mangia) c. M.S. Spa (avv. Salvà) e N.G. Srl (avv. ti Marro, Mancini).

Appalto – Pulizia – Art. 4 Ccnl multiservizi – Clausola sociale – Diritto al passaggio – Fatto costitutivo – Licenziamento – Insussistenza.

Ai sensi dell'art. 4 del Ccnl multiservizi il lavoratore ha diritto di essere assunto dal nuovo appaltatore non in quanto licenziato dal precedente, bensì in quanto addetto all'appalto in questione da un determinato periodo di tempo. Il diritto del lavoratore a conservare il suo posto di lavoro presso l'appalto non è subordinato alla circostanza che l'impresa uscente lo licenzi benché l'intimazione preventiva di licenziamento usualmente accompagni i casi di cambio appalto. (1)

II

TRIBUNALE TRENTO, 5.2.2019 – Est. Flaim – X.Y. c. Y.Z.

Appalto – Ristorazione – Art. 29, c. 3, d.lgs. n. 276/2003 – Passaggio di personale – Clausola sociale – Trasferimento d'azienda – Requisiti – Sussistenza.

Indipendentemente dalla qualificazione formale del passaggio di personale nell'ambito di un appalto capital intensive, avvenuto in forza di una clausola sociale prevista dal Ccnl turismo, laddove l'avvicendamento si accompagni al transito di beni materiali di non trascurabile entità quest'ultimo dovrà essere riqualificato ai sensi dell'art. 2112 c.c. (2)

(1-2) IL PASSAGGIO DEL PERSONALE NELL'AVVICENDAMENTO
TRA APPALTATORI: REGOLAMENTO DEI CONFINI
TRA CLAUSOLA SOCIALE E TRASFERIMENTO D'AZIENDA

SOMMARIO: 1. La sentenza della Corte d'Appello di Milano. — 2. ... e quella del Tribunale di Trento. — 3. Il difficile rapporto tra clausole sociali di assorbimento e trasferimento d'azienda. — 4. Licenziamento e nuova assunzione. — 5. Conclusioni.

1. — *La sentenza della Corte d'Appello di Milano* — Le due pronunce in commento sono accomunate dalla vicenda che le ha originate: la successione tra due appaltatori

nell'ambito di una commessa pubblica. All'origine della decisione della Corte d'Appello di Milano vi è l'avvicendamento nella gestione di un servizio di pulizie presso alloggi di edilizia pubblica al verificarsi del quale un lavoratore aveva rivendicato il transito presso il subentrante in forza dell'art. 4 Ccnl multiservizi. La norma collettiva prevede, invero, che in caso di cessazione di un appalto venga garantita agli addetti in organico l'assunzione presso il subentrante senza esperimento di alcun periodo di prova. Eppure, nel caso *de quo*, il nuovo appaltatore aveva rifiutato l'assunzione, motivando la decisione con l'assenza del nominativo del lavoratore dall'elenco trasmesso dall'operatore uscente (1).

Il giudice di primo grado aveva rigettato il ricorso del lavoratore essendo questo successivo all'annullamento giudiziale del licenziamento economico irrogato dall'appaltatore uscente. Secondo l'impostazione del giudice di prime cure, infatti, il presupposto essenziale all'applicazione della procedura di cambio appalto di cui all'art. 4 Ccnl multiservizi, quindi ai fini dell'insorgenza del diritto al passaggio in capo al lavoratore, è rappresentato dalla «cessazione del rapporto di lavoro» con l'uscente.

Laddove tale cessazione non si verifichi, o perché il lavoratore non è stato licenziato o perché questi ha *medio tempore* ottenuto la reintegrazione presso il datore uscente, non sorgerebbe alcun diritto nei confronti del subentrante. L'interpretazione del giudice di primo grado è, quindi, *tranchante*: in occasione di un cambio appalto preceduto dal licenziamento economico da parte del datore uscente, al lavoratore licenziato sarebbe consentito impugnare il recesso datoriale, sì da ottenere la reintegra, o alternativamente agire per ottenere l'assunzione presso il subentrante.

La Corte d'Appello di Milano disattende tale lettura riformando l'arresto sia sul fronte della corretta interpretazione della clausola sociale di cui all'art. 4 del Ccnl multiservizi, sia con riguardo alla compatibilità tra le due istanze: impugnazione del licenziamento irrogato dal datore uscente e costituzione del rapporto presso il subentrante. Le due azioni, lungi dall'essere contraddittorie, in alcuni casi sarebbero interdipendenti, poiché l'accoglimento della prima è necessario per poter dimostrare la sussistenza del diritto su cui si fonda la seconda. Il diritto al passaggio presso il nuovo appaltatore non scaturisce, invero, dal licenziamento ma contempla quale suo fatto costitutivo la mera *cessazione* dell'appalto oltre, ovviamente, all'adibizione del lavoratore all'appalto cessato; anche il dipendente il cui rapporto fosse ancora in essere potrebbe, del resto, aver interesse a transitare presso il subentrante.

La sentenza di Milano poco o nulla dice, invece, sull'art. 29, c. 3, d.lgs. n. 276/2003, e sulla sua interpretazione. In proposito, la Corte si limita ad affermare sinteticamente come – contrariamente a quanto sostenuto nel precedente grado di giudizio – avvicendamento tra appaltatori e trasferimento d'azienda costituiscano fattispecie distinte, anche successivamente al 2016. A sostegno di tale lettura, tuttavia, i

(1) Sul punto, cfr. Cass. 6.11.2018, n. 28246, in www.leggiditalia.it, per cui l'obbligo di assunzione previsto dall'art. 4 Ccnl multiservizi «non risulta subordinato a condizioni specifiche né, tantomeno, alla preventiva consegna della comunicazione inerente le quantità e caratteristiche dei lavoratori addetti all'appalto. Tale documentazione assume rilievo al solo fine della identificazione dei lavoratori e alla conoscenza delle anzianità, delle qualifiche e inquadramenti degli stessi, ma non può costituire elemento integrativo del diritto all'assunzione». In tal senso anche Cass. 19.1.2015, n. 779, in www.leggiditalia.it.

giudici si concentrano sugli effetti derivanti dalla qualificazione in termini di trasferimento o di cambio appalto, ma non sui suoi presupposti, ossia sulle pretese difformità strutturali esistenti tra le due menzionate fattispecie «commerciali».

2. — ... e quella del Tribunale di Trento — La sentenza del Tribunale di Trento, invece, si caratterizza per ricchezza nella ricostruzione del quadro giurisprudenziale in materia di trasferimento d'azienda e, conseguentemente, dei tratti che lo connotano rispetto al mero cambio appalto (2). Il caso affrontato dal giudice di Trento nasceva dall'avvicendamento avvenuto nell'ambito di un appalto per la ristorazione di una Asl; in specie la continuità del rapporto di lavoro dei dipendenti era garantita dall'art. 332 del Ccnl turismo, in forza del quale, oltre al rispetto di una procedura di informazione e consultazione delle parti sociali, è sancita la necessità che ai lavoratori transitati siano applicate le medesime condizioni contrattuali, senza esperimento del periodo di prova né assolvimento dell'obbligo di preavviso da parte dell'uscente.

Sebbene nel caso in rassegna il passaggio dei lavoratori fosse avvenuto in forza della clausola sociale, alcuni di essi avevano rivendicato come il transito dovesse essere invece ascrivito alla fattispecie di cui all'art. 2112 c.c., con il conseguente godimento delle (più intense) diverse tutele approntate dalla norma codicistica. La domanda dei lavoratori si fondava principalmente sulla circostanza che, oltre ad aver assunto tutti i dipendenti dell'uscente, il subentrante avesse acquisito dal suo predecessore beni di non trascurabile entità, tra cui i locali e le attrezzature impiegate.

Il giudice di Trento, accertata la natura *capital intensive* dell'attività appaltata, conclude riqualificando la successione tra i due appaltatori nella gestione della ristorazione dell'ospedale committente in termini di trasferimento d'azienda. A tal fine rilievo determinante è stato assegnato alla circostanza che il subentrante avesse rilevato dal suo predecessore gli elementi materiali indispensabili per l'esercizio dell'attività di ristorazione (tra cui locali e attrezzature) (3). Per contro, prive di impatto sono state considerate le modifiche e innovazioni asseritamente apportate dal subentrante all'organizzazione e alle modalità di svolgimento della prestazione appaltata.

3. — *Il difficile rapporto tra clausole sociali di assorbimento e trasferimento d'azienda* — I fatti trattati nelle sentenze in esame costituiscono l'occasione, a dire il vero sempre più frequente nel recente contesto produttivo, per riflettere sulle implicazioni dei cd. cambi appalto consistenti – principalmente (4) – nel mutamento dell'affidatario di un appalto a seguito di cessazione del contratto stipulato dal committente con il precedente gestore. Il ricco contenzioso in materia, la scelta normativa di cristallizzare nel Codice

(2) Nelle more della pubblicazione del presente contributo, la sentenza è stata confermata in appello: C. App. Trento 5.8.2019, n. 75, inedita a quanto consta.

(3) Nel settore della ristorazione collettiva, l'avvicendamento tra appaltatori avviene frequentemente attraverso il passaggio di beni materiali che sono potenzialmente idonei a integrare l'azienda o il ramo oggetto di trasferimento. Sulla preponderanza, in tale settore, dell'elemento materiale su quello umano ai fini della valutazione degli indici di trasferimento cfr. C. Giust. 20.11.2003, C-340/01, *Abler c. Sodexho*, in *LG*, 2004, 27 ss., con nota di Casale.

(4) Vi è, infatti, la possibilità che le procedure di cambio appalto (e le garanzie contemplate) vengano applicate anche alle ipotesi in cui il menzionato mutamento nella gestione riguardi il subappaltatore o, addirittura, la reinternalizzazione del servizio in capo al committente.

appalti il principio di stabilità occupazionale (art. 50 del d.lgs. n. 50/2016) (5), ma anche la diffusione di contratti collettivi e iniziative regolamentari locali e nazionali recanti clausole sociali (6), dimostrano che laddove un ente, pubblico o privato, decida di rinunciare alla gestione diretta di un servizio (o di un'attività) consegni quest'ultimo e i lavoratori a esso adibiti a una inevitabile instabilità – derivante dalla natura stessa dell'appalto, ossia un contratto di durata – che esige di essere arginata per ragioni di carattere sociale ma anche, soprattutto nel settore pubblico, di tutela dell'utenza.

Le vicende commerciali a-tecnicamente definite «cambi appalto» presentano elementi di somiglianza con le fattispecie ascrivibili al trasferimento d'azienda, anch'esse caratterizzate dal mutamento della figura datoriale; ragion per cui, in entrambi i casi, è stata garantita (seppure con intensità differente) la continuità dei rapporti di lavoro coinvolti (7). Ciononostante, è lo stesso legislatore, nel 2003, a dichiarare espressamente che le ipotesi giuridiche di avvicendamento tra appaltatori e trasferimento d'azienda debbano essere mantenute distinte (8). Il testo originario dell'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 sanciva, infatti, che, laddove l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto fosse avvenuta a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto, non si sarebbe realizzato un trasferimento d'azienda o di un suo ramo.

Nel timore che la previsione potesse condurre a una elusione della disciplina europea sul trasferimento d'azienda, fu avviata a carico dell'Italia una procedura di preinfrazione per violazione della Direttiva n. 2001/23. Al legislatore italiano non rimase che intervenire, modificando il testo dell'art. 29 attraverso la legge europea 7.7.2016, n. 122. Stando all'attuale versione della norma, affinché l'operatività dell'art. 2112 c.c. possa essere inibita, la successione tra appaltatori deve essere caratterizzata da elementi di discontinuità nell'impresa dell'uscente e del subentrante tali da determinare in capo a ciascuno degli appaltatori due specifiche e distinguibili identità economiche (9).

La novella del 2016 ha confermato che, pur in presenza di una clausola sociale di riassorbimento del personale, qualora l'avvicendamento tra appaltatori si traduca in una successione di attività nel contesto di un'immutata entità economica organizzata [e non nella successione tra distinte entità economiche organizzate (10) imputabili al

(5) Sull'impatto del nuovo Codice appalti (d.lgs. n. 50/2016) cfr. Lo Faro 2018; Lo Faro, Scarpelli 2017, 381, nonché, sulla Direttiva n. 2014/24, Allamprese, Orlandini 2014, 169.

(6) A titolo meramente esemplificativo cfr. Regione Toscana, delibera 7.4.2015, n. 43322.4.2015 – Bollettino ufficiale della Regione Toscana; Regione Piemonte, delibera regionale 24.10.2017, n. 242-39472, rubricata «Applicazione del Protocollo d'intesa recante "Linee guida in materia di appalti pubblici e concessioni di lavori, forniture e servizi"» approvato con delibera della giunta regionale 30.5.2016, n. 13-3370. Parte del contenuto viene ribadita nel Protocollo raggiunto tra l'Anci e Cgil, Cisl e Uil del Piemonte sugli appalti pubblici (11.12.2017), n. 16-115.

(7) Alvino 2018; Villa 2016; Senatori, 2003.

(8) Sitzia 2017; Marinelli 2011; Brino 2014; Lozito 2015; Villa 2016.

(9) T. Bologna 7.7.2017, in *ADL*, 2018, n. 1, 280 ss., con nota di Casiello, e in *Ilgiuslavorista.it*, 2017, con nota di Alvino; Sitzia 2017; Cosattini 2016.

(10) Coerentemente con la giurisprudenza europea sul punto, cui si aggiunge, oltre a quella già citata, C. Giust. 6.3.2014, C-458/2012, *Amatori e c.*, punti 30 e 31; nonché C. Giust. 6.9.2011, C-108/10, *Scattolon*, punto 60.

precedente e al nuovo gestore], troverà applicazione la disciplina inderogabile in materia di trasferimento d'azienda, con le connesse tutele, individuali e collettive; a nulla rileverebbe in tal caso la formale applicazione di una clausola sociale o la qualificazione della transizione (ad esempio, in sede di accordo sindacale) quale procedura di cambio appalto. Parimenti, se la discontinuità tra le imprese – individuata dall'art. 29 quale elemento in grado di escludere l'applicazione dell'art. 2112 c.c. – non dovesse essere significativa, prescindendo dal trasferimento contestuale di beni materiali e dall'esistenza di rapporti contrattuali tra uscente e subentrante, si potrà comunque ridefinire la transizione in termini di trasferimento d'azienda (11).

La novella apportata risulta coerente con il sistema se si considera che la disciplina sul trasferimento d'azienda, per costante insegnamento giurisprudenziale, è applicabile indipendentemente dalla qualificazione formale assegnata alla vicenda circolatoria, dallo strumento negoziale che ha realizzato il mutamento nonché dall'esistenza di un rapporto diretto tra cedente e cessionario (12); anzi, se si considera l'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 29 precedente al 2016 la modifica potrebbe apparire addirittura ridondante.

Secondo l'orientamento della Corte di Cassazione, anche l'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 vecchio testo avrebbe dovuto essere inteso nel senso che, laddove un imprenditore subentri a un altro e, nel contempo, ne acquisisca personale e beni strumentali organizzati (ossia l'azienda), la fattispecie non potrebbe che essere qualificata ai sensi dell'art. 2112 c.c. «pena un'ingiustificata aporia nell'ordinamento» (13). Il che non equivale ad affermare che la mera assunzione di personale da parte del subentrante integri in quanto tale il trasferimento d'azienda «ove non si accompagni alla cessione dell'azienda o di un suo ramo autonomo» (14). Il subentro, insomma, può essere ridefinito come trasferimento d'azienda laddove sia connotato dagli indici sintomatici del passaggio di beni di non trascurabile entità «trasferiti non nella loro autonoma individualità ma nella loro funzione unitaria e strumentale in quanto destinati all'esercizio dell'impresa» (15) e/o di un gruppo di dipendenti coordinati e organizzati stabilmente (16) sì da consentire l'assolvimento di un compito comune, ossia l'esercizio e la conti-

(11) T. Roma 29.6.2016, in *RGL*, 2017, II, 122 ss.

(12) C. App. Torino 14.6.2018, n. 381, in *wikilabour.it* (cd. caso *All Food*).

(13) Cass. 16.12.2016, n. 24972, in *leggiditalia.it*. Tra i precedenti: Cass. 16.5.2013, n. 11918; Cass. 13.4.2011, n. 8460; Cass. 15.10.2010, n. 21278; Cass. 10.3.2009, n. 5708; Cass. 8.10.2007, n. 21023; Cass. 13.1.2005, n. 493; Cass. 27.4.2004, n. 8054, in *www.leggiditalia.it*. Si comprendono quindi le perplessità manifestate in dottrina circa l'effettiva utilità della modifica del 2016, che potrebbe, invero, apparire ridondante. Di rischio di ingessamento del mercato (poiché la possibile riqualificazione ex art. 2112 c.c. costituirebbe un disincentivo alla partecipazione ai bandi e un ostacolo alla concorrenza) parla Salvaia (2018, cit.), ma anche Cosattini (2016). Sembra invece difendere la scelta del legislatore del 2016, «finalmente» intervenuto a individuare e differenziare in modo più preciso successione nell'appalto e trasferimento, Faleri (2018).

(14) Cass. 31.5.2016, n. 11247, in *leggiditalia.it*.

(15) T. Milano 23.6.2017, n. 1236, in *RIDL*, 2018, II, 15 ss., con nota di Cosattini; Cass. 15.3.2017, n. 6770; Cass. 19.5.2017, n. 12720; T. Firenze 17.10.2014, in *ADL*, 2015, 473 ss.

(16) O «almeno del *know-how* o di altri caratteri idonei a conferire autonomia operativa a un gruppo di dipendenti». «Altrimenti» – continua la Corte – «ostandovi il disposto del d.lgs.

nuazione dell'impresa (17). Sia prima sia dopo il 2016 resta, pertanto, imprescindibile la valutazione della fattispecie concreta e delle circostanze fattuali che l'accompagnano (18), non potendo l'interprete arrestarsi innanzi alla definizione del passaggio quale applicazione di una clausola sociale, sia essa prevista dal Ccnl o dal bando.

La possibile e non automatica sovrapposibilità tra le due fattispecie, con conseguente prevalenza della disciplina inderogabile contenuta all'art. 2112 c.c. nonché nella Direttiva n. 2001/23 in presenza dei descritti indici sintomatici, trova conferma nell'interpretazione Corte di Giustizia. Con riferimento a ipotesi di successione nell'appalto di un servizio accompagnata da un passaggio di beni di non trascurabile entità, tale da rendere possibile lo svolgimento di una specifica impresa, nonché dall'assunzione di alcuni o di tutti i dipendenti già addetti presso la precedente, i giudici europei hanno, infatti, ritenuto dovesse essere applicata la disciplina di trasferimento d'azienda. La nozione di «cessione contrattuale» contenuta nella Direttiva n. 2001/23 (art. 1, lett. a) è, invero, estensibile a tutti i casi di mutamento della persona fisica o giuridica che assume le obbligazioni del datore di lavoro nei confronti dei dipendenti dell'impresa medesima (19), a nulla rilevando l'assenza di rapporti diretti tra i due appaltatori o la circostanza che il trasferimento sia avvenuto in due fasi per il tramite di un intermediario (nei casi che ci occupano: cessazione del vecchio appalto; aggiudicazione/avvio del nuovo appalto) (20).

n. 276/2003, art. 29, c. 3, non in contrasto, sul punto, con la giurisprudenza eurounitaria, che consente, ma non impone, di estendere l'ambito di protezione dei lavoratori di cui alla Direttiva n. 2001/23 a ipotesi ulteriori rispetto a quella del trasferimento di azienda. Sicché non esiste un diritto dei lavoratori licenziati dall'appaltatore cessato al trasferimento automatico all'impresa subentrante»: Cass. 29.3.2019, n. 8922 (in linea con Cass. 6.12.2016, n. 24972, nonché con T. Venezia 9.1.2019, in *leggiditalia.it*).

(17) Cass. 12.4.2016, n. 7121. In dottrina: Romei 2003; Novella 2014; Lepore 2014; Corazza 2010.

(18) Di tale avviso anche Alvino 2018. La necessità di una valutazione del complesso delle circostanze di fatto, resa ancora più stringente oggi dalla possibile sovrapposizione con la successione in forza di clausola sociale, era già evincibile dalla consolidata giurisprudenza dell'Ue. In proposito cfr. C. Giust. 24.1.2002, C-51/00, *Temco Service Industries Sa c. Imzilyen*, punto 24; C. Giust. 11.3.1997, C-13/95, *Ayşe Suzen*, punto 14, ove si legge che per determinare se sussistano le caratteristiche di un trasferimento di un'entità economica «va preso in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione di cui trattasi, tra le quali rientrano, in particolare, il tipo di impresa o di stabilimento in questione, la cessione o meno di elementi materiali, come gli edifici e i beni mobili, il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, nonché il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di tali attività. Tali elementi costituiscono tuttavia soltanto aspetti parziali della valutazione complessiva cui si deve procedere e non possono, perciò, essere considerati isolatamente». Recentemente nello stesso senso anche C. Giust. 9.9.2015, C-160/14, *Ferreira da Silva e Brito e a.* In linea con tale impostazione Cass. 12.4.2016, n. 7121, in *leggiditalia.it*.

(19) Non è, quindi, richiesta la sussistenza di rapporti contrattuali diretti tra cedente e cessionario, tanto che la cessione può essere realizzata anche in due fasi per effetto della intermediazione di un terzo nell'ambito per l'appunto di una successione di operatori in un appalto: C. Giust. 7.3.1996, C-171/94 e C-172/94, *Merckx*; C. Giust. 10.12.1998, C-173/96, *Hidalgo*; C. Giust. 24.1.2002, C-51/00, *Temco Service*, e C. Giust. 20.11.2003, C-340/01, *Abler*.

(20) C. Giust. 7.3.1996, *Merckx*, cit.

Elemento che dovrà attrarre le riflessioni dell'interprete sarà quindi la *discontinuità* tra le attività economiche organizzate imputabili ai due appaltatori: concetto relazionale che allude a un confronto tra le due strutture (21) e che corrisponde *a contrario* alla valutazione della eventuale conservazione dell'entità economica (22). L'interprete sarà cioè chiamato a ponderare «il tipo d'impresa o di stabilimento in questione, la cessione o meno degli elementi materiali, il valore degli elementi materiali al momento del trasferimento, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di tali attività»; elementi la cui valutazione, a sua volta, varierà a seconda dell'attività esercitata (se *labour* o *capital intensive*) o dei metodi di produzione o di gestione utilizzati (23).

L'opzione per l'una o per l'altra fattispecie (avvicendamento in appalto o trasferimento d'azienda) determina conseguenze rilevanti che è utile ricordare, seppure sinteticamente (24). Il passaggio alle dipendenze del subentrante in forza di una clausola sociale, infatti, comporta comunque l'instaurazione di un *nuovo* rapporto di lavoro alle dipendenze del subentrante, essendo necessario il consenso del lavoratore (25). La sottoscrizione di un autonomo contratto alle dipendenze del subentrante potrebbe, in alcuni casi (benché sul punto dovrà prestarsi attenzione al contenuto della clausola sociale operante nel caso concreto), consentire a quest'ultimo di apporvi un patto di prova (26). Per quanto, invece, attiene al datore di lavoro uscente, questi sarà tenuto alla corresponsione di quanto maturato dal lavoratore a titolo di retribuzioni e spettanze di fine rapporto oltre alla corresponsione dell'indennità di mancato preavviso, ovviamente laddove il licenziamento eventualmente irrogato non sia stato rispettoso del termine prescritto.

La descritta cesura dell'*iter* lavorativo del dipendente transitato presso il nuovo appaltatore non è, invece, riscontrabile nell'ambito di un trasferimento d'azienda o di un suo ramo, che, in linea con il principio di impermeabilità del rapporto di lavoro innanzi alle vicende modificative del datore, prevede che il personale transiti senza necessità di ottenerne il consenso (27). Al pari di quanto avviene nelle fattispecie con-

(21) Sulla portata determinante del requisito di discontinuità e continuità cfr.: Tullini 2018; Marazza 2018.

(22) Sull'impossibilità che detta discontinuità possa essere integrata dalla mera riduzione quantitativa dell'appalto (quindi l'aggiudicazione di un appalto «più circoscritto») cfr. T. Bologna 7.7.2017, in *leggiditalia.it*.

(23) Cfr., sul punto, Cass. 15.3.2017, n. 6770, in *www.leggiditalia.it*.

(24) In materia di trasferimento d'azienda la dottrina è ricca; senza pretesa di completezza cfr.: Pacchiana Parravicini 2017; Santoro Passarelli 2014; Novella 2014; Ratti 2014; Speciale 2006; Scarpelli 2004, 91.

(25) Sull'inquadramento giuridico delle clausole sociali di riassorbimento del personale cfr. Ratti 2018.

(26) Sulla illegittimità dell'apposizione del patto di prova all'assunzione di personale con funzione di direzione esecutiva ed elevata professionalità nell'ambito di un cambio appalto regolato dal Ccnl turismo, cfr. Cass. 14.7.2017, n. 17528, in *LG*, 2018, n. 6, 594 ss., con nota di Menicucci.

(27) Per una sintesi delle ragioni a sostegno della tesi della rilevanza del consenso del lavoratore nell'ambito del trasferimento d'azienda si veda Scarpelli 1999, 491.

trattuali «triangolari» di decentramento produttivo (appalto, distacco, somministrazione), il patrimonio del lavoratore troverà ulteriore garanzia nella predisposizione di un meccanismo di responsabilità solidale in capo al cessionario per i crediti in essere al momento del passaggio. Il lavoratore potrà, quindi, agire indifferentemente nei confronti del cedente e del cessionario per il recupero dei propri crediti di lavoro (28).

Ipotizzando che il passaggio di personale non sia accompagnato dagli indici del trasferimento d'azienda ma integri un mero avvicendamento nell'ambito dell'appalto (29), vi saranno anche riflessi di carattere procedurale. Il lavoratore che intenderà agire giudizialmente al fine di ottenere l'adempimento della clausola contrattuale di assorbimento e, quindi, ottenere il passaggio alle dipendenze del nuovo appaltatore non sarà, infatti, soggetto al termine decadenziale previsto dall'art. 32, comma 4, lett. c, del Collegato lavoro (l. n. 183/2010). Né il rispetto di tale termine potrà essere preteso ai sensi dell'art. 32, comma 4, lett. d, che si riferisce, come noto, ai casi in cui «si chieda la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal titolare del contratto». Nel passaggio, con nuova assunzione, alle dipendenze del subentrante, infatti, il lavoratore «non pone in discussione la legittimità o la validità del precedente rapporto né la validità della sua cessazione o della sua modificazione», limitandosi a pretendere l'adempimento di una previsione contrattuale dalla quale scaturisce il suo diritto all'assunzione presso un nuovo soggetto datoriale (30), purché essa discenda dall'iniziativa datoriale dell'uscente e non dalle dimissioni del lavoratore (31).

Sin da una rapida lettura dell'art. 2112 c.c. e delle clausole sociali più note (32) si comprende, quindi, quale sia la ragione che potrebbe spingere un lavoratore a insistere per la riqualificazione del transito ai sensi dell'art. 2112 c.c. anziché ai sensi della clausola sociale. Domanda che, per quanto di interesse in questa sede, ha trovato appunto accoglimento con la pronuncia di Trento in esame.

4. — *Licenziamento e nuova assunzione* — Le clausole di stabilità occupazionale sanciscono spesso, impropriamente, l'immediato passaggio dei lavoratori dal vecchio al

(28) Con specifico riguardo al destino del Tfr maturato presso il cedente cfr. C. App. Milano 17.9.2014, n. 618 (in *bollettinoadapt.it*), in linea con l'orientamento della Cassazione sull'attrazione del Tfr nell'area di copertura della responsabilità solidale tra cedente e cessionario; Cass. 11.9.2013, n. 20837; Cass. 14.5.2013, n. 11479; Cass. 23.11.2009, n. 24635, in *leggiditalia.it*. Si rammenta come, nella prevalenza dei casi, in occasione del trasferimento d'azienda il lavoratore (in sede assistita) liberi il cedente da tali debiti.

(29) Occorre peraltro precisare che, al di là delle espressioni utilizzate dalla contrattazione collettiva e oramai diffuse, pur trattandosi dello stesso servizio/attività (ergo dello stesso oggetto d'appalto), il contratto d'appalto stipulato dal subentrante sarà nuovo e diverso rispetto a quello cessato con l'appaltatore uscente (da qui la possibilità che il committente vi apporti delle modifiche). Cfr., sul punto, anche Barraco 2008.

(30) Cass. 25.5.2017, n. 13179, in *LG*, 2017, n. 12, 1078 ss., con nota di Menicucci, oltre a C. App. Milano 20.2.2019 in commento. Resta invece ovviamente ferma la soggezione a tale termine decadenziale dell'impugnazione del recesso eventualmente intimato dall'uscente.

(31) C. App. Genova 28.11.2016, n. 441, in *www.leggiditalia.it*.

(32) Tra le più note clausole sociali, oltre all'art. 4 del Ccnl multiservizi e all'art. 332 del Ccnl turismo, vd. l'art. 37 del Ccnl cooperative sociali, l'art. 6 del Ccnl Fise-Assoambiente, l'art. 25 del Ccnl vigilanza e servizi fiduciari.

nuovo appaltatore ma, come si è anticipato, il transito presuppone la cessazione del precedente rapporto di lavoro e l'instaurazione di uno nuovo, *ergo* una soluzione di continuità (33). I due rapporti di lavoro, cioè, restano distinti per l'intera loro durata.

La cessazione del rapporto con il precedente datore *può* assumere la forma di un licenziamento dovuto a giustificato motivo oggettivo (34). A questo riguardo, la circostanza che operi una clausola sociale, in grado di garantire la prosecuzione del rapporto di lavoro, non potrà attenuare l'onere del datore di adempiere all'obbligo di *repechage* (35); questi sarà, ad esempio, tenuto a dimostrare di non poter ricollocare i lavoratori adibiti alla commessa cessata su altri appalti (36).

I vizi che dovessero eventualmente inficiare il licenziamento ben potranno essere oggetto di un'azione del lavoratore, indipendentemente dal suo effettivo passaggio presso il subentrante (37). La garanzia contrattuale collettiva ha, infatti, lo scopo di «assicurare la stabilità e continuità dell'occupazione, ma lascia distinti i rapporti lavorativi (non a caso si definisce un rapporto *ex novo* con l'impresa subentrante)», di talché non solo la regola contrattuale non potrebbe mai escludere la tutela legale che sanziona il recesso illegittimo, ma neppure sarebbe invocabile per sostenere l'impossibilità di intraprendere iniziative contro il recesso datoriale, trattandosi di distinti rapporti contrattuali rispetto ai quali differenti sono le obbligazioni e responsabilità datoriali (38). *A fortiori* non si potrebbe dedurre dalla costituzione di un rapporto presso il subentrante una rinuncia all'impugnazione o l'acquiescenza nei confronti del licenziamento (39). Il lavoratore licenziato, transitato, ben potrebbe conservare l'interesse a rivendicare giudizialmente la reintegra presso l'uscente per ragioni, ad esempio, legate alle (eventualmente più vantaggiose) condizioni economiche e normative dallo stesso applicate (40).

(33) Ratti 2018.

(34) Sul punto Cass. 27.10.2017, n. 25653, in *www.leggiditalia.it*. Si è peraltro osservato che la cessazione dell'appalto, che può costituire un'ipotesi di licenziamento economico, non determina l'automatica risoluzione del rapporto di lavoro; ragion per cui se i lavoratori non accettano di essere assunti dalla nuova società appaltatrice ai sensi del contratto collettivo applicabile, il datore di lavoro, ove sussista giustificato motivo oggettivo di licenziamento, deve procedere a intimare loro un formale atto di recesso, proseguendo altrimenti il rapporto di lavoro anche dopo la cessazione dell'appalto, con assegnazione a una nuova sede. Cfr. T. Milano 14.12.2012, in *leggiditalia.it*.

(35) Cass. 9.6.2005, n. 12136, in *www.leggiditalia.it*.

(36) T. Milano 20.11.2012, ord., in *leggiditalia.it*.

(37) Cfr. Cass. 20.11.2018, n. 29922, in linea con il precedente Cass. 2.11.2016, n. 22121, in *www.leggiditalia.it*.

(38) Cass. 20.11.2018, n. 29922, in *www.leggiditalia.it*.

(39) Cass. 29.5.2007, n. 12613, cui *adde* Cass. 24.2.2006, n. 4166; T. Milano 2.2.2017, in *leggiditalia.it*.

(40) Cass. 22.11.2016, n. 23732, in *GI*, 2017, 1170 ss. Sul punto si concorda con quanto osservato da Villa 2016. Si può, cioè, ipotizzare che prima del d.lgs. n. 23/2015 i dipendenti dell'appaltatore uscente non avessero, di regola, interesse a rivendicare il mantenimento del posto di lavoro presso lo stesso poiché la clausola sociale garantiva l'occupazione presso un nuovo datore. L'instaurazione del nuovo rapporto, successivamente al marzo 2015, comporta una riduzione delle tutele in caso di licenziamento illegittimo; da qui l'incremento dell'interesse a voler preservare il precedente rapporto, ove ciò sia possibile.

Con riguardo al rapporto tra licenziamento e nuova assunzione in forza di clausola sociale, occorre, infine, ricordare, seppur brevemente, l'esistenza di una previsione, l'art. 7, c. 4-*bis*, l. 31.12.2007, n. 248, convertito con l. n. 31/2008, ai sensi della quale, nelle more della completa attuazione della disciplina in materia di tutela dei lavoratori impiegati in appalti e al fine di favorire la piena occupazione e di garantire l'invarianza del trattamento economico complessivo dei lavoratori, «l'acquisizione del personale già impiegato nel medesimo appalto, a seguito del subentro di un nuovo appaltatore, non comporta l'applicazione delle disposizioni» di cui all'art. 24, l. n. 223/1991, nei confronti dei lavoratori riassunti dall'azienda subentrante. Tale esclusione è però subordinata all'applicazione, in sede di assunzione, di pari condizioni economiche e normative previste dai contratti collettivi nazionali di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative o a seguito di accordi collettivi con le predette organizzazioni (41). La norma è spesso oggetto di contenzioso poiché consente di accedere a un rilevante beneficio (dal punto di vista datoriale) condizionandolo alla sussistenza di requisiti di operatività che, vista la natura inderogabile della l. n. 223/1991, dovranno essere oggetto di un'interpretazione e applicazione rigorosa.

Benché la previsione citata renda ulteriormente frammentario l'articolato quadro regolatore delle esternalizzazioni, aumentandone la complessità, essa si pone come corollario consequenziale rispetto al già menzionato principio di continuità dei rapporti di lavoro garantito dalle clausole di stabilità occupazionale (42): principio che trova ulteriore riscontro nel più recente art. 7 del d.lgs. n. 23/2015. La norma, ai fini della quantificazione dell'indennità a fronte di un licenziamento illegittimo, impone, invero, di considerare anche l'anzianità maturata alle dipendenze dei precedenti appaltatori, seppur in forza di rapporti differenti e già cessati, a esito dei quali il lavoratore ha già conseguito le indennità connesse alla fine del rapporto (43).

5. — *Conclusioni* — Le soluzioni offerte dai giudici nei casi in commento appaiono coerenti con il quadro interpretativo e normativo attuale. Le ombre eventualmente esistenti nei percorsi argomentativi sono, infatti, espressione di un difetto a monte consistente nell'assenza di una definizione univoca di «cambio appalto», trovando tale «fenomeno», «vicenda» od «operazione» una sua disciplina principalmente in sede collettiva, la cui ampiezza varia a seconda della categoria e del settore. Sorte differente ha riguardato il trasferimento d'azienda, la cui nozione può godere non solo di un dato testuale sufficientemente preciso ma anche di una giurisprudenza nazionale ed europea decisamente ricca. Lo stesso art. 29, c. 3, d.lgs. n. 276/2003, sul quale ci si è brevemente intrattenuti, contiene solo una descrizione *a contrario* del cambio appalto: esso sussiste ogniqualevolta il passaggio di personale non presenti i

(41) Sul punto, cfr.: Cass. 17.8.2018, n. 20772, in *www.leggiditalia.it*; Cass. 2.11.2016, n. 22121, in *LG*, 2017, n. 4, 355 ss.; C. App. Roma 2.2.2018, n. 470, in *LG*, 2018, 828 ss.; critico nei confronti dell'orientamento della Cassazione Cosio 2018.

(42) Ci si riferisce al commento a margine della sentenza della C. App. Roma 2.2.2018, n. 470, in *LG*, 2018, 828 ss., con nota di Salvalaio.

(43) Cass. 13.4.2017, n. 9589, in *www.leggiditalia.it*.

caratteri del trasferimento d'azienda. Lo sforzo interpretativo del giudice varierà inevitabilmente a seconda della tipologia dell'attività appaltata, se *capital intensive* o *labour intensive*. In quest'ultimo caso l'attività giurisprudenziale di regolamento dei confini tra avvicendamento e trasferimento sarà ancora meno agevole, vista la potenziale coincidenza tra oggetto dell'appalto e azienda (o suo ramo).

A ciò si aggiunga un ulteriore dato. Successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016, la totalità degli appalti pubblici promuove la stabilità occupazionale proprio attraverso l'integrazione di clausole sociali (*rectius*: il richiamo di Ccnl che le contempli) che prevedano il passaggio di personale tra appaltatori. Ebbene, la normativizzazione di tale misura (art. 50 del d.lgs. n. 50/2016), unitamente al nuovo testo dell'art. 29, c. 3, d.lgs. n. 276/2003, porterà a un verosimile aumento del contenzioso attivato da quanti pretendano una riqualificazione del passaggio ai sensi dell'art. 2112 c.c. Non può, quindi, essere ignorata l'esistenza del rischio che strumenti nati per perseguire doverosi obiettivi di carattere sociale possano essere percepiti, soprattutto dagli operatori economici, come potenziale porta di accesso al più stringente regime dell'art. 2112 c.c. e, quindi, come disincentivo alla partecipazione alle gare; diventa, pertanto, ancor più necessaria un'attenta e scrupolosa interpretazione degli elementi che caratterizzano un'azienda e gli effetti del suo trasferimento (44).

Riferimenti bibliografici

- Allamprese A. Orlandini G. (2014), *Le norme di rilievo lavoristico nella nuova Direttiva sugli appalti pubblici*, in RGL, I, 169 ss.
- Alvino I. (2018), *La nozione di trasferimento d'azienda alla prova del fenomeno dei cambi appalto: un cantiere ancora aperto?*, in DRI, n. 2, 556 ss.
- Barraco E. (2008), *Trasferimento d'azienda e successione nell'appalto: interpretazione sistematica degli articoli 29, comma 3, e 32 del decreto legislativo n. 276/2003*, in DRI, n. 3, 759 ss.
- Borgogelli F. (2016), *Le clausole sociali di equo trattamento negli appalti pubblici: problemi e possibili soluzioni. Rapporto Prin Destrutturazione dell'impresa e tutela dei lavoratori: strumenti di governance*, in www.regolazionedeimercati.it/sites/default/files/Report, 118 ss.
- Brino V. (2014), *Successione di appalti e tutela della continuità dell'occupazione*, in Aimo M.P., Izzi D. (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino, 109 ss.
- Corazza L. (2010), *Trasferimento parziale d'impresa e autonomia organizzativa nel prisma della giurisprudenza europea*, in LG, n. 11 – allegato 1, 15 ss.

(44) Sul punto, seppur con riferimento al testo precedente al 2006, valgono ancora le considerazioni di Barraco 2008, secondo il quale la riassunzione di personale in forza di clausola sociale costituisce trasferimento d'azienda (in caso di *labour intensive*) solo se riguarda un gruppo organizzato di dipendenti specificamente e stabilmente assegnati a un compito comune anche in assenza di cessione di elementi materiali quando il nuovo appaltatore sia privo di una propria e autonoma struttura organizzativa.

- Cosattini G. (2016), *Cambio Appalto e trasferimento d'azienda: un intervento normativo poco meditato*, in *LG*, n. 11, 953 ss.
- Cosio R. (2018), *Cambi di appalto, licenziamenti, trasferimenti di azienda e clausole sociali*, in *Lavoro Diritti Europa*, 19 novembre.
- Faleri C. (2018), *Ciò che appalto non è. A proposito dell'intervento riformatore in materia di successione di appalti e trasferimento di azienda*, in *G.Comm.*, 1044 ss.
- Izzi D. (2018), *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Giappichelli, Torino.
- Lepore A. (2014), *Il trasferimento d'azienda*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, Torino.
- Lo Faro A. (2018), *Le clausole sociali nel nuovo Codice degli appalti pubblici: rinnovamento o continuità?*, in Calcaterra L. (a cura di), *Tutele del lavoro ed esigenze della produzione. Scritti in onore di Raffaele De Luca Tamajo*, ES, Napoli.
- Lo Faro A., Scarpelli F. (2017), *La regolarizzazione degli appalti tra normativa nazionale ed europea, giurisprudenza, prassi. Introduzione*, in *RGL*, I, 381 ss.
- Lozito F. (2015), *Le clausole di assorbimento della manodopera negli appalti privati tra vincoli costituzionali ed europei*, in Carinci M.T. (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa: scelte organizzative e diritto del lavoro*, Giuffré, Milano, 307 ss.
- Marazza M. (2018), *Contributo allo studio della fattispecie del ramo di azienda (art. 2112, comma quinto, cod. civ.)*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 363/2018.
- Marinelli F. (2011), *La tutela del posto di lavoro in caso di cessazione dell'appalto*, in Carinci F. et al. (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici, Inquadramento giuridico ed effettività*, Wolters Kluwer, Milano, 219 ss.
- Marinipietri I. (2017), *La clausola sociale di stabilità nel nuovo Codice degli appalti pubblici*, in Garofalo D. (a cura di), *Appalti e lavoro*, vol. I, Giappichelli, Torino.
- Novella M. (2014), *Il trasferimento di ramo d'azienda*, in Aimo M.P., Izzi D. (a cura di), *Esterneizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino.
- Pacchiana Parravicini G. (2017), voce *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni*, in *ED*, Giuffré, Milano.
- Ratti L. (2014), *Le garanzie per i lavoratori nelle vicende traslative dell'impresa*, in Aimo M.P., Izzi D., *Esterneizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino.
- Ratti L. (2018), *Autonomia collettiva e tutela dell'occupazione*, Giappichelli, Torino.
- Romei R. (2003), *Azienda, impresa, trasferimento*, in *DLRI*, 49 ss.
- Salvalaio M. (2018), *Il difettoso meccanismo del «subentro» nella successione di appalto*, in *LG*, n. 8-9, 833 ss.
- Santoro Passarelli G. (2014), *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'impresa e di articolazione funzionalmente autonoma*, Giappichelli, Torino.
- Scarpelli F. (1999), *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni. Le opinioni di (Mariella Magnani e) Franco Scarpelli*, in *DLRI*, 491 ss.
- Scarpelli F. (2004), *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi*, in *QDLRI*, n. 28, 91 ss.
- Senatori I. (2003), *Successione nell'appalto e trasferimento d'azienda: il vincolo comunitario*, in *RGL*, I, 605 ss.
- Sitzia A. (2017), *Il subentro di nuovo appaltatore dopo la legge europea 2015-2016*, in *LG*, n. 6, 537 ss.

- Speziale V. (2006), *Appalti e trasferimento d'azienda*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 41, 1 ss.
- Tullini P. (2018), *Concorrenza ed equità nel mercato europeo: una scommessa difficile (ma necessaria) per il diritto del lavoro*, in RIDL, I, 199 ss.
- Villa E. (2016), *Successione nell'appalto e trasferimento d'azienda*, in Perulli A. (a cura di), *L'idea di diritto del lavoro, oggi*, Cedam, Padova.

Marta Giaconi
*Ricercatrice di Diritto del lavoro
presso l'Università di Milano «Bicocca»*

CORTE D'APPELLO VENEZIA, 8.11.2018 – Pres. Perina, Est. Multari –
Instesa San Paolo Private Banking Spa (avv.ti Alliegro, Baldieri) c. R.G.
(avv.ti Rossi, Miazzi, Carollo).

**Patto di non concorrenza – Violazione – Corrispettivo – Limite di oggetto
– Mutamento di mansioni – Limite territoriale – Indeterminatezza –
Nullità.**

Ai fini della validità del patto di non concorrenza, il corrispettivo spettante al lavoratore per l'obbligazione assunta e i limiti territoriali di applicazione dello stesso devono essere determinabili ex ante con parametri oggettivi, ravvisandosi una violazione ogni qual volta l'entità del corrispettivo o l'area geografica di riferimento siano agganciate a potenziali determinazioni unilaterali del datore di lavoro. (1)

(1) È Nullo il patto di non concorrenza che prevede
corrispettivo e/o limiti territoriali indeterminabili *ex ante*

1. — La sentenza in esame affronta la questione della nullità del patto di non concorrenza per violazione dei limiti di cui all'art. 2125 c.c., e in particolare per indeterminatezza del corrispettivo e dell'ambito territoriale di riferimento.

Benché i giudici di merito non si discostino da quelli che sembrano essere gli orientamenti ormai dominanti, la pronuncia merita un'attenzione particolare in quanto le peculiarità del caso in esame offrono lo spunto per fare un po' di chiarezza su diversi aspetti, in passato oggetto di indirizzi contrastanti da parte tanto della dottrina quanto della giurisprudenza.

Il giudizio riguarda un dipendente di banca con mansioni di *private banker* e gestione di portafoglio cliente che ha sottoscritto un patto di non concorrenza di durata triennale con obbligo, una volta cessato il rapporto, di non svolgere attività concorrenziale per 20 mesi, a fronte di un corrispettivo di 5.000 euro annui.

Una clausola del patto prevedeva che quest'ultimo fosse «territorialmente limitato [...] alla Regione Veneto e interessa[ss]e comunque l'area geografica corrispondente a quella assegnata [al dipendente] al momento della cessazione del rapporto», e che il lavoratore si impegnasse a non acquisire, per conto proprio o per conto terzi, «clienti [...] gestiti e/o acquisiti durante il rapporto di lavoro».

Il contratto prevedeva inoltre che «il patto [...] si correla all'espletamento della sua attività di *private banker*, conseguentemente, nel caso in cui ella venisse assegnato a una posizione lavorativa diversa da quella sopra indicata, la società cesserà di corrispondere l'indennità prevista e le obbligazioni previste dal patto di non concorrenza a suo carico verranno a caducarsi trascorsi 12 mesi dalla nuova assegnazione».

Alla luce delle suddette clausole, il giudice di primo grado aveva dichiarato il patto nullo per violazione dell'art. 2125 c.c., e in particolare per indeterminatezza del corrispettivo, con obbligo del dipendente di restituire quanto corrisposto dalla società *medio tempore*.

La pronuncia viene in seguito confermata dalla Corte d'Appello di Venezia, che dichiara la nullità del patto in esame per indeterminatezza tanto del corrispettivo quanto dell'ambito territoriale di riferimento.

In primo luogo, la Corte d'Appello di Venezia sottolinea come il contratto oggetto di valutazione sia affetto di nullità per indeterminatezza del compenso pattuito.

I giudici, confermando un proprio precedente del 2015 (C. App. Venezia n. 130/15, inedita a quanto consta), hanno precisato che ai fini della validità del patto di non concorrenza è necessario che il corrispettivo spettante al lavoratore per l'obbligazione assunta sia determinabile *ex ante* con parametri oggettivi, ravvisando una violazione ogni qual volta la sua entità sia agganciata a un elemento variabile e non conoscibile della durata del rapporto.

Nel caso in esame, il compenso era stato pattuito in misura fissa, pari a 5.000 euro l'anno, da erogare in aggiunta alla normale retribuzione, per la durata di tre anni, ossia, per un importo complessivo pari a 15.000 euro.

Fin qui i giudici di merito, tanto di primo che di secondo grado, riconoscono la legittimità della pattuizione.

Benché tanto la giurisprudenza quanto la dottrina si siano più volte interrogate sulla validità di un compenso erogato in corso di rapporto, con esiti contrastanti (In senso favorevole, T. Ancona 13.6.2017, con nota di Salvatore 2018; T. Milano 16.6.1999, con nota di Pilati 2000; Cass. 13.6.2003, n. 9491, con nota di Pardini 2004; Pret. Milano 22.2.1999, con nota di Paolucci 2000; T. Milano 21.7.2005, in *OGL*, 2005, n. 3, 567 ss.; Cass. 4.4.1991, n. 3507, in *MGL*, 1991, 273 ss.; Cass. 26.10.1982, n. 5617, in *RIDL*, 1983, II, 642 ss.; Cass. 13.5.1975, n. 1846, in *FI*, 1975, I, 2248 ss.; Pret. L'Aquila 22.3.1989, in *GC*, 1989, I, 1466 ss.; Pret. Torino 2.4.1982, in *OGL*, 1983, 769 ss.; in dottrina: Melchionna 1966; Alibrandi 1975 e Zoli 2003. In senso contrario: T. Milano 18.6.2001, in *De&L*, 2001, 968 ss.; C. App. Torino 13.3.1964, in *OGL*, 1964, 343 ss.; T. Milano 11.9.2004, in *RCDL*, 2004, 941 ss.; T. Ascoli Piceno, 22.10.2010 e T. Milano 28.9.2010, entrambe inedite a quanto consta; mentre in dottrina: Magrini 1966; Fabris 1976; Pera 1996 e Pagliaro 1960), le modalità di erogazione previste dal contratto in esame sconfiguravano il rischio di indeterminatezza del compenso.

Nella maggior parte dei casi sottoposti al vaglio delle Corti la corresponsione del compenso in costanza di rapporto non consente di determinare *a priori* la sua entità, in quanto l'eventuale termine anticipato del rapporto pone fine all'erogazione del corrispettivo.

Nel caso in esame, invece, essendo la determinazione dell'ammontare riconnessa «non alla durata del rapporto di lavoro, la quale è effettivamente indeterminabile e imprevedibile *ex ante*, bensì alla durata del patto di non concorrenza, prestabilita nella misura fissa di 3 anni», l'eventuale recesso non ha alcuna influenza sul compenso che verrà comunque corrisposto per l'intera durata del patto.

Il requisito della determinatezza *ex ante* del compenso, tuttavia, risulta vulnerato dalla citata clausola che consente al datore di lavoro, in caso di modifica unilaterale delle mansioni, di cessare la corresponsione dell'indennità prevista, riducendo a 12 mesi dalla nuova assegnazione l'arco temporale di inibizione al lavoro da parte del dipendente.

Il giudizio della Corte è assolutamente condivisibile, sebbene, come rilevato nella

stessa sentenza, già il Tribunale di Milano, con ordinanza del 29.1.2016 (inedita a quanto consta), in un caso simile, aveva ritenuto ammissibile la medesima clausola in quanto «non si parla di cessazione del rapporto, né i 12 mesi decorrono dalla cessazione, ma dalla nuova assegnazione», limitandosi «di fatto a prevedere un obbligo di non concorrenza che è connaturale a ogni rapporto di lavoro».

A ben vedere, infatti, lasciare al datore di lavoro la possibilità, insindacabile, di incidere tanto sulla durata del patto e quindi sull'ammontare complessivo del corrispettivo, quanto sulla durata delle obbligazioni in capo al lavoratore, riducendola da 20 mesi dalla cessazione del rapporto a 12 mesi dalla nuova assegnazione, può essere assimilata a una sorta di facoltà di recesso dal patto stesso concessa all'azienda.

Recenti orientamenti giurisprudenziali dispongono infatti la nullità dei patti di non concorrenza che prevedono clausole di recesso unilaterale (Cass. 13.6.2003, n. 9491, con nota di Bartalotta 2004 e di Pardini 2004; Cass. 16.8.2004, n. 15952, inedita a quanto consta; Cass. 8.1.2013, n. 212, con nota di Di Francesco 2013 e Marino 2013).

In un primo momento, tuttavia, la giurisprudenza si era pronunciata in senso favorevole in merito a tali clausole, in applicazione dell'art. 1373 c.c., che attribuisce a una delle parti la facoltà di recedere dal contratto, seppur impedendone gli effetti alle prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione (Cass. 10.4.1978, n. 1686, in *FI*, 1978, I, 1939 ss., e in *OGL*, 1978, 999 ss.; Pret. Milano 22.5.1975 e T. Milano 27.9.1971, citate in Scorcelli 2001).

Non mancarono inoltre orientamenti dottrinali volti a riconoscere la legittimità del recesso anticipato del datore di lavoro, assimilandolo a una situazione di favore per il lavoratore, il quale godrebbe di una piena riespansione della sua libertà contrattuale, prima parzialmente compressa (In tal senso: Bianca 1998; Sangiorgi 1965 e Bonofiglio 1997. Per una disamina, vedi Di Francesco 2013).

Vale la pena segnalare anche un terzo orientamento, per così dire intermedio, sostenuto sia in dottrina che in giurisprudenza, che ammette il recesso unilaterale del datore di lavoro nella sola ipotesi in cui avvenga entro la fine del rapporto di lavoro. Per i sostenitori di tale indirizzo, il recesso avvenuto in costanza di rapporto lascerebbe comunque al lavoratore la possibilità di conoscere preventivamente la vigenza temporale dell'obbligo e la conseguente corresponsione del corrispettivo (T. Milano 15.12.2001, in *LG*, 2002, 798 ss.; T. Perugia 26.4.2005, con nota di Bagianti 2006, e in dottrina Zoli 2003; Barchi 2001 e Izar 1997).

Tale impostazione non è tuttavia condivisibile. Come osserva la Suprema Corte (Cass. 8.1.2013, n. 212, cit.), benché il vincolo dell'astensione da attività concorrenziale operi solo in un momento successivo alla cessazione del rapporto di lavoro, l'effetto negoziale inizia a prodursi già dal momento della sottoscrizione, in quanto sin da subito il lavoratore è indotto a non prendere in considerazione eventuali proposte di lavoro alternative.

Appare inoltre corretta anche la scelta della Corte di prendere le distanze dal citato T. Milano 29.1.2016, che in un caso simile aveva ritenuto legittima la previsione, in caso di mutamento di mansioni, della permanenza per 12 mesi delle obbligazioni previste dal patto, sostenendo che, decorrendo il termine dalla nuova assegnazione e non dalla cessazione del rapporto, la clausola si limitasse «di fatto a prevedere un obbligo di non concorrenza che è connaturale a ogni rapporto di lavoro».

Per i giudici veneti, atteso che le clausole del contratto devono essere interpretate «le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto» (art. 1363 c.c.) e nel «senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno» (art. 1367 c.c.), la suddetta clausola non può ritenersi inutile, in quanto correlata all'obbligo di fedeltà gravante sul dipendente, ma efficace, poiché diretta a estendere al lavoratore tutte le limitazioni del contratto, comprese le penali in esso espresse.

Oltre a quanto detto, andrebbe inoltre rilevato che, qualora il rapporto venisse a cessare nel corso dei 12 mesi, l'obbligazione si estenderebbe oltre il termine dello stesso fuoriuscendo dal campo di applicazione dell'obbligo di fedeltà.

Da ultimo, i giudici di merito hanno sollevato un ulteriore dubbio sulla validità del patto sottoposto al vaglio, e in particolare sulla violazione dei limiti territoriali di cui all'art. 2125 c.c.

In primo luogo, la Corte ha ritenuto illegittima la clausola contrattuale che inibisce l'attività concorrenziale non solo nel territorio del Veneto, dove veniva espletato il lavoro al momento della stipula, ma anche «nell'area geografica corrispondente a quella a Lei assegnata al momento della cessazione del rapporto».

Per i giudici, tale previsione non consente di determinare, sulla base di una valutazione *ex ante*, l'area di operatività del patto, essendo l'area geografica assegnata al lavoratore al momento della cessazione del rapporto rimessa alle potenziali e unilaterali determinazioni del datore di lavoro, che prima della cessazione dello stesso ben avrebbe potuto ampliare e/o comunque modificare l'area di assegnazione del dipendente, e così pure l'estensione territoriale del vincolo imposto a quest'ultimo.

Ma vi è di più: i giudici d'appello hanno obiettato anche la legittimità della clausola contrattuale con cui il lavoratore si impegna a non acquisire, per conto proprio o per conto terzi, «clienti [...] gestiti e/o acquisiti durante il rapporto di lavoro», e quindi, come rilevato dalla Corte, indipendentemente dal territorio in cui risiedevano o si trovavano a operare.

Una clausola siffatta determina infatti un'estensione indeterminata del vincolo territoriale assolutamente non apprezzabile al momento della sottoscrizione, rendendo impossibile anche la valutazione della congruità o meno del corrispettivo offerto, posto che quest'ultimo deve essere commisurato al sacrificio imposto al lavoratore, ai minori guadagni che potrà realizzare e alle eventuali maggiori spese cui potrà andare incontro (Cfr. T. Milano 24.6.1974, in *Giurisprudenza annotata di diritto industriale*, 1974, 859 ss., e in dottrina Zoli 2003).

Sebbene sia condivisibile il ragionamento della Corte, deve essere tuttavia segnalato che in un caso molto simile (T. Milano 25.6.2003, in *RCDL*, 2003, 711 ss.) il giudice ha ritenuto valido un patto di non concorrenza che inibiva a un intermediario finanziario di svolgere attività concorrenziali nel territorio dell'Emilia Romagna e di non trattare clientela acquisita e/o gestita nel corso del rapporto di lavoro, anche al di fuori di tale limite territoriale.

Riferimenti bibliografici

- Alibrandi A. (1975), *Sul patto di non concorrenza*, in *Archivio civile*, 641 ss.
- Bagianti E. (2006), *Sulla legittimità del patto di non concorrenza con clausola di opzione*, in *Rassegna giuridica umbra*, II, 433 ss.
- Barchi R. (2001), *Il patto di non concorrenza: gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, in *DPL*, 904 ss.
- Bartalotta S. (2003), *Patto di non concorrenza e facoltà unilaterale di recesso da parte del datore di lavoro*, in *GC*, fasc. 4, 1036 ss.
- Bianca C. (1998), *Diritto civile. 3. Il contratto*, Giuffrè.
- Bonofiglio A. (1997), *La condizione meramente potestativa*, in *GC*, II, 131 ss.
- Di Francesco M. (2013), *Sul recesso datoriale dal patto di non concorrenza*, in *DRI*, n. 2, 494 ss.
- Fabris P. (1976), *Il patto di non concorrenza nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Izar V. (1997), *Considerazioni sul patto di non concorrenza*, in *DPL*, 738 ss.
- Magrini S. (1966), *Sul corrispettivo nel patto di non concorrenza tra lavoratore e datore di lavoro*, in *RIDL*, I, 352 ss.
- Mariani M. (2018), *Commento all'art. 2125 c.c.*, in De Luca Tamajo R., Mazzotta O. (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, VI ed., Cedam, Padova.
- Marino G. (2013), *Il datore di lavoro non può recedere ad nutum dal patto di non concorrenza*, in *D&G*, 48 ss.
- Melchionna R. (1966), *Sul patto di non concorrenza nel contratto di lavoro*, in *FI*, I, 1520 ss.
- Pagliaro V. (1960), *Il patto di non concorrenza del prestatore di lavoro*, in *RDI*, I, 231 ss.
- Paolucci N. (2000), *Osservazioni in tema di patto di non concorrenza*, in *RIDL*, II, 329 ss.
- Pardini A. (2004), *Recedibilità dal patto di non concorrenza*, in *RIDL*, I, 161B ss.
- Pera G. (1996), *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 455.
- Pilati A. (2000), *Sulla nullità del patto di non concorrenza per esiguità del compenso corrisposto nel corso del rapporto di lavoro*, in *RIDL*, n. 4, II, 2000, 728 ss.
- Sangiorgi S. (1965), *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Giuffrè.
- Salvatore F. (2018), *Adeguatezza del corrispettivo e diritto di recesso del datore di lavoro: aspetti controversi per la validità del patto di non concorrenza con il dipendente*, in *GComm.*, 15 febbraio.
- Scorcelli R. (2001), *Brevi note in materia di patto di non concorrenza*, in *D&L*, 968 ss.
- Zoli C. (2003), *Clausole di fidelizzazione e rapporto di lavoro*, in *RIDL*, I, 449 ss.

Diego Del Biondo

*Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Chieti-Pescara «Gabriele d'Annunzio»*

CORTE D'APPELLO MILANO, 23.10.2017 – Pres. Est. Vitali – P.S.F. soc. coop. (avv.ti Fortunat, Montroni) c. B.I.C. (avv.ti Roccisano, Bagnasco).

Retribuzione – Socio lavoratore – Successione di appalti – Retribuzione sufficiente – Minimi retributivi – Organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative.

È nulla la clausola di un contratto collettivo, anche se stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, che preveda un trattamento salariale inadeguato a garantire la proporzionalità e la sufficienza ai sensi dell'art. 36 Cost. (1)

(1) SE ANCHE IL CCNL COMPARATIVAMENTE PIÙ RAPPRESENTATIVO
SI RIVELA INADEGUATO A GARANTIRE
LA RETRIBUZIONE SUFFICIENTE EX ART. 36 COST.

SOMMARIO: 1. Il caso. — 2. Le tutele dei lavoratori nell'appalto privato. — 3. Il trattamento economico del socio di cooperativa. — 4. La giusta retribuzione e il parametro del contratto collettivo. — 5. *De iure condendo*: il salario minimo legale.

1. — *Il caso* — La sentenza che si commenta, pure non molto recente, e passata quasi del tutto sotto silenzio in dottrina (1), riguarda il caso di un lavoratore che addetto da anni, attraverso contratti di lavoro stipulati con i diversi appaltatori di un istituto bancario, alle medesime mansioni di «addetto alla *reception*», aveva visto il suo inquadramento – e il relativo trattamento economico – progressivamente peggiorare, per effetto dell'avvicendamento delle discipline collettive applicate dal datore di lavoro di turno. In particolare, nell'ultimo passaggio dall'imprenditore uscente alla società cooperativa subentrante, la sua retribuzione (poco più di 700 euro mensili) era diminuita di oltre il 32%, sebbene lo stesso lavoratore avesse assunto il duplice ruolo di socio e di dipendente e godesse quindi di un contratto collettivo *ex art. 7, c. 4, l. n. 31/2008*, sottoscritto cioè da organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria.

Il giudice di secondo grado, confermando l'*iter* argomentativo del Tribunale di Milano, ha riconosciuto nel trattamento retributivo nettamente più basso rispetto a quello dei precedenti contratti, e nel necessario scrutinio di compatibilità dello stesso con i parametri di cui all'art. 36, c. 1, Cost., una violazione del principio costituzionale di sufficienza della retribuzione con conseguente nullità della clausola del Ccnl vigilanza privata – Sezione servizi fiduciari e applicazione di un parametro retributivo

(1) Fa eccezione Centamore (2017), le cui osservazioni, con riferimento alla sentenza di primo grado (T. Milano 30.6.2016), si appuntano principalmente al rinvio legale in materia di trattamento economico dei soci lavoratori di cooperativa, su cui *infra*, par. 2.

diverso, tratto dal Ccnl dipendenti da proprietari di fabbricati, applicato dal precedente datore di lavoro.

La decisione offre numerosi spunti di riflessione su una pluralità di argomenti, a partire dalle debolezze di un apparato regolativo non privo di aporie, sia con riguardo alle tutele del lavoratore coinvolto in una successione di appalti, sia con riferimento ai vincoli fissati in materia di trattamento economico del socio lavoratore. Non solo. Essa si presta in modo emblematico a descrivere la tensione tra il principio della sufficienza della retribuzione dell'art. 36 Cost. e le regole che possono garantirlo, allungando, peraltro, sempre di più lo spettro della cd. *in-work poverty*, ovvero di quei lavori a basso salario che si trasformano in vere e proprie trappole di povertà.

2. — *Le tutele dei lavoratori nell'appalto privato* — Il primo profilo di debolezza — e l'origine stessa dei fatti di causa — è rappresentato dalla limitata tutela dei lavoratori coinvolti in una successione di appalti.

Con l'abrogazione della l. n. 1369/1960 e l'introduzione del d.lgs. n. 276/2003, infatti, le garanzie a favore dei dipendenti dell'appaltatore si sono ridotte, di fatto, almeno per quanto riguarda gli appalti privati, a un perdurante, benché implicito, divieto di interposizione (2) e alla responsabilità solidale, per di più negli angusti limiti dell'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 quanto a «i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti» e solo in parte recuperati dal più generale riferimento nell'art. 1676 c.c. a «quanto [...] dovuto» (3). È venuto meno invece il principio cardine della parità di trattamento, secondo cui, attraverso l'art. 3 della l. n. 1369/1960, a parità di mansioni effettuate, i lavoratori impiegati in un appalto (endoaziendale, secondo quello che è stato il campo di applicazione della legge) non potevano ricevere trattamenti economici e normativi inferiori a quelli applicati ai dipendenti del committente (4).

In più, proprio in relazione alla ipotesi tutt'altro che infrequente dell'aggiudicazione del medesimo lavoro o servizio da parte di soggetti economici sempre diversi, il legislatore italiano si è preoccupato di escludere l'appaltatore entrante dalla possibile applicazione della disciplina assai più stringente dell'art. 2112 c.c. e dai relativi effetti di automatica prosecuzione dei rapporti di lavoro coinvolti. Secondo il c. 3 dell'art. 29, infatti, a fronte di un eventuale obbligo di acquisizione del personale derivante da una esplicita previsione di legge o contratto collettivo o contratto d'appalto, si mantiene comunque una distinzione «ontologica» tra questa fattispecie e quella del trasferimento di azienda (5).

(2) È perdurante perché avvalorato dalla esplicita regolamentazione della somministrazione lecita di lavoro, e dalle ulteriori ipotesi di lecita dissociazione datoriale: cfr. Garofalo D. 2017, 9; Albi 2012, 1606; Corazza 2009, 4; Chieco 2004, 147; *contra*, Romei 2006, 406.

(3) Vd. Nogler 2018, 653; Garofalo D. (2018, 66), che ne sottolinea peraltro il crescente impiego nella regolazione di una varietà di istituti, quali il contratto di trasporto, il contratto di rete, i gruppi di impresa e il distacco transnazionale; e ancora Villa 2017, 252; e già Corazza (2009, 13) rilevava come «La regola della responsabilità solidale diviene dunque il paradigma generale per tutelare il lavoratore coinvolto nelle operazioni di decentramento produttivo».

(4) Vd. Speciale 2006, 9.

(5) La previsione è stata fortemente criticata sul presupposto di una ingiustificata distinzione tra «ramo d'azienda» e «personale già impiegato nell'appalto», quando quest'ultimo potrebbe di fatto rappresentare la struttura organizzativa e operativa oggetto di cessione, e resta

Né pare si possano considerare applicabili quelle disposizioni normative che, a partire dall'art. 36 St. lav., sino agli artt. 30 e 50 del d.lgs. n. 50/2016, stabiliscono, a carico delle imprese che intendono usufruire di benefici e agevolazioni di carattere finanziario o creditizio accordati dallo Stato oppure acquisire appalti di opere o servizi pubblici, l'obbligo di applicare nei confronti dei loro dipendenti alcune garanzie di carattere retributivo e occupazionale (6).

Al vuoto regolativo della legislazione, come è noto, ha risposto la contrattazione collettiva. Dapprima ha previsto clausole, definite «di prima generazione», che impongono alla impresa appaltatrice il rispetto di un determinato regime economico e normativo, quale quello proprio di un certo settore, o addirittura parificato a quello del committente (7); poi, specialmente nei settori maggiormente interessati alla successione di appalti, ha negoziato clausole «di seconda generazione», rivolte a garantire la salvaguardia occupazionale, ma anche a gestire la possibile concorrenza tra le imprese e, non ultimo, a soddisfare l'interesse della committente a mantenere pressoché intatti i livelli di professionalità ed esperienza necessari all'efficiente esecuzione dell'appalto (8). La mappa di tali clausole sociali economiche e occupazionali risulta naturalmente assai variegata e discontinua, in considerazione dei diversi interessi di categoria e della stessa formulazione degli obblighi (anche procedurali); tuttavia, è facile rilevare come esse scontino principalmente una «fragile» effettività, risultando condizionate, le prime, dalla diretta imposizione da parte del committente nel capitolato di gara e, le seconde, dall'essere (almeno) l'appaltatore subentrante giuridicamente vincolato alla loro applicazione e, in taluni casi, dalla necessità di una vera e propria reciprocità tra le imprese coinvolte (9).

Si tratta di una fragilità che il caso deciso dai giudici milanesi rivela in tutta la sua chiarezza. I quattro rapporti di lavoro offerti alla complessiva valutazione giudiziale sono stati via via regolati da quattro contratti collettivi diversi, tre dei quali pure carat-

criticabile anche all'indomani della ambigua novella operata dalla legge comunitaria del 2016 (art. 30, c. 1, l. n. 122/2016), che ha «corretto» la incompatibilità delle fattispecie della cessione del ramo e del cambio appalto (con assunzione del personale già impiegato) in presenza di due elementi, riferiti rispettivamente all'appaltatore subentrante («dotato di propria struttura organizzativa e operativa») e all'ambito dell'appalto («ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità d'impresa»); cfr. Lamberti 2016.

(6) Sul tema, vd. Ghera 2001; Borgogelli 2018. Sulla impraticabilità di una estensione della normativa di tutela degli appalti pubblici, Lozito 2013, 123.

(7) Cfr. Basenghi 2018, 240 ss.; Izzi 2017. Si vedano, a titolo esemplificativo, l'art. 42, c. 2-bis, del Ccnl logistica, trasporto merci e spedizioni («L'appalto per la gestione delle operazioni di logistica, facchinaggio/movimentazione merci sarà affidato solo a imprese che applicano il presente Ccnl») e l'art. 9 del Ccnl tessili abbigliamento calzature artigianato («Le aziende committenti lavorazioni a terzi inseriranno nel contratto di commessa apposita clausola richiedente alle imprese esecutrici, operanti nel territorio nazionale, applicazione del presente contratto collettivo nazionale di lavoro e delle leggi sul lavoro»).

(8) Cfr. Ratti 2017; Recchia 2017.

(9) Cfr., con particolare riferimento alle clausole sociali di seconda generazione, l'Interpello del ministero del Lavoro 1.8.2012, n. 22 («Avendo, infatti, il contratto collettivo una efficacia soggettivamente limitata, le clausole che garantiscono ai lavoratori la continuità del rapporto di lavoro risultano opponibili all'impresa subentrante solo se anch'essa applica lo stesso contratto collettivo o altro contratto che contenga analogo obbligo»).

terizzati dalla presenza di una clausola sociale di mantenimento occupazionale: l'art. 4 del Ccnl servizi di pulizia industriale; l'art. 43 del Ccnl imprese di pulizia artigiane, la cui applicazione era stata peraltro contestata dal dipendente che aveva poi ottenuto l'applicazione del Ccnl multiservizi integrati; gli artt. 2-5 della sezione dedicata ai servizi fiduciari del Ccnl vigilanza privata (10) (fa invece eccezione il Ccnl dipendenti da proprietari di fabbricati). In ogni caso, nessuna di queste disposizioni conteneva una qualche garanzia di parità di trattamento o quantomeno di condizioni economiche non inferiori a quanto goduto nel corso della gestione uscente (11). Che il lavoratore abbia ricoperto le medesime funzioni e svolto le stesse mansioni è elemento puramente «accidentale» ai contratti di volta in volta stipulati, e testimonia piuttosto di quella pratica che consente «all'appaltatore subentrante e all'impresa committente di avvalersi, rispettivamente in via diretta e indiretta, del patrimonio di professionalità accumulato dai lavoratori già rodati» (12).

Ma tale convenienza non traspare sul piano giuridico ed è anzi contraddetta tanto nel progressivo decremento della retribuzione, quanto pure nello stesso inquadramento professionale, se è vero che nell'ultimo contratto di lavoro, quello poi impugnato, era stato attribuito il livello di ingresso, ovvero quello riservato ai dipendenti che svolgono le mansioni di minore responsabilità e professionalità per i primi 12 mesi di servizio effettivamente prestato, dato giuridicamente ineccepibile per via della nuova assunzione, ma in evidente contrasto con l'aver ricoperto da anni quell'incarico. Sicché, come sa bene chi ha consuetudine con gli aspetti più pragmatici dei cambi appalto, di fronte a mansioni di basso livello e a retribuzioni altrettanto ridotte, l'unica possibilità di mantenere adeguati livelli retributivi sembrerebbe affidata a un cospicuo incremento quantitativo della prestazione, sotto forma di ricorso al lavoro supplementare o straordinario. Salvo cambiare del tutto angolo di visuale e verificare la strada di una possibile riqualificazione della successione di appalti come vero e proprio trasferimento di ramo d'azienda, sulla scorta anche della consolidata giurisprudenza eurounitaria (13).

3. — *Il trattamento economico del socio di cooperativa* — È significativo che l'ultimo dei rapporti di lavoro subordinato (quello di cui viene contestata l'inadeguatezza ai sensi dell'art. 36 Cost.) si sia realizzato in qualità di socio lavoratore, e dovendo quindi attenersi anche a quella normativa esplicitamente dettata a garantire precisi

(10) Su quest'ultimo Ccnl, e sui meccanismi di mantenimento occupazionale in caso di cambio appalto, vd. Mutarelli 2014.

(11) Cfr. l'art. 5 Ccnl vigilanza privata – Sezione servizi fiduciari («Ai lavoratori assunti ai sensi del precedente comma, salvo quanto disposto all'art. 7, comma 4-bis, l. 28.2.2008, n. 31, ultima parte, verrà assicurato il trattamento economico e normativo stabilito dalla presente sezione»), che apre soltanto al riconoscimento degli eventuali scatti di anzianità già maturati.

(12) Cfr. Mutarelli 2015, 338.

(13) Si veda, da ultimo, C. Giust. 11.7.2018, C-60/17, *Ángel Somoza Hermo, Ilusión Seguridad Sa*, che ha ritenuto applicabile la Direttiva n. 2001/23/Ce in materia di trasferimento di azienda, in una fattispecie in cui il committente aveva risolto il contratto di prestazione di servizi di vigilanza di un museo con una impresa e aveva stipulato, ai fini dell'esecuzione di tale prestazione, un nuovo contratto con un'altra impresa che aveva riassunto, in forza di un contratto collettivo, una parte essenziale, in termini di numero e competenze, dell'organico che la prima impresa aveva assegnato all'esecuzione della medesima prestazione.

standard retributivi in un ambito particolarmente esposto a una forte competizione nell'offerta di servizi e per conseguenza al rischio di una concorrenza al ribasso sul costo del lavoro.

L'art. 7, c. 4, d.l. n. 248/2007 (convertito senza modificazioni con la l. n. 31/2008), ha, come è noto, rafforzato l'obbligo, già previsto dall'art. 3, l. n. 142/2001, di garantire al socio lavoratore un trattamento economico complessivo comunque non inferiore ai minimi previsti, per prestazione analoghe, dalla contrattazione collettiva nazionale del settore o della categoria affine, con la previsione, solo in apparenza transitoria, secondo cui, fino alla completa attuazione della normativa in materia di socio lavoratore di cooperative (14), il trattamento economico da prendere a riferimento, in presenza di una pluralità di contratti collettivi della medesima categoria, debba essere quello dettato «dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria».

La previsione è stata al centro di un vivace dibattito dottrinale non solo rispetto alla esatta determinazione della espressione di «trattamento economico complessivo» e al suo rapporto con il non preciso richiamo ai «minimi» contrattuali (15), ma ancora più per il possibile contrasto con l'art. 39 Cost., incidendo sul dinamismo, anche conflittuale, della concorrenza intersindacale e attribuendo efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative, seppure con riferimento ai soli aspetti economici (16). La sua legittimità è stata in ogni caso confermata dalla sentenza n. 51/2015 della Corte costituzionale, che ha riconosciuto ai contratti collettivi così qualificati «il ruolo di parametro esterno per la commisurazione della retribuzione nel rispetto dei principi di sufficienza e proporzionalità fissati dall'art. 36 Cost.».

Di certo, l'intervento del giudice delle leggi non ha, però, sciolto tutti i dubbi interpretativi già sollevati (17), ma sembra comunque aver confermato lo stretto rapporto tra art. 36 e art. 39, c. 1, Cost.; la libertà sindacale e il pluralismo sindacale non possono ritenersi violati dalla generalizzazione di un vincolo al rispetto del Ccnl firmato dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative – un contratto «qualificato» tra i contratti possibili (18) – perché esso non limita le parti, oltre il rispetto del nucleo precettivo della giusta retribuzione *ex* art. 36 Cost., nel poter determinare standard retributivi diversi, purché superiori (19), impedendo

(14) Sul punto, Laforgia (2015, 942) sottolinea come al momento dell'introduzione del d.l. n. 248/2007, quanto previsto nella l. n. 142/2001 con un processo di graduale attuazione fosse già andato a regime e che il richiamato *incipit* nascondesse piuttosto un «retropensiero» che accostava il lavoro cooperativo al lavoro irregolare, richiamando perciò gli operatori del settore alla sostanziale attuazione delle norme ivi contenute.

(15) Cfr. Imberti 2012, 639 ss.

(16) Cfr. Canavesi 2010, 847.

(17) Danno conto della ondivaga giurisprudenza successiva alla decisione della Consulta Alvino, Imberti 2018, 4-5.

(18) Vd. T. Parma 12.11.2015, n. 367, in *RIDL*, 2016, II, 436 ss., con nota di Bonomi.

(19) Lo sottolinea Barbieri 2015, 504. Già Garofalo M.G. (2011, 526), a proposito dell'art. 36 St. lav., ma con un ragionamento che si può certamente riproporre anche per l'art. 7, c. 4, l. n. 248/2007, scriveva: «non è un intervento contro la norma costituzionale, ma che si muove al suo interno. E infatti, la coesistenza, nell'art. 39, del meccanismo dei commi 2, 3 e 4

così forme di *dumping* sociale capaci di turbare il regolare funzionamento del mercato del lavoro (20).

In più, al di là dello stretto confine di operatività della norma sul trattamento economico del socio di cooperativa, il portato della sentenza costituzionale sembra indicare la «dimensione» appropriata del rinvio (legale) al contratto collettivo in materia salariale, su cui peraltro si avrà modo di ritornare a breve. La circostanza che il legislatore richiami in funzione normativa il frutto dell'autonomia collettiva, per un verso, non ne muta la natura quale prodotto di scelte autonome dei soggetti privati collettivi e, per altro verso, lo inserisce comunque in un sistema che risponde a un interesse di natura diversa, perché pubblico. Esso è, per l'appunto, esclusivamente il parametro per accertare la conformità della retribuzione definita a livello individuale ai requisiti di proporzionalità e sufficienza dell'art. 36 Cost.

Il richiamo ai minimi di trattamento del contratto collettivo in materia di socio lavoratore e l'applicazione giurisprudenziale del contenuto precettivo dell'art. 36 Cost. sembrano allora non così distanti: in entrambi i casi «la retribuzione non può subire alcuna compromissione normativa o contrattuale che ne alteri proporzionalità e sufficienza ed è compito del giudice vagliare quale parametro contrattuale, meglio di altri, possa esserne garanzia» (21). Nel primo, è pur vero, il percorso è in qualche modo segnato (l'ordinamento statuale seleziona in via preventiva il contratto collettivo più affidabile), mentre nel secondo, la determinazione della giusta retribuzione è affidata a un'indagine che non può non connotarsi per un grado maggiore di incertezza, nella individuazione del contratto collettivo, e anche delle voci da prendere a riferimento. E tuttavia bisogna sempre fare i conti con la forza imperativa della norma costituzionale, assistita peraltro dalla tradizionale sanzione della nullità nel caso di violazione.

Si spiega così perché la difesa del datore di lavoro – giocata tutta sulla presunzione di conformità al principio costituzionale dei livelli retributivi previsti dal contratto collettivo applicato, trattandosi per di più di un contratto certamente ascrivibile a quelli di cui all'art. 7, c. 4., in quanto stipulato, come sottolineano i giudici d'appello «da due delle organizzazioni sindacali incontestatamente e incontestabilmente maggiormente rappresentative» (22) – è considerata come necessaria ma non sufficiente a garantire il rispetto della retribuzione proporzionata e sufficiente.

Non entra nel ragionamento dei giudici, ma non sarebbe stato forse del tutto fuor

con il principio di libertà sindacale rende obbligata l'affermazione che l'applicazione della norma costituzionale non impedirebbe la stipulazione di contratti collettivi di diritto comune, in quanto espressione – appunto – di libertà sindacale. E, se così è, non vi è ragione di escludere la legittimità di interventi del legislatore ordinario tesi a incentivare il rispetto di questa attività contrattuale».

(20) Dalla posizione della Corte così come riassunta, Orlandini (2018, 14) deriva la giustificazione di una rigida interpretazione delle clausole di equo trattamento previste dalla regolazione degli appalti pubblici (art. 30, d.lgs. n. 50/2016) così come di quelle relative agli standard minimi retributivi nel caso di distacco transnazionale (art. 3, d.lgs. n. 136/2016).

(21) Cfr. Laforgia 2015, 946.

(22) Il Ccnl vigilanza privata e servizi fiduciari 8 aprile 2013, applicato dalla società cooperativa appellante, era stato infatti sottoscritto tra Assiv (Confindustria), Legacoop servizi, Federlavoro e servizi (Confcooperative), Agci Servizi, per la parte datoriale, e Filacms Cgil, Fisascat Cisl per quella sindacale.

di luogo, l'osservazione che il dato normativo richieda una maggiore rappresentatività comparata non solo sul piano della rappresentanza dei lavoratori, ma anche su quello della rappresentanza datoriale; circostanza che, calata nella fattispecie concreta, finisce per denunciare tutte le difficoltà applicative (23). Nel caso in esame, la categoria dei servizi fiduciari non è soltanto a geometria incerta, essendo in alcuni casi accostata (e disciplinata insieme) a quella della vigilanza armata, come nel caso di specie, e in altri invece regolata insieme a tipologie di servizi affini (24), ma risulta viepiù emblematica di una frammentazione della rappresentanza datoriale e sindacale, che determina non solo una molteplicità di Ccnl (25), ma anche un chiaro fenomeno di concorrenza tra gli stessi, difficilmente superabile (26).

4. — *La giusta retribuzione e il parametro del contratto collettivo* — È sulla base di queste considerazioni che la Corte milanese argomenta, in maniera concisa ma assai efficace, così: «È intuitivo che, nel 2014 in Italia, una retribuzione oraria lorda inferiore a € 5 [...] di gran lunga inferiore a quanto, secondo i valori di mercato, è versato a una collaboratrice familiare nelle aree industrializzate, non rispetti il principio di proporzionalità e, ancor più, quello di sufficienza a condurre un'esistenza libera e dignitosa e a far fronte alle esigenze di vita proprie e della famiglia della retribuzione stabiliti inderogabilmente dall'art. 36 Cost. applicabile a tutti i rapporti di lavoro subordinato». Se letto nel contesto della successione di appalti e dell'esplicito afflato anti-*dumping* invocato dalla sentenza costituzionale n. 51/2015, il precipitato della decisione che qui si commenta sembra meno destabilizzante di quanto non appaia a una prima lettura. Esso appare invece rispettoso della forza precettiva e pervasiva dell'art. 36, c. 1, Cost. e della giusta retribuzione, capace di «scavalcare» il formalistico rispetto delle singole regole invocate. E invero, tanto è possibile perché, nella consolidata giurisprudenza sul diritto individuale del lavoratore al «giusto» salario (27), in particolare con riferimento al dato della sufficienza, il riconoscimento del contratto collettivo quale ordinario strumento attuativo del precetto costituzionale connette l'art. 36 all'art. 39 ma non lo esaurisce in quest'ultimo (28).

(23) Proprio di recente, Cass. 20.2.2019, n. 4951, inedita a quanto consta, ha confermato, la decisione della Corte d'Appello di Genova che, in riferimento a prestazioni rese nell'ambito di un appalto per il servizio di vigilanza e guardianato, aveva ritenuto applicabile il Ccnl multiservizi integrati, in luogo del Ccnl dipendenti da proprietari di fabbricati, poiché stipulato, per parte datoriale, da un'unica organizzazione sindacale.

(24) È così per il Ccnl per il personale dipendente da imprese esercenti servizi ausiliari, fiduciari e integrati resi alle imprese pubbliche e private, siglato il 16 gennaio 2013 tra Anisi, Associazione Più Sicurezza, Anvip e UilTucs Uil.

(25) Si leggano sul tema le riflessioni di Olini 2016.

(26) Accanto ai due Ccnl già citati, il settore – che conosce complessivamente un numero di occupati di poco inferiore alle 70.000 unità (dati Federsicurezza, Rapporto 2017) – conta anche altri 10 Ccnl depositati presso il Cnel, secondo quanto riportato dall'8° Report periodico del Cnel del settembre 2018.

(27) Zoppoli (1996, 360) rimarca il «singolare destino» dell'art. 36 Cost., nato piuttosto «per «invogliare» il legislatore a riscrivere con caratteri moderni le infelici norme codicistiche sulla retribuzione e a darvi attuazione attraverso la contrattazione collettiva».

(28) Cfr. Bellomo 2002, 54, nonché Bellomo 2015, 59 («tale disposizione esprime, sì, un principio, ma quest'ultimo si sostanzia, al contempo, in un rinvio a parametri esterni rispetto

Non rappresenta certo una novità che, una volta riconosciuto il contratto collettivo nazionale di categoria – o meglio, gli elementi fondamentali e costanti che compongono la «retribuzione base» ivi prevista (29) – quale parametro di riferimento della retribuzione proporzionata e sufficiente, il giudice sia libero di discostarsene (al ribasso) fornendo un'adeguata motivazione (30). Per le stesse ragioni, non vi può essere alcun ostacolo giuridico a ritenere che oggetto del sindacato giudiziale sia la stessa clausola collettiva, o meglio la sua applicazione al rapporto individuale (31), e che ne possa essere dichiarata la nullità con conseguente determinazione giudiziale di una retribuzione diversa (e più alta).

Si tratta di una ipotesi sin qui raramente approdata nelle aule giudiziarie, se non con riguardo ai cd. accordi pirata (32), e magari stimolata da richieste non tanto retributive, quanto contributive, attesa la previsione dell'art. 1, c. 1, d.l. n. 338/1989 (convertito nella l. n. 389/1989), che assume, in via generale, come minimale contributivo quello fissato dai contratti collettivi «stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale» (33). E tuttavia, non se ne può escludere la possibilità teorica: al rispetto del principio della «giusta retribuzione» non sono infatti immuni gli assetti e gli equilibri contrattuali che le parti sociali possano individuare (34); né, tantomeno, quella pratica, se si pone a mente che proprio con riferimento a questi ultimi il contratto collettivo di categoria appare «legato alla tradizione più che alla innovazione e in particolare alle logiche di ambiti negoziali consolidati e quindi ai rispettivi livelli di benessere dei corrispondenti datori di lavoro» (35). Peraltro, proprio

alle norme di diritto positivo, almeno sinché non verranno accolte le esortazioni all'introduzione nel nostro ordinamento dell'istituto del salario minimo legale»).

(29) Cfr. Palladini, 2012, 45.

(30) Vd. Cass 26.8.2013, in *FI*, 2014, n. 1, I, 153 ss.; Cass. 26.7.2001 n. 10260, in *RIDL*, 2002, n. 2, II, 299 ss.; *contra*, Cass. 26.3.1998, n. 3218, in *RIDL*, 1998, n. 4, II, 683 ss.

(31) Tale possibilità è stata tuttavia fortemente criticata dalla dottrina: Roccella 1986, 70; Treu 1979, 88; si mostrano invece favorevoli a tale possibilità Roma 1997, 36, e Menegatti 2012, 159.

(32) T. Torino 14.10.2010, in *DRI*, 2011, n. 3, 781 ss., con nota di Putignano, che pure riguardava un rapporto di lavoro di un socio di cooperativa.

(33) L'unico vero precedente sembra essere offerto da Cass. 22.8.1997, n. 7885, in *RIDL*, 1998, n. 4, II, 666 ss., con nota di Angelini, in cui il giudice di legittimità ha confermato la disapplicazione del trattamento economico previsto dal contratto collettivo applicato ad alcuni insegnanti di una scuola privata, perché macroscopicamente inferiore rispetto a quello attribuito agli insegnanti pubblici investiti delle medesime funzioni, e la sostituzione, per l'appunto, con i minimi previsti da quest'ultimo.

(34) Su questi aspetti, cfr. Zilio Grandi 2011; si pensi, ancor più di recente, al Patto di Fabbrica del 9 marzo 2018 e al tentativo di individuare un punto di equilibrio tra il Trattamento economico minimo (Tem) e il Trattamento economico complessivo (Tec), affidato proprio ai contratti collettivi nazionali.

(35) Così Gagnoli 2012, 13. Già Roma (1997, 37) rimarcava come sarebbe stato più corretto porsi il quesito «se non sia plausibile sostenere che le tariffe sindacali, più che essere esatta attuazione del precetto costituzionale [...] non siano, più limitatamente, indicatori di quel minimo proporzionale tipico di una realtà economica e produttiva standardizzata con il contratto collettivo e tuttavia concorrenti, insieme ad *altri e diversi* elementi valutativi atti a realizzare la sufficienza, alla determinazione della retribuzione giudizialmente giusta». Del resto, è principio consolidato nella giurisprudenza sull'art. 36, c. 1, Cost. che il giudizio di adeguatezza della re-

perché cerca di non «perdere» le imprese più deboli della categoria, offre un equilibrio che risente, oggi più che mai, da un lato, della pressione delle regolamentazioni concorrenti e, dall'altro, della influenza tutt'altro che favorevole del mercato (36).

In questo, il principio della sufficienza della retribuzione quale «livello minimo» (37), e pertanto invalicabile, della dignità del lavoratore (38) mostra l'affanno di vedersi misurato in maniera evolutiva, se non proprio variabile: i giudici milanesi finiscono per compiere una torsione nel provare dapprima a ipotizzare l'equivalenza tra la sufficienza e il valore di mercato della prestazione lavorativa, al di là del contratto collettivo, salvo poi doversi tornare, guardandone uno diverso (senza dover rischiare una difficile invocazione dell'art. 2070 c.c.), preso pur sempre quale parametro di riferimento.

5. — De iure condendo: *il salario minimo legale* — Una vicenda quale quella qui annotata mostra con tutta la sua urgenza la necessità di proseguire la riflessione sulla introduzione di un salario minimo legale, che proposto con diversi entusiasmi a più riprese (39) sembra oggi trovare maggiori possibilità di riuscita, proprio sull'onda della preoccupante diffusione del lavoro povero (40).

La questione è naturalmente sul come realizzare un tale intervento normativo. Vi sono almeno tre strade: o attraverso un rinvio secco, una sorta di «variabile indipendente» (41), seppure aggiornata a cadenze temporali predefinite (42), o attraverso un rinvio mobile, magari proprio a quel trattamento minimo stabilito dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (43), o ancora articolando un modello duale, che contempi un limite minimo predeterminato ma definisca poi il salario proporzionato e attraverso il rinvio al contratto collettivo di categoria stipulato dalle associazioni sindacali e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (44).

Non è questa la sede per poter apprezzare l'utilità dei diversi modelli, o per evidenziarne le criticità, ma è appena il caso di mettere in guardia sul rischio di una so-

tribuzione debba tenere conto del complesso delle voci retributive riconosciute al lavoratore e non dei singoli elementi [*ex multis*, Cass. 15.3.2005, n. 5598, in *RFI*, 2006, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1278].

(36) Per una recente analisi, attraverso la comparazione settoriale, delle differenze retributive derivanti dalla contrattazione collettiva, si rinvia a Tomasetti 2017.

(37) Vd. Cass. 30.11.2016, n. 24449, in *MGC*, 2016.

(38) Sul legame tra giusta retribuzione e dignità del lavoratore, cfr.: De Simone 2019, 20-22; Barcellona 2018, 7 ss.

(39) Cfr., tra gli interventi più recenti: Ballestrero 2019; Delfino 2019, 44 ss.; Treu 2019.

(40) Si leggano i dati allarmanti riportati in Pierro 2019.

(41) È l'efficace espressione usata da Ricci 2012, 15.

(42) Come proposto nel d.d.l. n. 310/2018 («Salario minimo orario») di iniziativa del Partito Democratico.

(43) Come suggerito da Pascucci 2018, 105 e raccolto nel d.d.l. n. 1132/2019 («Norme in materia di giusta retribuzione, salario minimo e rappresentanza sindacale»), sempre a iniziativa del Partito Democratico.

(44) È la strada scelta dal d.d.l. n. 658/2018 («Disposizioni per l'istituzione del salario minimo orario»), presentato dal Movimento 5 Stelle.

vrapposizione tra i concetti di «salario minimo» e «salario sufficiente», giacché è attraverso il secondo che si realizza la cittadinanza sociale, incorporando ma andando anche oltre la corrispettività della remunerazione per il lavoro prestato (45).

Non basta. Se è vero che non vi è traccia nell'art. 36 Cost. di una riserva esclusiva di competenza in materia salariale in favore dell'autonomia collettiva e perciò l'intervento del legislatore è pienamente legittimo, una lettura sistematica della nostra Carta fondamentale continua a indicare la stretta connessione tra quell'articolo e il successivo art. 39. Tale connessione impone di ritenere l'adozione di una normativa sul salario minimo legale, per di più attraverso rinvii mobili a una contrattazione collettiva «qualificata», un provvedimento, benché utile, del tutto insufficiente: infatti, innanzitutto, non riuscirebbe a superare tutte le aporie interpretative legate al concetto di trattamento economico complessivo cui il lavoratore avrebbe diritto, e poi, in una prospettiva più ampia, non garantirebbe neppure la piena realizzazione dell'art. 3 cpv. Cost., rischiando di aggiungere ulteriori pressioni sulla regolamentazione collettiva e conformando la tutela dei salari alla inarrestabile frammentazione del mercato del lavoro.

Riferimenti bibliografici

- Albi P. (2012), *Il contratto di appalto*, in Brollo M. (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in Persiani M., Carinci F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, vol. VI, 1595 ss.
- Alvino I., Imberti L. (2018), *Contratto collettivo leader e rappresentanza datoriale*, in *LLI*, vol. 4, n. 2, 1 ss.
- Ballestrero M.V. (2019), *Retribuzione sufficiente e salario minimo legale*, in *RGL*, n. 2, I, 235 ss.
- Barbieri M. (2015), *In tema di legittimità costituzionale del rinvio al Ccnl delle organizzazioni più rappresentative nel settore cooperativo per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente*, in *RGL*, n. 3, II, 493 ss.
- Barcellona G. (2018), *Della forma dell'acqua: la dignità umana, volti e risvolti costituzionali*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 1, 1 ss.
- Basenghi F. (2018), *Decentramento organizzativo e autonomia collettiva*, in Aidlass, *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro (Cassino, 18-19 maggio 2017), Giuffrè, Milano, 217 ss.
- Bellomo S. (2002), *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Giappichelli, Torino.
- Bellomo S. (2015), *Autonomia collettiva e clausole generali*, in *DLRI*, n. 1, 45 ss.
- Borgogelli F. (2018), *Modelli organizzativi e tutela dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico*, in Aidlass, *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro (Cassino, 18-19 maggio 2017), Giuffrè, Milano, 329 ss.

(45) Cfr. Zoppoli 1991, 282.

- Canavesi G. (2010), *Rapporto sociale, rapporto mutualistico e prestazione lavorativa del socio lavoratore di cooperativa*, in Persiani M. (a cura di), *I nuovi contratti di lavoro*, Utet, Torino, 2010, 847 ss.
- Centamore G. (2017), *Contratti collettivi «qualificati» e trattamento economico dei soci lavoratori di cooperativa: cronaca e implicazioni di una vicenda singolare*, in *Labor*, n. 2, 234 ss.
- Chieco P. (2004), *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore di terzo*, in Curzio P. (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il d.lgs. n. 276/2003*, Cacucci, Bari, 91 ss.
- Corazza L. (2009), *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 93.
- De Simone G. (2019), *La dignità del lavoro tra legge e contratto*, Relazione alle Giornate di studio Aidlass «Persona e lavoro tra tutele e mercato» (Udine, 13-14 giugno), dattiloscritto.
- Delfino M. (2019), *Salario legale, contrattazione collettiva e concorrenza*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Garofalo D. (2017), *Il perdurante divieto di interposizione*, in Garofalo D. (a cura di), *Appalti e Lavoro*, vol. II, *Disciplina lavoristica*, Giappichelli, Torino, 3 ss.
- Garofalo D. (2018), *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, in Aidlass, *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro (Cassino, 18-19 maggio 2017), Giuffrè, Milano, 17 ss.
- Garofalo M.G. (2011), *Per una teoria giuridica del contratto collettivo. Qualche osservazione di metodo*, in *DLRI*, n. 4, 515 ss.
- Ghera E. (2001), *Le cd. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *DRI*, n. 2, 133 ss.
- Gragnoles E. (2012), *La retribuzione ed i criteri della sua determinazione*, in Gragnoli E., Palladini S. (a cura di), *La retribuzione*, Utet, Torino, 2 ss.
- Imberti L. (2012), *Il trattamento economico del socio lavoratore di cooperativa*, in Gragnoli E., Palladini S. (a cura di), *La retribuzione*, Utet, Torino, 621 ss.
- Izzi D. (2017), *Le clausole di equo trattamento dei lavoratori impiegati negli appalti: i problemi aperti*, in *RGL*, n. 3, I, 451 ss.
- Lamberti F. (2016), *Il trasferimento d'azienda nei settori labour intensive*, in *RGL*, n. 3, II, 322 ss.
- Lozito M. (2013), *Tutele e sottotutele del lavoro negli appalti privati*, Cacucci, Bari.
- Menegatti E. (2012), *La retribuzione, i contratti collettivi nazionali di categoria e la loro interpretazione*, in Gragnoli E., Palladini S. (a cura di), *La retribuzione*, Utet, Torino, 149 ss.
- Mutarelli M.M. (2014), *La clausola sociale per il cambio appalto nel Ccnl vigilanza privata*, in *DL*, 2014, n. 1, 59 ss.
- Mutarelli M.M. (2015), *Gli effetti delle clausole di riassunzione nell'avvicendamento di appalti privati*, in Carinci M.T. (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti di impresa. Scelte organizzative e diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 337 ss.
- Nogler L. (2018), *Mono e multi-datorialità tra debito e garanzie patrimoniali dei crediti di lavoro*, in *ADL*, n. 3, I, 639 ss.

- Olini G. (2016), *I contratti nazionali: quanti sono e perché crescono*, in *DLRI*, n. 3, 417 ss.
- Orlandini G. (2018), *Legge, contrattazione collettiva e giusta retribuzione dopo le sentenze 51/2015 e 178/2015 della Corte costituzionale*, in *LD*, n. 1, 7 ss.
- Palladini S. (2012), *I principi costituzionali in materia di retribuzione e la loro applicazione giurisprudenziale*, in Gragnoli E., Palladini S. (a cura di), *La retribuzione*, Utet, Torino, 27 ss.
- Pascucci P. (2018), *Giusta retribuzione e contratti di lavoro. Verso un salario minimo?*, FrancoAngeli, Milano.
- Pierro M. (2019), *Cinque milioni di poveri in Italia, 17 milioni «working poors»*, in *il Manifesto*, 18 aprile.
- Ratti L. (2017), *Le clausole sociali di seconda generazione: inventario di questioni*, in *RGL*, n. 3, I, 469 ss.
- Recchia G.A. (2017), *Cambio appalto, stabilità occupazione e contrattazione collettiva*, in Garofalo D. (a cura di), *Appalti e Lavoro*, vol. II, *Disciplina lavoristica*, Giappichelli, Torino, 235 ss.
- Ricci G. (2012), *Il diritto alla retribuzione adeguata fra Costituzione, mercato ed emergenza economica*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 163.
- Roccella M. (1986), *I salari*, il Mulino, Bologna.
- Roma G. (1997), *Le funzioni della retribuzione*, Cacucci, Bari.
- Romei R. (2006), *Il contratto di somministrazione di lavoro*, in *DLRI*, n. 3, 403 ss.
- Speziale V. (2006), *Le «esternalizzazioni» dei processi produttivi dopo il d.lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, in *RGL*, n. 1, I, 3 ss.
- Tomassetti P. (2017), *Contrattazione collettiva, differenziali retributivi e disuguaglianze sociali*, in *DRI*, n. 2, 457 ss.
- Treu T. (1979), *Sub art. 36*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca G., *Rapporti economici*, tomo I, artt. 35-40, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 72 ss.
- Treu T. (2019), *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 386.
- Villa E. (2017), *La responsabilità solidale come tecnica di tutela del lavoratore*, Bononia University Press, Bologna.
- Zilio Grandi G. (2011), *Un'introduzione: fonti, struttura e funzioni della retribuzione quindici anni dopo*, in *LD*, n. 4, 599 ss.
- Zoppoli L. (1991), *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Esi, Napoli.
- Zoppoli L. (1996), *Retribuzione, politiche dei redditi e tecniche regolative*, in *DLRI*, n. 3, 357 ss.

Giuseppe Antonio Recchia
Ricercatore di Diritto del lavoro
presso l'Università di Bari «Aldo Moro»

TRIBUNALE RAVENNA, 28.3.2019 – Est. Bernardi – V.A. più altri (avv. Silvestri) c. Cofari Compagnia facchini riuniti soc. coop a r.l. (avv. Minguzzi) e La Cisa Trasporti industriali Srl (avv. Toffoletto).

Appalto – Subappalto – Cessazione – Re-internalizzazione del servizio – Cambio appalto – Identità e continuità di impresa – Trasferimento di azienda – Art. 2112 c.c. – Sussistenza.

In caso di successione nell'appalto di servizi, qualora l'entità in questione conservi la propria identità e non vi siano elementi di discontinuità nell'esercizio dell'attività precedentemente assegnata all'appaltatore uscente, anche alla luce del nuovo art. 29, c. 3, d.lgs. n. 276/2003, sussiste trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c. ogni volta che sia desumibile il proseguimento effettivo della gestione o la sua ripresa anche nel caso in cui ciò avvenga in un momento successivo e vi sia riduzione quantitativa dei servizi appaltati. (1)

(1) CAMBIO APPALTO E TRASFERIMENTO D'AZIENDA
TRA DISCONTINUITÀ E CONTINUITÀ D'IMPRESA

1. — I ricorrenti, licenziati dalla Società Logistica Ferrari, che opera in regime di subappalto con la Cisa società convenuta, a sua volta appaltatrice del Gruppo Marcegaglia, allegano nel ricorso introduttivo del giudizio che il cambio di appalto tra le ultime aziende ora citate realizzi un trasferimento di azienda.

Per meglio comprendere le argomentazioni poste alla base della decisione del Tribunale occorre chiarire il contesto in cui si sono sviluppati i fatti oggetto della sentenza.

Allo scadere del contratto di appalto principale, la Cisa sottoscrive con il Gruppo Marcegaglia, società appaltante, due contratti di appalto in cui si prevede che le attività già subappaltate alla Logistica Ferrari sarebbero state ridotte e reinternalizzate da Cisa o affidate ad altri appaltatori del Gruppo. In previsione della cessazione di appalto e della conseguente reinternalizzazione dei servizi, Logistica Ferrari dichiara l'esubero di tutto il personale impiegato nell'attività subappaltata (pari a 44 lavoratori, tra cui i ricorrenti) non avendo altre commesse sulle quali reimpiegare i dipendenti.

Al fine di contenere l'esubero, le organizzazioni sindacali siglano con Cisa e Gruppo Marcegaglia un accordo volto alla ricollocazione del personale sia all'interno dello stabilimento Marcegaglia, sia presso Cisa, per lo svolgimento delle attività oggetto di appalto. Grazie al suddetto accordo, nelle more della procedura di licenziamento collettivo avviata da Logistica Ferrari l'esubero si riduce numericamente attraverso la ricollocazione del personale all'interno del Gruppo nonché, in parte, presso la società Cofari: azienda a cui vengono successivamente subappaltate le attività prima affidate alla Logistica Ferrari.

I lavoratori licenziati da Logistica Ferrari chiedono al Tribunale di accertare che l'operazione ora descritta configura di un trasferimento di ramo di azienda con diritto alla prosecuzione del rapporto di lavoro in capo alla società subentrante Cofari.

Il Tribunale accoglie le istanze dei ricorrenti con conseguente riconoscimento dei diritti maturati in capo ai lavoratori transitati alle dipendenze dell'azienda subentrante.

2. — La sentenza esaminata ritiene che sia avvenuto trasferimento d'azienda a norma dell'art. 2112 c.c. «sia che si applichi l'art. 29, c. 3, del d.lgs. n. 276/2003 così come modificato dalla legge n. 122/2016, sia che non lo si applichi».

Fermo restando il principio generale secondo il quale non esiste un diritto dei lavoratori licenziati dall'appaltatore cessato al trasferimento automatico all'impresa subentrante, secondo la giurisprudenza, la successione di un imprenditore a un altro, in un appalto di servizi, integra la fattispecie del trasferimento di azienda soltanto qualora sia accertato in concreto «il passaggio di beni di non trascurabile entità, nella loro funzione unitaria e strumentale all'attività di impresa o almeno del *know-how* o di altri caratteri idonei a conferire autonomia operativa a un gruppo di dipendenti» (Tra le tante, Cass. 29.3.2019, n. 8922, in *GC*, 2019; vd. anche Cass. 12.4.2016, n. 7121, con nota di Bracci, in *Ilgiuslavorista.it*, 29 luglio 2016).

Il Tribunale, nel confermare il suddetto principio, richiama la norma dell'articolo 29, c. 3, d.lgs. n. 276/2003, così come sostituito dall'art. 30, c. 1, d.lgs. n. 122/2016, secondo la quale «l'acquisizione di personale già impiegato nell'appalto a seguito del subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda» (Per un approfondimento sul rapporto tra appalto e trasferimento di azienda o parti di essa: Fontana 2014, 765; Cosio 2011; Speciale 2006; Sforza 2017).

L'attuale disposizione normativa esclude il trasferimento d'azienda a fronte della contemporanea sussistenza di due elementi sostanziali: a) il nuovo appaltatore deve avere «una propria struttura organizzativa e produttiva» autonoma rispetto al gruppo di dipendenti che viene assorbito; b) la realizzazione dell'opera – ovvero lo svolgimento del servizio – deve essere caratterizzata da chiari «elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa».

Quanto al primo elemento, è richiesto all'imprenditore di subentrare nell'appalto con una propria struttura sia sul piano organizzativo sia sul piano operativo. Si esclude che oggetto del trasferimento, oltre ai dipendenti già assegnati nell'appalto, possano essere anche beni e mezzi di rilevante entità utilizzati dall'appaltatore uscente. Nel caso di specie, emerge dall'istruttoria che l'attività svolta dal subappaltatore Logistica Ferrari uscente è fondata principalmente sull'attrezzatura: senza questa, l'appalto non avrebbe potuto essere eseguito. L'attrezzatura messa a disposizione dall'appaltatore uscente – peraltro molto costosa – è utilizzata dai soggetti subentrati nell'appalto. Questa circostanza fa venir meno l'autonomia organizzativa del subappaltatore.

3. — Con riferimento al secondo requisito richiesto dalla norma, il giudice non ritiene sussistano rilevanti «elementi di discontinuità» nell'esercizio dell'attività in precedenza assegnata alla Logistica Ferrari che denotino una specifica identità di impresa. Né questi possono essere concretizzati dalla riduzione del numero degli addetti o delle attività oggetto di appalto né da una diversa redistribuzione delle stesse tra società appaltatrice e subappaltatrice.

Il Tribunale, in conformità a quanto già stabilito dalla giurisprudenza secondo la quale, «in caso di successione nell'appalto di servizi, la mera riduzione quantitativa dei servizi appaltati non comporta discontinuità d'impresa ai sensi dell'art. 29, c. 3, d.lgs. n. 276/2003» (T. Bologna 7.7.2017, n. 5941, in *RIDL*, 2018, II, 36 ss., con nota di Cosattini), giunge alla conclusione che nel caso in esame manchi la discontinuità tra le due gestioni susseguitesi nel tempo e che questo elemento, costitutivo della fattispecie, non possa neppure dedursi dalla riduzione dell'entità del numero di addetti.

Nel ricondurre la fattispecie alla disciplina del trasferimento d'azienda – con conseguente applicazione dell'art. 2112 c.c. –, la sentenza mette in evidenza l'identità tra le attività oggetto del subappalto prima affidato alla Logistica Ferrari e poi assegnato a Cofari, consistente nella movimentazione all'interno di uno stabilimento industriale di pesantissimi semilavorati e prodotti finiti di metallo a mezzo trattori, carrelli e carroponti.

Ai fini della «discontinuità» richiesta dal legislatore per escludere il passaggio diretto dei lavoratori, il Tribunale non ritiene rilevante la soluzione di continuità dell'appalto nelle more della riorganizzazione dei servizi appaltati, perché, in linea con la giurisprudenza comunitaria «il fatto che l'impresa fosse al momento del trasferimento, temporaneamente chiusa e non avesse dipendenti al suo servizio non è di per sé tale da escludere l'esistenza di un trasferimento d'impresa, ai sensi dell'art. 1 della Direttiva n. 2001/23» (Sent. 15.6.1988, C-101/87, *Bork International e a.*, in *FI*, 1991, IV, 287 ss.). In linea con la Direttiva n. 2001/23, per stabilire se sussista un «trasferimento» dell'impresa, il criterio da accertare è «se l'entità in questione conservi la propria identità dopo essere stata rilevata dal nuovo datore di lavoro, il che risulta in particolare dal fatto che la sua gestione sia stata effettivamente proseguita o ripresa» (C. Giust. 6.9.2011, C-108/10, in *RIDL*, 2012, n. 1, II, 104 ss., con nota di Cester).

La mancanza di una «propria struttura organizzativa e operativa» in capo all'appaltatore subentrante, nonché l'assenza di «elementi di discontinuità idonei a determinare una identità d'impresa» tra il precedente appaltatore e quello successivamente subentrato nel contratto di appalto, conducono pertanto il Tribunale a ritenere sussistente un trasferimento d'azienda. Ciò anche nell'ipotesi in cui si escludesse *ab origine* l'applicabilità dell'art. 29, c. 3, d.lgs. n. 276/2003, al caso *de quo*. Ciò in considerazione della circostanza che il personale viene acquisito non «in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola sociale del contratto di appalto», ma in base all'adesione volontaria e individuale all'accordo tra organizzazioni sindacali e Gruppo Marcegaglia sottoscritto all'indomani dell'apertura della procedura di licenziamento collettivo avviata da Logistica Ferrari dopo la cessazione dell'appalto.

4. — Le conclusioni alle quali giunge il Tribunale circa l'avvenuto trasferimento di azienda in ipotesi di subentro di un nuovo appaltatore, chiamato a espletare il medesimo servizio precedentemente affidato ad altro appaltatore e con le stesse attrezzature fornite dal medesimo, sono identiche sia se si tenga conto del nuovo art. 29, c. 3, d.lgs. n. 276/2003, sia che se ne escluda l'applicazione.

Il «correttivo» voluto dal legislatore, a opera della legge europea del 2016, risponde all'esigenza di evitare la procedura di infrazione attivata dalla Commissione europea, secondo la quale la disciplina sul «cambio appalto» contenuta nell'art. 29, c. 3, d.lgs. n. 276, è «in contrasto con le regole comunitarie» e, nello specifico, con la Direttiva

n. 2001/23, in quanto restringe in modo illegittimo l'ambito di applicazione delle regole sul trasferimento d'azienda contenute nell'art. 2112 c.c. [Cosattini (2016, 957), il quale ritiene che si tratti di «un intervento normativo che crea più problemi di quanti non ne risolva»].

Si ritiene, tuttavia, che la modifica sia solo formale. Essa non sposta i confini tra trasferimento d'azienda «dematerializzato» e successione nel contratto d'appalto [Vd. Carinci 2016, 743; ritiene Speciale (2006, 24) che vi è un contrasto assoluto e radicale tra norma italiana e diritto europeo, perché l'art. 29, c. 3, del d.lgs. n. 276/2003 esclude dalla disciplina dell'art. 2112 c.c. operazioni economiche che la disposizione comunitaria ritiene invece debbano essere qualificate come trasferimento d'azienda], poiché la novella si limita a ribadire l'interpretazione consolidata della giurisprudenza secondo la quale «il trasferimento d'azienda o di un ramo di azienda è configurabile anche in ipotesi di successione nell'appalto di un servizio, sempre che si abbia un passaggio di beni di non trascurabile entità, tale da rendere possibile lo svolgimento di una specifica impresa» (Per un esame della giurisprudenza nazionale e comunitaria, si vedano: Alvino 2018, 47; Boghetich 2017; Colosimo 2018, 2 ss; Valente 2008, 694; Cass. 10.11.2016, n. 2295, in *GDir.*, 2016; Cass. 19.1.2017, n. 1316, in *Rivista del Notariato*, 2017, n. 2, II, 319; Cass. 28.10.2013, n. 22627, in *GDir.*, 2013, n. 1, 43 ss.).

Indipendentemente dallo strumento giuridico impiegato per realizzare la sostituzione nella titolarità dell'attività economica, sussiste dunque un trasferimento *ex art.* 2112 c.c. laddove per il caso di successione nell'appalto si conservi l'identità dell'entità trasferita – da intendersi come struttura autonomamente capace di conseguire un determinato obiettivo – che «sopravvive» identica a sé stessa nel cambio di appalto e sulla quale occorre accertare o escludere la presenza di elementi di discontinuità (Colosimo 2018).

Riferimenti bibliografici

- Alvino I. (2018), *Il trasferimento di azienda*, in Aa.Vv., *Vicende ed estinzione del rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 47 ss.
- Boghetich E. (2017), *Art. 2112 c.c.*, in Amoroso G. et al. (a cura di), *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Carinci M.T. (2016), *Processi di ricomposizione e di scomposizione dell'organizzazione: verso un datore di lavoro «à la carte»?.*, in *DLRI*, 733 ss.
- Colosimo C. (2018), *Il trasferimento d'impresa: casistica giurisprudenziale*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 2, 1 ss.
- Cosattini L.A. (2016), *Cambio appalto e trasferimento d'azienda: un intervento normativo poco mediato*, in *LG*, n. 11, 953 ss.
- Cosattini L.A. (2018), *Successione negli appalti cambia la legge ma non la sostanza: decisive l'identità e la continuità di gestione*, in *RIDL*, I, 36 ss.
- Cosio R. (2011), *La distinzione tra appalto e trasferimento d'impresa nella giurisprudenza comunitaria*, in *MGL*, 172 ss.
- Costantini S. (2016), *Direttive sui contratti pubblici e Corte di Giustizia: continuità e discontinuità in tema di clausole sociali*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 309, 1 ss.

- Fontana F. (2014), *Trasferimento d'azienda, successione nell'appalto, contratti a tempo determinato: circolarità e continuità del rapporto di lavoro*, in *ADL*, 3 ss.
- Sforza G. (2017), *Successione di appalti, tutela dei lavoratori, deroghe alla l. 223/1991*, in *RGL*, II, 3 ss.
- Speziale V. (2006), *Appalti e trasferimento di azienda*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 41, 1 ss.
- Valente L. (2008), *Appalto, trasferimento d'azienda e contratto di inserimento per sole donne: un esempio, mal riuscito, di law shopping?*, in *RGL*, I, 694 ss.

Giulia Sforza
Avvocata in Roma

TRIBUNALE FERRARA, 25.3.2019 – Est. Bighetti – XY c. YZ.

Discriminazioni – Handicap della figlia minorenni – Accertamento del comportamento discriminatorio – Discriminazione indiretta – Orario di lavoro incompatibile con le esigenze di cura – Rimozione degli effetti e risarcimento del danno non patrimoniale.

Orario di lavoro – Contratto collettivo – Armonizzazione tra esigenze aziendali e istanze del personale.

Trattare in maniera identica agli altri lavoratori in punto di orari e turni di lavoro una persona doppiamente protetta dall'ordinamento in ragione sia della maternità, sia della disabilità della figlia, comporta una discriminazione indiretta, in quanto una decisione del datore di lavoro apparentemente neutra pone la lavoratrice in una situazione di particolare svantaggio. (1)

Dalla disposizione del contratto collettivo applicato emerge che il potere del datore di lavoro di determinazione dell'orario di lavoro non è assoluto, potestativo, ma deve tenere conto delle esigenze dei lavoratori e armonizzarle con quelle aziendali. (2)

(1-2) DISCRIMINAZIONE PER HANDICAP E ORARIO DI LAVORO

SOMMARIO: 1. Il fatto. — 2. L'assegnazione dei turni come condotta discriminatoria. — 3. L'orario di lavoro come «accomodamento ragionevole». — 4. Contratto collettivo e armonizzazione delle esigenze nella determinazione dell'orario di lavoro. — 5. Osservazioni conclusive.

1. — *Il fatto* — Nell'ambito delle articolate dinamiche in cui si sviluppano i rapporti di lavoro, l'organizzazione dell'orario costituisce sicuramente uno snodo fondamentale e particolarmente delicato (1), come dimostra la pronuncia in esame, emessa dal Tribunale di Ferrara.

In particolare, la sentenza, alla luce del quadro normativo nazionale e sovranazionale, nonché dell'ampia giurisprudenza e della contrattazione collettiva in materia, affronta la questione in una duplice prospettiva. In un'ottica *negativa* focalizza l'attenzione su come la non corretta gestione dei turni di lavoro possa rappresentare una condotta discriminatoria indiretta; in una visione *positiva*, invece, sottolinea come l'armonizzazione tra esigenze aziendali e istanze dei lavoratori contribuisca a un'equilibrata

(1) Per un'ampia e dettagliata panoramica sull'argomento, vd.: Santoro Passarelli G. 2017, 302; Bellomo 2017, 1033; Ichino, Valente, 2012; Ferrante 2008; Allamprese 2007, 341; Ricci 2005; Carabelli, Leccese 2004a, 3; Marazza 2002; Leccese 2001.

conciliazione dei tempi di vita e di lavoro e realizzi un «accomodamento ragionevole» nelle ipotesi di vulnerabilità.

Ad adire il Tribunale ferrarese è una lavoratrice, occupata alle dipendenze di una società operante nel settore della grande distribuzione, che lamenta la violazione delle regole di correttezza e buona fede in relazione all'esercizio del potere datoriale di determinare la collocazione temporale dell'orario di lavoro e la sussistenza di una condotta discriminatoria nei suoi confronti in quanto madre di due figlie in tenera età, di cui una affetta da grave disabilità. Al rientro dal periodo di astensione per la seconda maternità, infatti, le viene assegnato un orario di lavoro frazionato, con adibizione a ben sei turni di chiusura serale. Ciò le impedisce di accudire adeguatamente le figlie, e in particolare quella che per il suo handicap richiederebbe speciale attenzione e presenza. Inoltre, riceve frequentemente la richiesta di prestazioni di lavoro domenicali e festive da cui, solo a seguito di interessamento sindacale, viene esonerata, proprio in virtù dello stato di disabilità della figlia (2).

D'altro canto, la convenuta società datrice di lavoro deduce che gli «orari spezzati» sono svolti da tutti i lavoratori a tempo pieno e che la scelta dell'assegnazione del turno di chiusura è stata effettuata in quanto ritenuta meno gravosa di quello di apertura, che implica anche l'allestimento del bancone e degli scaffali. Inoltre, in base al contratto collettivo applicato, «non è vietato chiedere al dipendente la prestazione domenicale, ma è vietato adibirvi il lavoratore che, a seguito di richiesta, deduca di trovarsi in una situazione che legittima l'esonero». Sostiene anche che «la richiesta di un mutamento di orario per via giudiziale è inammissibile perché contrasta con il diritto di iniziativa economica tutelato dall'art. 41 Cost., ossia con il diritto del datore di lavoro di organizzare nel modo più opportuno i turni di lavoro, pur ovviamente nel rispetto della normativa legale e contrattuale applicabile». In conclusione, chiede il rigetto delle pretese della ricorrente, in quanto l'orario di lavoro richiesto si risolverebbe in un «illegittimo privilegio» (3), visto che nessun altro dipendente osserva un simile orario.

La questione sottoposta al giudice presenta, pertanto, molteplici sfaccettature e tocca aspetti particolarmente spinosi, quali la discriminazione per handicap e la protezione della maternità.

2. — *L'assegnazione dei turni come condotta discriminatoria* — Il Tribunale di Ferrara dichiara la discriminatorietà del comportamento assunto dalla società – «consistente nell'assegnazione di una turnazione di lavoro strutturata continuativamente su orari spezzati e serali comprendenti tutte le cd. chiusure» – nei confronti della lavoratrice, «destinataria di una duplice protezione normativa sia in quanto lavoratrice madre, sia in quanto lavoratrice genitore di un minore disabile» (4).

Per quanto riguarda il primo aspetto, è opportuno ricordare che l'*input* offerto dall'art. 37 Cost. (5) («le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della

(2) Cfr. art. 141, c. 5, Ccnl commercio 2015-2018.

(3) Le espressioni virgolettate sono tratte dalla sentenza in commento.

(4) Le espressioni virgolettate sono tratte dalla sentenza in commento. Sulle discriminazioni multiple o sovrapposte vd. Gottardi 2003, 447.

(5) Sul punto, vd. Assanti 1989, 167.

sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione») è stato trasfuso in rilevanti testi normativi nazionali, quali il T.U. in materia di sostegno alla genitorialità (6) e il Codice delle pari opportunità (7), tessendo una fitta trama protettiva nei confronti delle lavoratrici madri (8). In particolare, l'art. 25, c. 2-*bis*, d.lgs. n. 198/2006, afferma che «costituisce discriminazione [...] ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità [...] ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti». Anche sulla scorta del corposo impianto normativo dell'Ue in materia (9), degli impulsi offerti dalle numerose direttive e dalle pronunce della Corte di Giustizia dell'Ue (10), è ormai possibile affermare pacificamente che «il raggio d'azione della tutela antidiscriminatoria abbraccia oggi anche la tutela della maternità» (11).

Per quanto riguarda il secondo fattore suscettibile di protezione preso in considerazione dal giudice – cioè, l'handicap (12) –, è necessaria qualche precisazione.

Tralasciando le problematiche relative alla stessa individuazione della nozione di handicap (13) – a causa della mancata definizione nella Direttiva n. 2000/78, a cui ha cercato di sopperire la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Ue (14) – e dando per pacificamente assunta la sussistenza dello stato di disabilità della figlia della ricorrente e la conoscenza dello stesso da parte del datore di lavoro, in quanto nella sentenza *de qua* non vengono messe in discussione, ciò che viene immediatamente in risalto

(6) D.lgs. 26.3.2001, n. 151.

(7) D.lgs. 11.4.2006, n. 198.

(8) Per un approfondimento sul tema, vd.: Vallauri, Tonarelli 2019, 173; Gottardi 2018; Mariosa 2017, 2142; Gottardi 2016; Pasqualetto 2011; Topo 2007, 541; Calafà, Gottardi 2001, 5; Calafà, Gottardi 1999, 431; Ballestrero 1993, 325; Ballestrero 1979.

(9) Vd.: Roccella, Treu 2016, 302; Pastore 2016, 209; Waddington, Lawson, 2009.

(10) *Ex multis*: C. Giust. 20.6.2013, C-7/12, *Nadežda Riežniece*, in *www.europeanrights.eu*; C. Giust. 26.2.2008, C-506/06, *Mayr*, in *MGL*, 2008, 388 ss.; C. Giust. 16.2.2006, C-294/04, *Sarkatzis Herrero*, in *RIDL*, 2007, II, 249 ss.; C. Giust. 3.2.2000, C-207/98, *Mahlburg*, in *RGL*, 2000, II, 303 ss.

(11) Bellocchi 2017, 717.

(12) Il fattore di rischio «handicap» è stato introdotto nel c. 2 dell'art. 15 St. lav. a opera del d.lgs. 9.7.2003, n. 216, di attuazione della Direttiva n. 2000/78 per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

(13) Sul punto, in dottrina vd.: Ballestrero, De Simone 2017, 310; Bellocchi 2017, 748; Cimaglia 2013, 402; Barbera 2007, 77; Avio 2005, 157; Nicolini 2000, 93. In riferimento al quadro normativo sovranazionale vd. Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità del 13.12.2006; Convenzione Oit n. 159 del 1.6.1983 sul reinserimento professionale e l'occupazione delle persone disabili; artt. 21 e 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue; Direttiva n. 2000/78. Per quanto riguarda la legislazione nazionale vd. art. 1, l. 12.3.1999, n. 68; artt. 1 e 2, d.lgs. n. 216/2003. In Italia, però, si rinviene nell'art. 3 della l. 5.2.1992, n. 104 (legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate), la definizione di «persona handicappata», cioè «colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione».

(14) Vd. C. Giust. 1.12.2016, C-395/15, *Mohamed Daouidi*, che riconosce la disabilità come «un concetto in evoluzione»; C. Giust. 11.4.2013, C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark*; C. Giust. 11.7.2006, C-13/05, *Chacón Navas*, in *RIDL*, 2007, n. 4, II, 758 ss.

è la non coincidenza tra il soggetto disabile e quello che chiede l'attivazione della tutela antidiscriminatoria (15).

Si tratta, infatti, di una delle rare «versioni italiane» (16) della nota sentenza *Coleman* (17), che ha aperto la strada alla cd. discriminazione per associazione (18): a subire il trattamento meno favorevole nell'ambito del rapporto di lavoro non è il soggetto portatore del fattore di rischio, bensì un terzo, a causa del particolare legame con la persona che possiede la caratteristica protetta.

Secondo l'autorevole pronuncia della Corte di Giustizia dell'Ue, «la Direttiva n. 2000/78 [...] dev'essere interpretata nel senso che il divieto di discriminazione diretta ivi previsto non è limitato alle sole persone che siano esse stesse disabili». La Corte approda a tale conclusione in quanto «anche se in una situazione come quella di cui alla causa principale la persona oggetto di una discriminazione diretta fondata sulla disabilità non è essa stessa disabile, resta comunque il fatto che è proprio la disabilità a costituire il motivo del trattamento meno favorevole del quale essa afferma essere stata vittima».

La Direttiva, infatti, si riferisce alla discriminazione «fondata sulla disabilità, senza chiedere l'attribuzione diretta di questa condizione» (19). D'altronde, come evidenziato nelle conclusioni dell'Avvocato Generale del citato caso *Coleman*, «la dignità della persona avente una caratteristica sospetta è lesa tanto nel momento in cui viene discriminata direttamente, quanto nel momento in cui vede qualcun altro patire una discriminazione per il semplice fatto di essere in rapporto con lei. In questo modo, la persona che sia la vittima immediata della discriminazione non solo soffre un torto essa stessa, ma diventa anche lo strumento attraverso il quale viene lesa la dignità della persona appartenente a una categoria sospetta» (20).

La sentenza *Coleman* – a cui il giudice ferrarese si riporta – scioglie il nodo dell'estensione dell'ambito soggettivo della tutela antidiscriminatoria, ma resta da chiarire in che modo la condotta del datore di lavoro, nella vicenda in esame, assuma i connotati della discriminatorietà nei confronti della lavoratrice ricorrente.

(15) Nel caso di specie, il soggetto portatore di handicap è la figlia, ma a essere tutelata dalla normativa antidiscriminatoria è la madre lavoratrice.

(16) Cfr. T. Brescia 31.1.2012, in *RGL*, 2012, n. 2, II, 433 ss., con nota di Protopapa; T. Pavia 18.9.2009, in *DL*, 2009, 737 ss., con nota di Russi.

(17) C. Giust. 17.7.2008, C-303/06, *Coleman*, in *DRI*, 2008, n. 3, 849 ss. La ricorrente, segretaria in uno studio legale britannico e madre di un bambino affetto da disabilità, è stata costretta a rassegnare le proprie dimissioni a causa del trattamento meno favorevole subito al rientro dal periodo di congedo per maternità (rifiuto datoriale di reintegrazione nelle mansioni precedentemente svolte e di concessione della flessibilità oraria accordata agli altri lavoratori genitori, accuse di «pigrizia» a fronte della richiesta di usufruire dei permessi previsti per la cura di figli disabili, commenti ingiuriosi nei confronti della lavoratrice e del figlio).

(18) Tra i commenti alla sentenza *Coleman* vd.: Calafà 2008, 1169; Venturi 2008, 849. Sulla discriminazione per associazione vd. anche C. Giust. 16.7.2015, C-83/14, *Chez RB*: in questa vicenda, concernente un caso di discriminazione per origine etnica, la Corte estende la tutela anche a un soggetto che non appartiene al gruppo protetto (rom), ma che è considerato accomunato nel fattore di rischio a causa dello stretto rapporto che li collega. Sul punto vd. Guariso 2018, 399.

(19) Gottardi 2008, 63.

(20) Punto n. 13 delle conclusioni, in *www.eur-lex.europa.eu*.

In fondo, la società convenuta sostiene che «l'orario di lavoro affidato [alla dipendente] al rientro della maternità è il medesimo di quello affidatole precedentemente».

Secondo il Tribunale, però, tale osservazione «non coglie nel segno», in quanto la situazione della dipendente al rientro dalla seconda maternità «non è uguale alla situazione precedente» (21), perché ora ha una figlia disabile.

Per tabulas viene poi confutata la circostanza dedotta dal datore di lavoro, secondo cui tutti i dipendenti a tempo pieno (22) vengono trattati in egual maniera e svolgono un orario di lavoro articolato su turni frazionati simili a quelli assegnati alla ricorrente. In realtà, soltanto due dipendenti effettuano sei chiusure settimanali, come la ricorrente, mentre gli altri alternano aperture e chiusure, «essendo evidente la pesantezza e il sacrificio imposto a chi, sempre, debba concludere l'orario lavorativo in orario serale» (alle ore 22, nel caso di specie). Inoltre, dall'esame del giudice emerge che nessuna delle altre dipendenti di sesso femminile svolge tutte le chiusure e, comunque, nell'unità produttiva non sono presenti altri lavoratori con figli disabili.

Alla luce di ciò, viene chiaramente affermato che «trattare in maniera identica agli altri lavoratori in punto di orari e turni di lavoro una persona in difficoltà e doppiamente protetta dall'ordinamento, sia in ragione della maternità sia in ragione dell'invalidità del figlio, significa operare una discriminazione indiretta, perché una decisione datoriale, apparentemente neutra e che si dice gravare su tutti, pone la lavoratrice in una posizione «di particolare svantaggio» rispetto agli altri lavoratori a tempo pieno». Anzi, da tale condotta del datore – perpetrata nonostante le ripetute istanze di un «ammorbidente» dell'orario di lavoro – e dalla reiterazione delle richieste di prestazioni lavorative nei giorni festivi è rilevabile «un particolare accanimento nei confronti della giovane madre» (23).

È vero che, nel caso di specie, non si tratta di discriminazione diretta (24) – come nella vicenda *Coleman* –, ma «i principi enucleati dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea possono essere estesi alla discriminazione indiretta (25) in quanto fondata sull'invalidità» (26), perché «limitare l'applicazione alle sole persone che siano esse stesse disabili rischierebbe di privare tale direttiva di una parte importante del suo effetto utile e ridurre la tutela che essa dovrebbe garantire» (27).

In fondo, la stessa Corte di Giustizia ha più volte ribadito (28) il carattere «oggettivo» della condotta discriminatoria: a essere rilevante non è l'intento dell'agente, bensì gli effetti svantaggiosi prodotti dal suo comportamento. Se così non fosse, la vittima della condotta discriminatoria sarebbe gravata anche dell'onere di provare l'elemento soggettivo – colpa o dolo – dell'agente, rendendo notevolmente più difficoltosa la concreta applicazione dei principi di non discriminazione.

(21) Le espressioni virgolettate sono tratte dalla sentenza in commento.

(22) Circa una sessantina nell'unità produttiva di riferimento.

(23) Le espressioni virgolettate sono tratte dalla sentenza in commento.

(24) Vd. art. 2, c. 2, lett. a, d.lgs. n. 216/2003. Per un'ampia panoramica sul divieto di discriminazione alla luce del d.lgs. n. 216 vd., *ex pluribus*: Chieco 2006, 559; Izzi 2005; Barbera 2003, 399; Guarriello 2003, 341; Izzi 2003, 423.

(25) Vd. art. 2, c. 2, lett. b, d.lgs. n. 216/2003.

(26) Le espressioni virgolettate sono tratte dalla sentenza in commento.

(27) C. Giust. 17.7.2008, C-303/06, cit.

(28) A partire da C. Giust. 8.11.1990, C-177/88, *Dekker*.

Con le sue pronunce, invece, la Corte di Giustizia ha cercato di assicurare il più ampio spettro di effettività e incidenza della tutela antidiscriminatoria.

3. — *L'orario di lavoro come «accomodamento ragionevole»* — «Se viene evidenziata, così come è stata evidenziata ripetutamente, una situazione di difficoltà e disagio per la nascita di un neonato con handicap, lasciare immutato l'orario di lavoro a fronte di una richiesta di ammorbidimento in ragione dell'handicap significa trattare allo stesso modo una situazione profondamente diversa» (29).

Più volte il giudice ferrarese torna sulla richiesta della lavoratrice – disattesa dalla società convenuta – di un «ammorbidimento» dell'orario di lavoro attraverso una diversa gestione dei turni e segnala la «mancanza di sensibilità» del datore di lavoro. Ciò offre l'occasione per una riflessione più ampia: la rigidità del datore manifestata nel mantenere inalterata l'assegnazione dei turni di lavoro rappresenta semplicemente una carenza di attenzione, un favore non accordato, oppure rischia di entrare in collisione con l'art. 5 della Direttiva n. 2000/78, che, proprio «per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili», prevede le cd. «soluzioni ragionevoli» (30) che i datori di lavoro «sono tenuti ad adottare»?

D'altronde, la Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità (art. 2) annovera tra i comportamenti discriminatori anche il rifiuto di un accomodamento ragionevole da parte del datore di lavoro.

Per soluzioni ragionevoli si intendono «i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere a un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione» (31). E la corretta distribuzione dell'orario di lavoro risponde pienamente a tale finalità (32), come indicato nel Considerando n. 20 della Direttiva n. 2000/78 (33).

È ovvio che nell'individuazione del criterio di «ragionevolezza» debba rientrare un bilanciamento tra l'idoneità delle misure tese a «consentire alle persone con disabilità di neutralizzare l'handicap o di ridurlo in misura tale da consentire l'esercizio dei propri diritti» (34) e la compatibilità «con le condizioni di esercizio dell'attività lavorativa» (35) e dell'organizzazione aziendale (36), ma l'unico motivo ostativo segnalato dalla diret-

(29) Le espressioni virgolettate sono tratte dalla sentenza in commento.

(30) In Italia l'espressione è stata recepita come «accomodamenti ragionevoli»: vd. il c. 3-bis dell'art. 3 del d.lgs. n. 216/2003, aggiunto, con un ritardo di ben dieci anni, dall'art. 9, c. 4-ter, d.l. 28.6.2013, n. 76, conv. dalla l. 9.8.2013, n. 99, a seguito della sent. C. Giust. 4.7.2013, C-312/11, *Commissione europea v. Italia*.

(31) Art. 5 della Direttiva n. 2000/78.

(32) Vd. C. Giust. 11.4.2013, cause riunite C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark*, cit., secondo cui anche «la riduzione dell'orario di lavoro può costituire uno dei provvedimenti di adattamento». Sul punto, vd. anche T. Bologna 18.6.2013, in *www.adapt.it*, sull'esenzione dai turni di lavoro notturni.

(33) «È opportuno prevedere misure appropriate, ossia misure efficaci e pratiche destinate a sistemare il luogo di lavoro in funzione dell'handicap, ad esempio sistemando i locali o adattando le attrezzature, i ritmi di lavoro, la ripartizione dei compiti o fornendo mezzi di formazione o di inquadramento».

(34) Loy 2009, 48.

(35) *Ibidem*. Vd. anche Agliata 2014, 263, e Cimaglia 2013, 408. Cfr. Giubboni 2012, 293.

(36) «Senza pregiudizio per gli altri lavoratori ed evitando alterazioni dell'organigramma

tiva (37) è l'eccessivo onere finanziario a carico del datore di lavoro, ove non sia «compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili» (38).

Si tratta, quindi, di un obbligo del datore di lavoro ulteriore rispetto a quello generale di tutela dell'integrità psico-fisica di tutti i lavoratori – di cui all'art. 2087 c.c. – e incentrato sul «caso specifico» (39).

Tornando alla vicenda in esame, è vero che riguarda una dipendente normodotata e non disabile, ma non si può trascurare che, a causa dell'assegnazione di turni di lavoro particolarmente gravosi, non è messa in grado di conciliare la condizione di lavoratrice e di madre di una figlia portatrice di handicap.

Pertanto, portando alle estreme conseguenze il ragionamento della Corte di Giustizia nella citata sentenza *Coleman*, un'interpretazione estensiva degli accomodamenti ragionevoli anche nei confronti del familiare *caregiver* potrebbe assicurare al soggetto con disabilità «il godimento e l'esercizio, su base di eguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e libertà fondamentali», come previsto dalla Convenzione Onu (40), laddove gli altri strumenti offerti dall'ordinamento (41) non risultino pienamente sufficienti. In mancanza di casistica giurisprudenziale – comunitaria e nazionale – sul punto specifico, la riflessione dottrinale in materia può offrire un apporto prezioso per contribuire alla garanzia dell'effettività della tutela antidiscriminatoria.

Inoltre, nel caso di specie, un ammorbidimento dei ritmi di lavoro risulterebbe agevolmente realizzabile, in considerazione dell'elevato numero di dipendenti occupati nell'unità produttiva e della concreta possibilità di gestire diversamente la turnazione, senza alcun aggravio economico a carico del datore di lavoro. Come evidenzia la stessa sentenza, «il datore di lavoro ben avrebbe potuto, ma soprattutto dovuto, venire incontro alle esigenze della lavoratrice» (42).

In ogni caso, ricade sul datore l'onere di dimostrare le concrete ragioni per cui la richiesta di un accomodamento della posizione lavorativa risulti impraticabile o sproporzionata (43), e «agli atti non vi è nessun dato, nemmeno tra le prove che la convenuta ha chiesto di offrire, che permetta di capire il motivo per il quale una diversa distribuzione dell'orario non si armonizzasse con le esigenze aziendali» (44).

aziendale»: vd.: Cass. 19.3.2018, n. 6798; Cass. 10.3.2015, n. 4757; Cass. 13.10.2009, n. 21710, tutte in *DeJure*.

(37) Nella norma di attuazione italiana non c'è un riferimento espresso alla sproporzione dell'onere economico datoriale, ma soltanto un accenno nell'ipotesi di datori di lavoro pubblici, che «devono provvedere [...] senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente».

(38) Art. 5 della Direttiva n. 2000/78.

(39) Cfr. C. Giust. 11.4.2013, C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark*, cit.

(40) Art. 2 della Convenzione Onu, cit.

(41) Ad es., vd. art. 33, cc. 3 e 5, l. n. 104/1992; art. 33, d.lgs. n. 151/2001; art. 8, cc. 4 e 5, d.lgs. n. 81/2015. Sulla finalità della l. n. 104/1992 di «assicurare continuità nelle cure e nell'assistenza ed evitare vuoti pregiudizievoli alla salute psicofisica del soggetto diversamente abile», vd. C. cost. 18.7.2013, n. 203, in *www.cortecostituzionale.it*; C. cost. 16.6.2005, n. 233, in *RGL*, 2005, II, 787 ss. Sul punto, in dottrina, vd.: Cimaglia 2016, 366; Bonardi 2011, 785.

(42) Le espressioni virgolettate sono tratte dalla sentenza in commento.

(43) Vd. T. Ivrea 21.2.2016; T. Pisa 16.4.2015, entrambe in *DeJure*.

(44) Le espressioni virgolettate sono tratte dalla sentenza in commento.

4. — *Contratto collettivo e armonizzazione delle esigenze nella determinazione dell'orario di lavoro* — Pur non aderendo espressamente a un'interpretazione estensiva degli accomodamenti ragionevoli — così come sopra illustrata e volta a ricomprendere anche le situazioni di discriminazione per associazione —, il giudice giunge alla medesima conclusione sulla base del contratto collettivo applicato alla vicenda in esame.

L'art. 133 del Ccnl commercio 2015-2018, infatti, dispone che, «fermi i limiti di durata massima e le disposizioni del presente contratto in materia, il datore di lavoro fisserà gli orari di lavoro armonizzando le istanze del personale con le esigenze dell'azienda». E proprio sul verbo «armonizzare» la sentenza sofferma la propria attenzione, affermando che «il potere datoriale di determinazione dell'orario di lavoro non è assoluto, potestativo, frutto di una discrezione illimitata» (45). La libertà del datore di lavoro di variare la dislocazione oraria dei lavoratori a tempo pieno (46) — estrinsecazione del potere direttivo — «può soffrire limiti in dipendenza di accordi che lo vincolino o lo condizionino a particolari procedure» (47).

Pertanto, alla luce dell'espressa clausola negoziale, «nella fissazione dell'orario occorre armonizzare ossia accordare, rendere compatibili le esigenze del lavoratore con quelle dell'azienda» (48). Non si tratta, dunque, di una graziosa concessione, ma di «un obbligo per l'imprenditore, quello di tenere conto delle esigenze del lavoratore e armonizzarle con quelle dell'azienda. Diversamente opinando, la norma non avrebbe significato alcuno, derivando dalla legge il potere direttivo del datore di lavoro e quindi il potere di articolare l'orario di lavoro».

A quest'obbligo — derivante dalla contrattazione collettiva — «accedono il dovere di correttezza e di buona fede, quali specificazioni degli inderogabili doveri di solidarietà sociale imposti dall'art. 2 della Costituzione», imponendo al datore di lavoro «di venire incontro alle esigenze di una dipendente in difficoltà, ricevendo la prestazione della medesima secondo scadenze tali da non sacrificare in modo apprezzabile l'interesse proprio» (49).

In ogni caso, come si rileva dalla dottrina e dalla giurisprudenza in materia, il ricorso ai canoni di correttezza e buona fede e il contemperamento tra qualificate richieste del lavoratore ed esigenze aziendali nella determinazione dell'orario di lavoro sono riconosciuti anche qualora non siano presenti nel contratto collettivo clausole *ad hoc* (50).

Anche il ministero del Lavoro, nella risposta all'interpello n. 68 del 2009 (51), sot-

(45) Le espressioni virgolettate sono tratte dalla sentenza in commento.

(46) Diverso è il discorso nei confronti dei lavoratori *part-time*: vd., in particolare, art. 6 del d.lgs. n. 81/2015 sulle clausole elastiche. In dottrina, sul punto, vd. Bellomo 2017, 1110.

(47) Vd. Cass. 21.5.2008, n. 12962, in *RIDL*, 2008, II, 825 ss., con nota di Bolego. Sul punto, vd. anche: Ichino, Valente 2012, 63; Allamprese 2007, 341.

(48) Le espressioni virgolettate sono tratte dalla sentenza in commento. In tal senso, vd. già Pret. Milano 20.5.1992, in *RIDL*, 1993, II, 816 ss.

(49) Le espressioni virgolettate sono tratte dalla sentenza in commento.

(50) Sul punto, vd. anche Cass. 12.12.2016, n. 25379, in *RGL*, 2017, II, 251 ss., con nota di Salvagni; Cass. 28.1.2016, n. 1608, in *RGL*, 2016, II, 371 ss.; Cass. 3.11.2015, n. 22421, in *Ilgiuslavorista.it*, 16 marzo 2016, con nota di Bellocchi; Cass. 14.7.2014, n. 16087, in *DRI*, 2015, n. 2, 497 ss.; Cass. 9.7.2009, n. 16102, S.U., in *DeJure*.

(51) Direzione generale per l'attività ispettiva del ministero del Lavoro, risposta a interpello n. 68 del 31.7.2009, in *www.dottrinalavoro.it*.

tolinea che «il datore di lavoro, ancorché non presenti progetti di richiesta di contributi per la promozione di azioni volte a incentivare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, non è esonerato dal dovere di leale collaborazione sotto i profili della buona fede, correttezza e ragionevolezza nello svolgimento del rapporto di lavoro. Pertanto lo stesso è tenuto a valutare con la massima attenzione ogni soluzione utile ad agevolare l'assolvimento della funzione genitoriale del dipendente, in particolare attraverso una diversa organizzazione del lavoro o una flessibilizzazione degli orari. Tale valutazione, evidentemente, andrà effettuata con riferimento al caso concreto, avendo riguardo alla oggettiva e comprovata situazione di difficoltà familiare e alle documentate esigenze di accudienza ed educative della prole».

Nel caso di specie, però, la collocazione temporale della prestazione lavorativa è stata determinata unilateralmente dal datore di lavoro, senza tenere in considerazione né «la richiesta della lavoratrice di ottenere un orario diverso, che non la costringesse a non essere mai a casa la sera con le proprie figlie» (52), né la clausola del contratto collettivo applicato (53).

Nelle sue conclusioni, il giudice si cimenta anche in una proposta di armonizzazione, e «a titolo di esempio» prospetta un «orario articolato su sei giorni settimanali, con due chiusure e un'apertura oppure due aperture e una chiusura e con cessazione dell'orario alle 15, salve le ipotesi delle due chiusure» (54). Si tratta di un modo concreto di bilanciare le distinte esigenze per ottenere un risultato tutto sommato comune. In fondo, la programmazione ragionevole della prestazione lavorativa (55) e l'equilibrata gestione dell'orario di lavoro costituiscono la «leva» per far funzionare correttamente il rapporto di lavoro e, di conseguenza, incrementare il livello di benessere dei lavoratori e la produttività aziendale (56).

5. — *Osservazioni conclusive* — La sentenza in commento, sulla base delle argomentazioni descritte, dichiara la discriminatorietà della condotta datoriale, ordina la cessazione immediata del comportamento censurato e condanna la convenuta al risarcimento del danno – liquidato in Euro 20.000,00 – e al pagamento delle spese di lite.

Si tratta, quindi, di una tutela a trecentosessanta gradi, che va ben oltre uno degli orientamenti di merito, secondo cui la violazione dei canoni comportamentali della correttezza e buona fede da parte del datore di lavoro, in materia di distribuzione dei turni, potrebbe comportare solamente conseguenze risarcitorie a vantaggio del lavoratore (57).

(52) Le espressioni virgolettate sono tratte dalla sentenza in commento.

(53) Per un approfondimento sulla contrattazione collettiva in materia di organizzazione dei turni di lavoro, vd.: Ichino, Valente 2012, 48; Carabelli, Leccese 2004b, 59; Marazza 2002, 359.

(54) Le espressioni virgolettate sono tratte dalla sentenza in commento.

(55) Vd. C. App. Torino 12.4.2017, in *RGL*, II, 2018, 45 ss., con nota di Russo.

(56) Cfr. *Rapporto 2019 Welfare Index Pmi*, in www.welfareindexpmi.it, che considera direttamente proporzionali la promozione delle misure di benessere lavorativo – tra cui l'equilibrata gestione dell'orario di lavoro – e l'aumento della produttività aziendale.

(57) T. Milano 23.9.2014; T. Catanzaro 1.2.2012; T. Catanzaro 28.10.2011, tutte in *DeJure*.

Molto interessante, come visto nel paragrafo precedente, il «suggerimento» giudiziale delle concrete modalità di armonizzazione tra le istanze della lavoratrice e le esigenze aziendali. In pratica, il Tribunale di Ferrara non si è limitato a ordinare la cessazione del comportamento discriminatorio, ma ha anche individuato i provvedimenti idonei alla rimozione degli effetti. In fondo, il ripristino di una situazione di parità di trattamento con gli altri lavoratori si può ottenere, nel caso di specie, soltanto mediante una nuova distribuzione dei turni di lavoro, che tenga conto delle criticità segnalate e consenta alla dipendente di conciliare il ruolo professionale e quello familiare e di cura della figlia disabile.

Proprio all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza è dedicata la Direttiva Ue n. 2019/1158 del 20 giugno 2019 (58), recentemente entrata in vigore, che focalizza l'attenzione sui «prestatori di assistenza» (59) e sulle «modalità di lavoro flessibili» (60) e demanda agli Stati membri l'adozione delle misure necessarie per garantire il diritto dei lavoratori/prestatori di assistenza di «chiedere orari di lavoro flessibili». In particolare, l'art. 9, comma 2, della Direttiva, stabilisce che «i datori di lavoro prendono in considerazione le richieste di modalità di lavoro flessibili e vi rispondono entro un periodo di tempo ragionevole alla luce sia delle proprie esigenze sia di quelle del lavoratore». L'eventuale rifiuto o il rinvio devono essere motivati (61).

La pronuncia in commento, in un certo qual modo anticipando il contenuto della direttiva, entra nel vivo della questione dei *caregivers*, apprestando – ad avviso di chi scrive – una tutela adeguata e, al tempo stesso, garantendo l'effettività della sanzione in una situazione particolarmente delicata, in cui si è «in presenza di una discriminazione multipla, sommatoria di più discriminazioni, con la possibilità di individuare il fattore di rischio prevalente: la disabilità, benché condizione non vissuta in prima persona» (62). Come più volte rilevato, la società convenuta non ha in alcuna maniera contestato «l'esistenza di una siffatta violazione dimostrando con qualsiasi mezzo, in particolare, che il trattamento che è stato riservato al lavoratore è giustificato da fattori oggettivi ed estranei a qualsivoglia discriminazione fondata sulla disabilità, nonché a qualsivoglia relazione di tale lavoratore con un disabile» (63).

La pronuncia in esame, pertanto, si immette nel consolidato solco giurisprudenziale – prevalentemente di stampo comunitario – che si premura di dare concreta attuazione al principio di non discriminazione – espressione specifica del principio generale di uguaglianza –, che rappresenta non solo uno dei capisaldi del diritto dell'Unione europea (64), ma anche uno dei pilastri della giustizia stessa.

(58) Che abroga la Direttiva n. 2010/18.

(59) Art. 3, c. 1, lett. d: «un lavoratore che fornisce assistenza o sostegno personali a un familiare o a una persona che vive nello stesso nucleo familiare del lavoratore e necessita di notevole assistenza o sostegno a causa di condizioni di salute gravi, come definito da ciascuno Stato membro».

(60) Art. 3, c. 1, lett. f: «la possibilità per i lavoratori di adattare l'organizzazione della vita professionale, anche mediante l'uso del lavoro a distanza, calendari di lavoro flessibili o una riduzione dell'orario di lavoro».

(61) Art. 9, c. 2, della citata Direttiva.

(62) Gottardi 2008, 62.

(63) C. Giust. 17.7.2008, C-303/06, *Coleman*, cit.

(64) Vd. C. Giust. 12.10.2004, C-313/02, *Wippel*.

Già Aristotele, nel IV sec. a.C., ha tracciato la strada, fondando il concetto di giustizia sul presupposto di «trattare ugualmente casi simili e diversamente casi diversi» (65). Da venticinque secoli, con alterne fortune, gli operatori del diritto stanno provando a mettere in pratica tale principio.

Riferimenti bibliografici

- Agliata M. (2014), *La Corte di Giustizia torna a pronunciarsi sulle nozioni di «handicap» e «soluzioni ragionevoli» ai sensi della Direttiva 2000/78*, in *DRI*, n. 1, II, 263 ss.
- Allamprese A. (2007), *Tempo della prestazione e poteri del datore di lavoro*, in *ADL*, n. 2, I, 341 ss.
- Assanti C. (1989), *Il lavoro e la Costituzione nella condizione complessiva della donna*, in *RGL*, I, 167 ss.
- Avio A. (2005), *I lavoratori disabili tra vecchie e nuove discipline*, in Ballestrero M.V., Balandi G.G. (a cura di), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, il Mulino, Bologna, 155 ss.
- Ballestrero M.V. (1979), *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, il Mulino, Bologna.
- Ballestrero M.V. (1993), voce *Maternità*, in *DDPComm.*, 325 ss.
- Ballestrero M.V., De Simone G. (2017), *Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Barbera M. (2003), *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *DLRI*, 399 ss.
- Barbera M. (2007), *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in Barbera M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 77 ss.
- Bellocchi P. (2016), *Nullità del termine del contratto di lavoro, reintegro presso altra sede e tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori: l'assistenza del familiare disabile*, in *Ilgiuslavorista.it*, 16 marzo.
- Bellocchi P. (2017), *Divieti di discriminazione, interventi di contrasto e sanzioni specifiche contro gli atti discriminatori*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e Pubblico*, Torino, 693 ss.
- Bellomo S. (2017), *Orario di lavoro, riposi e ferie: i principi costituzionali, la normativa europea ed il quadro regolativo definito dal d.lgs. 8.4.2003, n. 66*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e Pubblico*, Torino, 1033 ss.
- Bolego G. (2008), *Sul potere del datore di lavoro di variare la collocazione dell'orario nel full time*, in *RIDL*, n. 4, II, 825 ss.
- Bonardi O. (2011), *I diritti dimenticati dei disabili e dei loro familiari in seguito alle recenti riforme*, in *RGL*, n. 4, II, 785 ss.
- Calafà L. (2008), *Disabilità, discriminazione e molestia «associata»: il caso Coleman e l'estensione elastica del campo di applicazione della Direttiva 2000/78*, in *DL*, 1169 ss.

(65) Aristotele, *Etica Nicomachea*, libro V, cap. 6.

- Calafà L., Gottardi D. (1999), *Maternità, paternità e lavoro: recenti linee di ineludibili riforme*, in *DML*, I, 431 ss.
- Calafà L., Gottardi D. (2001), *Famiglia, lavoro, diritto: combinazioni possibili*, in *LD*, 2001, n. 1, I, 5 ss.
- Carabelli U., Leccese V. (2004a), *Il d.lgs. n. 66 del 2003, di attuazione delle Direttive in materia di orario di lavoro: i problemi posti dai vincoli comunitari e costituzionali*, in Leccese V. (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Ipsoa, Milano, 3 ss.
- Carabelli U., Leccese V. (2004b), *Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 22.
- Chieco P. (2006), *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, in *RGL*, n. 3, I, 559 ss.
- Cimaglia M.C. (2013), «Niente su di noi senza di noi»: la Corte di Giustizia delinea il nuovo diritto al lavoro delle persone con disabilità, in *RGL*, n. 3, II, 397 ss.
- Cimaglia M.C. (2016), *Il sistema di protezione rafforzato delle persone con disabilità*, in *RGL*, II, 366 ss.
- Ferrante V. (2008), *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Torino.
- Giubboni S. (2012), *Sopravvenuta inidoneità alla mansione e licenziamento. Note per una interpretazione «adeguatrice»*, in *RIDL*, II, 289 ss.
- Gottardi D. (2003), *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni*, in *DLRI*, 447 ss.
- Gottardi D. (2008), *Discriminazioni per disabili: tutelati anche i familiari lavoratori*, in *GLav.*, n. 35, 62 ss.
- Gottardi D. (2016), *Introduzione. Le modifiche al testo unico maternità-paternità e la conciliazione tra vita familiare e vita professionale. Ragionando di d.lgs. n. 80/2015 e dintorni*, in Gottardi D. (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001 ai sensi del d.lgs. n. 80/2015*, Giappichelli, Torino, 1 ss.
- Gottardi D. (2018), *Maternità lavoro welfare*, in Aa.Vv., *L'Italia delle donne. Settant'anni di lotte e di conquiste*, Roma, 277 ss.
- Guariso A. (2018), *La tutela giurisdizionale contro le discriminazioni nel dialogo con le Alte Corti*, in Bonardi O. (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Roma, 399 ss.
- Guarriello F. (2003), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, in *DLRI*, 341 ss.
- Ichino P., Valente L. (2012), *L'orario di lavoro e i riposi*, Milano.
- Izzi D. (2003), *Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie «di seconda generazione»*, in *DLRI*, 423 ss.
- Izzi D. (2005), *Eguaglianza e differenza nei rapporti di lavoro, il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli.
- Leccese V. (2001), *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Bari.
- Loy G. (2009), *La disabilità nelle fonti internazionali*, in La Macchia C. (a cura di), *Disabilità e lavoro*, Ediesse, Roma, 48 ss.
- Marazza M. (2002), *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Padova.

- Mariosa F. (2017), *Tutela della donna e rapporti di lavoro*, in Amororo G. et al. (a cura di), *Diritto del lavoro. La Costituzione, il codice civile e le leggi speciali*, I, Milano, 2142 ss.
- Nicolini C.A. (2000), *I soggetti protetti*, in Cinelli M., Sandulli P. (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili. Commentario alla legge n. 68 del 1999*, Giappichelli, Torino, 93 ss.
- Pasqualetto E. (2011), *La maternità nell'ordinamento giuridico: oggetto di tutela o causa di discriminazione?*, in *www.adapt.it*, 19 luglio.
- Pastore M. (2016), *Disabilità e lavoro: prospettive recenti della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *RDSS*, II, 209 ss.
- Protopapa V. (2012), *La discriminazione per associazione e le conseguenze del comportamento discriminatorio*, in *RGL*, n. 2, II, 433 ss.
- Ricci G. (2005), *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'Ue*, Milano.
- Roccella M., Treu T. (2016), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Cedam, Padova.
- Russi S. (2009), *Divieto di discriminazione del parente disabile: una prima applicazione della sentenza Coleman*, in *DL*, 737 ss.
- Russo M. (2018), *Mancato preavviso nella comunicazione dei turni e danno esistenziale*, in *RGL*, II, 45 ss.
- Salvagni M. (2017), *L'interpretazione costituzionalmente orientata in materia di trasferimento del lavoratore che assiste il soggetto affetto da disabilità non grave*, in *RGL*, n. 2, II, 251 ss.
- Santoro Passarelli G. (2017), *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Torino.
- Topo A. (2007), *La tutela della lavoratrice*, in Cester C. (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in Carinci F. (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Utet, Torino, vol. II, 541 ss.
- Vallauri M.L., Tonarelli A. (2019), *Povertà femminile e diritto delle donne al lavoro*, in *LD*, n. 1, I, 173 ss.
- Venturi D. (2008), *Effettività della tutela comunitaria contro la discriminazione diretta fondata sull'handicap ed estensione dell'ambito soggettivo della tutela: il caso Coleman*, in *DRI*, 84 ss.
- Waddington L., Lawson A. (2009), *Disability and non-discrimination law in the European Union. An analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field*, European Commission.

Marianna Russo
Ricercatrice di Diritto del lavoro
presso l'Università Telematica «Leonardo da Vinci»

TRIBUNALE ROMA, 16.10.2018 – Est. Buonassisi – M.G.P. (avv. Salvagni)
c. A.O. San Camillo Forlanini (avv. ti Fratto, Gambardella, Mammone).

**Lavoro subordinato – Subordinazione cd. attenuata – Art. 2094 c.c. –
Qualificazione del rapporto – Indici della subordinazione – Adatta-
mento al modello sociale – Utilizzazione differenziata – Necessità.**

Lo stabile inserimento delle prestazioni nell'organizzazione aziendale costituisce indice presuntivo del carattere subordinato del rapporto di lavoro, indipendentemente dall'assiduità del controllo e della vigilanza attraverso cui il datore di lavoro esercita il potere gerarchico e organizzativo, ben potendo tale controllo essere più o meno intenso o attenuato in relazione alla natura delle mansioni svolte dal lavoratore subordinato e alle caratteristiche dell'attività esercitata dall'azienda nella quale egli è inserito. Il requisito dell'assoggettamento va diversamente considerato (o adattato) in relazione al tipo di attività svolta, con conseguente necessità di una differenziazione nella utilizzazione di indicatori nella qualificazione del rapporto, in relazione a tipologie con diversa caratterizzazione secondo modelli socio-culturali evocabili alla stregua della generica formula contenuta nell'art. 2094 c.c. (1)

(1) IL DIPENDENTE, L'INDIPENDENTE E IL SEMIDIPENDENTE:
VECCHI E NUOVI «MINOTAURI» NEL MERCATO DEL LAVORO

1. — La sentenza in commento ritorna sull'annosa questione dell'uso sviato dei contratti di collaborazione simulanti un rapporto di lavoro subordinato.

Il caso è quello di un medico di un ente sanitario pubblico che in più di cinque anni aveva sottoscritto con l'Azienda sanitaria una pluralità di contratti di collaborazione autonoma ex artt. 2222 e 2229 c.c.

Dall'istruttoria, invece, è emerso che il rapporto ha avuto esecuzione con le modalità tipiche del lavoro subordinato nello svolgimento di mansioni proprie del personale medico strutturato.

Accertata per via indiziaria, sulla base di elementi precisi e concordanti, la subordinazione in una delle specifiche ipotesi in cui essa, in relazione alla particolare natura della prestazione, si manifesta in maniera attenuata, il Tribunale ha statuito che «lo stabile e giornaliero inserimento delle prestazioni nell'organizzazione di un ospedale, comporta una vera presunzione di subordinazione che è onere del datore di lavoro vincere con specifiche allegazioni e contestazioni».

Il principio enucleabile nella sentenza è dunque che, qualora si versi in una ipotesi di subordinazione cd. attenuata, fornire la dimostrazione della natura autonoma del rapporto è compito del datore di lavoro, sul quale incombe un onere aggravato di allegazione, di contestazione e di prova (come già avviene, ad esempio, nella fattispecie tipica del lavoro a domicilio ex l. n. 877/1973).

La sentenza in questione rappresenta l'occasione per alcune riflessioni critiche sul tema della qualificazione del rapporto di lavoro nelle sempre più frequenti aree di confine tra lavoro subordinato e autonomo, nelle quali forme di lavoro riportanti il *nomen iuris* di collaborazioni autonome, in effetti, si risolvono in rapporti nei quali il nucleo centrale della prestazione è connotato dalla subordinazione, anche se questa si presenta in forma attenuata in conseguenza della autonomia esecutiva riconosciuta al lavoratore.

La categoria della subordinazione cd. attenuata è già nota alla giurisprudenza, la quale vi ha fatto richiamo non solo nella fattispecie espressamente regolata del lavoro a domicilio, ma anche in altre ipotesi non codificate a livello legislativo, nelle quali la riconducibilità all'art. 2094 c.c. non è esclusa dall'esercizio in forma atipica del potere di eterodirezione (Vd., da ultimo, Cass. 3.5.2017, n. 10685, in *ADL*, 2017, II, 1564 ss.).

Rispetto a questo orientamento giurisprudenziale il Tribunale di Roma giunge al medesimo risultato cambiando la prospettiva di valutazione, cioè integra il consueto parametro di qualificazione calibrato sull'elemento «prestazione» con l'elemento della «organizzazione».

L'effetto che ne deriva è una dilatazione dell'area della subordinazione oltre la consueta casistica nella quale ha tradizionalmente trovato applicazione la sua forma cd. attenuata (oltre il già accennato lavoro a domicilio, anche il lavoro giornalistico, il lavoro delle professioni intellettuali, gli informatori scientifici, i messi notificatori ecc.), fino a ricomprendervi nuove forme di lavoro emerse dalla pratica nelle quali la prestazione lavorativa non è compiutamente eterodiretta, ma nelle quali l'esigenza di tutela del lavoratore si pone in maniera omogenea rispetto a come la stessa esigenza emerge nel vincolo della subordinazione (si pensi, ad esempio, al lavoro nei *call center*, ai *riders*, al *jobs app*, lo *smart working* ecc.).

L'elemento specificativo di questa esigenza espansiva dell'area della tutela è la possibilità di ritenere come modalità di esplicazione del potere direttivo anche il semplice inserimento nell'organizzazione aziendale di prestazioni rese in base a disposizioni programmatiche [Cass. 16.11.2018, n. 29640, in *RFI*, 2018, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 827].

Un breve *excursus* sui più recenti interventi normativi appare operazione utile per comprendere questa evoluzione.

Dapprima con la l. n. 30/2003 e poi con la l. n. 183/2014, il legislatore ha posto il lavoro nell'ordine prevalente dell'economia e spostato il suo baricentro dal *diritto* al *mercato*; quest'ultimo predicabile come una specie di «listino» di nuove opportunità per gli imprenditori e per i lavoratori di reperire, rispettivamente, risorse professionali adeguate e occasioni di occupazione.

In tema di qualificazione del rapporto di lavoro è questa una operazione sotto il profilo giuridico tutt'altro che neutra, perché ha ridisegnato la stessa funzione del diritto del lavoro mediante una scelta legislativa che ha consentito al datore di lavoro, con la trasformazione di diritti in libertà, di appropriarsi delle prerogative a tutela dei lavoratori e ampliare i suoi poteri (integralmente su tutto il rapporto nella sua triplice fase della costituzione, esecuzione ed estinzione).

Il *mercato del lavoro*, luogo delle «libertà» e non più dei «diritti», ha inglobato le tradizionali fattispecie del lavoro subordinato e del lavoro autonomo come fattispecie

di delimitazione all'interno delle quali sono state posizionate diverse forme cd. flessibili di lavoro, razionalizzando in un unico sistema sia fattispecie già esistenti e solo riqualificate, sia fattispecie del tutto nuove; è stato addirittura introdotto uno strumento di qualificazione *ex ante* del rapporto di lavoro mediante il meccanismo della certificazione.

Lodevole sicuramente è stato il tentativo di fornire veste giuridica ad alcuni tipi di rapporto emersi nella realtà socio-economica, e altrettanto lodevole è apparso il tentativo di introdurre nuove tipologie di lavoro, ma il problema di fondo è rimasto, ed è sempre lo stesso: la qualificazione del rapporto *in factum esse*.

Infatti, la qualificazione di rapporti oggettivamente di natura subordinata non può essere negata nemmeno dal legislatore, stante il principio costituzionale della intangibilità dei poteri qualificatori del giudice «... ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato» (C. cost. 29.3.1993, n. 121, in *FI*, 1993, I, 2423 ss.; conf. C. cost. 31.3.1994, n. 115, in *RIDL*, 1994, II, 277 ss.).

La categorizzazione giuridica delle diverse forme di lavoro, dunque, non è risolutiva perché, trasportando il luogo giuridico del lavoro nel mercato, tutto il lavoro si trasforma in una fenomenologia dinamica, al fluire della quale giudici e legislatore sono continuamente chiamati a sistematizzare e classificare modalità sempre nuove di svolgimento dell'attività lavorativa che emergono nella prassi, quasi sempre regolate dalle parti come lavoro autonomo ma di fatto riconducibili al lavoro subordinato (Cfr., per il *call center*, Cass. 14.4.2008, n. 9812, in *LG*, 2008, 685 ss., in *RCDL*, 2008, 569 ss., in *RGL*, 2008, II, 547 ss., in *RIMP*, 2008, II, 30 ss., in *NGL*, 2008, 423 ss., in *D&G*, 2009, 96 ss., e in *DPL*, 2011, 1435 ss., e, per i *riders*, C. App. Torino 4.2.2019, n. 26, inedita a quanto consta).

Fondamentalmente le tipologie di lavoro continuano a muoversi, anche se non più per immedesimazione ma solo per approssimazione, tra i due estremi della *summa divisio*, cioè il lavoro autonomo e il lavoro subordinato, a ciascuna delle quali corrisponde una distinta figura soggettiva di lavoratore; lo schema dicotomico, nonostante tutto, non è mai stato messo in discussione perché le altre fattispecie (intermedie) vengono, se non sussunte, quantomeno declinate nell'uno o nell'altro schema.

Oggi parlare di rapporti di lavoro è divenuto cosa ardua: in tutti i manuali il capitolo che generalmente prima era dedicato ai «rapporti speciali» oggi pare essere il corpo centrale di ogni trattazione, cioè il luogo di esame delle varianti sul modello tipologico.

Eppure non sembra che la situazione sia cambiata più di tanto: come prima e, forse, anche più di prima nelle aule giudiziarie si continua a discutere di qualificazione del rapporto di lavoro: tanto più proliferano i tipi di lavoro e tanto più il contenzioso si alimenta.

Il fatto è che il problema qualificatorio non nasce dalla forma, ma è generato dalla sostanza: è il concreto svolgimento del rapporto, le sue modalità di attuazione che ne definiscono anche la tipologia.

Questa considerazione merita un minimo di approfondimento.

Soffermandoci sulle categorie, lavoratore subordinato, secondo la definizione enucleabile dall'art. 2094 c.c., è colui che, verso il corrispettivo della retribuzione, si ob-

bliga a prestare la sua attività nell'impresa con vincolo di subordinazione (alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore: così dice la norma).

Lavoratore autonomo, invece, è colui che, verso un corrispettivo, si obbliga a compiere un'opera o un servizio senza vincolo di subordinazione (art. 2222 c.c.).

Le due definizioni, valutate comparativamente nella loro struttura di massima, si connotano per un fatto anomalo: l'art. 2094 c.c. fornisce la nozione di lavoratore subordinato e l'art. 2222 c.c. individua l'ipotesi negativa, come se avesse voluto dire che «autonomo» è il lavoratore che non è «subordinato».

Il discrimine, come è facile notare da una semplice analisi semantica dei due testi normativi, è dato dal fatto che l'art. 2094 c.c., nel fornire la nozione di lavoratore subordinato, postula in positivo il vincolo di subordinazione (potere direttivo), mentre l'art. 2222 c.c., nel fornire la nozione di lavoratore autonomo, postula in negativo il medesimo elemento.

Il fatto è che di norma ogni attività lavorativa può essere svolta sia nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato sia nell'ambito di un rapporto di lavoro autonomo [Cfr. Cass. 16.6.2015, n. 12433. *RIDL*, 2016, II, 150 ss., Cass. 11.2.2004, n. 2622, *RFI*, 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 691: «Ogni attività umana economicamente rilevante può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato che di rapporto di lavoro autonomo, a seconda delle modalità del suo svolgimento...»]: ciò che dirime l'applicabilità di uno schema negoziale piuttosto che dell'altro non è la natura dell'attività in sé, quanto piuttosto le modalità di esecuzione della prestazione (la eterodirezione della prestazione, ossia l'esercizio in concreto del potere direttivo e di controllo dell'imprenditore).

Normalmente in un rapporto di lavoro, sia esso autonomo o subordinato, l'attività è identica, mentre si differenzia nell'uno e nell'altro schema per il momento funzionale e finale, ossia a seconda che sia caratterizzata dalla necessità di raggiungere un risultato o come semplice messa a disposizione di energie lavorative con inserimento nell'organizzazione aziendale e sottoposizione al potere gerarchico dell'imprenditore.

È per questa ragione che, al fine di accertare la reale identità tipologica del rapporto, ciò che il giudice deve indagare sono le modalità caratterizzanti lo svolgimento dell'attività, prima nella previsione contrattuale e poi nella concreta attuazione per accertare o negare la sussistenza del vincolo di subordinazione.

In questa operazione non pare che vi sia spazio per una graduazione del vincolo: esso o esiste o non esiste, cioè il lavoratore o è subordinato o è autonomo; cercare altre vie, un *tertium genus*, è operazione improvvida che serve solo a forzare la realtà fenomenica.

La sentenza quivi recensita dimostra come la dicotomizzazione sia ancora valida, ma, in progressione argomentativa rispetto all'indirizzo giurisprudenziale in cui si inserisce, dispone un diverso ordine degli indicatori della subordinazione, ritenendo, ai fini della qualificazione del rapporto, pur nella efficacia dirimente di entrambi, prevalente l'elemento della organizzazione rispetto alla prestazione.

Infatti, il riconoscimento in capo al lavoratore di una sfera di autonomia tale da conformare il potere dispositivo del datore di lavoro come un potere di indirizzo e non propriamente di direzione non è interdittivo della possibilità di qualificare il rapporto come subordinato, valendo a tal fine piuttosto un coordinamento funzionale rinveniente dall'effettivo inserimento del lavoratore e delle sue prestazioni

nell'organizzazione aziendale in dipendenza «... dei risultati che il datore di lavoro [...] si propone di conseguire a proprio esclusivo rischio» (Cass. 22.11.2011, n. 24619, in *RGL*, 2012, II, 526 ss.).

Questo oggi sembra essere il più rappresentativo e rafforzato indice di effettività della subordinazione, in continuità con quanto già colto da una più risalente giurisprudenza di merito (cui la sentenza del Tribunale di Roma ha ridato vigore) secondo la quale la eterodirezione è qualificata non dal contenuto delle prestazioni e dalle modalità con cui esse sono eseguite, ma dal profilo oggettivo del loro inquadramento funzionale nell'organizzazione aziendale (C. App. Potenza 12.10.2000, in *OGL*, 2000, I, 924 ss.).

Anche con il continuo imporsi di nuove forme di lavoro e con l'emergere di nuovi modelli, il problema della qualificazione del rapporto di lavoro rimane quello della sua catalogazione alternativa tra la categoria del lavoro subordinato e quella del lavoro autonomo sulla base delle fenomeniche varianti intermedie che ne determinano la catalogazione nell'una o nell'altra categoria (Vd. Perone 1999, 171 ss.).

L'effetto di questa situazione è l'ampliamento dell'area del lavoro subordinato; risultato a cui si giunge, come mette in evidenza la sentenza in commento, non più facendo leva sul tradizionale metodo della modulazione degli indici della subordinazione, quanto polarizzando la valutazione e il giudizio sulla organizzazione, togliendo alla prestazione la centralità finora assunta.

In particolare, non è la prestazione ma è il modo con cui il lavoratore è inserito nell'organizzazione che produce un effetto conformativo sulla natura del rapporto e lo qualifica come rapporto di lavoro subordinato.

In conclusione, nonostante le trasformazioni del lavoro nell'ordine economico, il lavoratore nella dimensione del giuridico rimane ancorato alla dicotomia autonomia-subordinazione, in virtù della quale o è autonomo, e allora è «indipendente», o è subordinato, e allora è «dipendente»; il «semidipendente», *tertium genus* non ricondotto né riconducibile alla posizione del lavoratore autonomo o del lavoratore subordinato, nella figurazione giurisprudenziale rimane un «minotauro» (coacervo di uomo e animale), che di volta in volta necessita, nel mondo del diritto, di essere rappresentato per intero in uno dei due *status* (ossia o come lavoratore subordinato o come lavoratore autonomo).

Importante in questo è l'opera di garanzia di quella giurisprudenza che finora ha impedito una polarizzazione unidirezionale verso il lavoro autonomo di quelle figure ibride di lavoro, ossia ha arginato il pericolo che i diritti dei lavoratori divengano (più di quanto non lo siano già e oltre ogni limite di ragionevolezza) diritti inservibili (Così chiamati dalla dottrina quei diritti imprigionati nella logica economica: vd. Rodotà 2012, 41).

Su questa linea sembra muoversi anche la sentenza in commento, la quale, nella interpretazione qui vi proposta, si presta a essere strumento di leva della vocazione «ideologica» del diritto del lavoro come garanzia della «dignità» (sostegno alla parte debole del rapporto di lavoro) e argine a una incerta legislazione regressiva che tenta di imporre, portando il lavoro fuori dalle coordinate costituzionali (artt. 1, 2, 3, 4, 35, 36 e 41, c. 2, Cost.), un modello di rapporto svuotato di diritti e riempito di libertà.

Riferimenti bibliografici

- Perone G. (1999), *Lineamenti di diritto del lavoro. Evoluzione e partizione della materia. Tipologie lavorative e fonti*, Giappichelli, Torino.
- Rodotà S. (2012), *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Bari.

Antonio Federici

Dottore di ricerca in Autonomia individuale e autonomia collettiva

[CASSAZIONE, 28.1.2019, n. 2298](#) – Pres. Di Cerbo, Est. Amendola, P.M. Fresa (conf.) – Ata Casartigiani, Coordinamento taxi italiano e altri (avv. Facciotti) c. Commissione di garanzia scioperi (Avvocatura Generale dello Stato).
Cassa Corte d'Appello di Roma, 29.5.2012.

Sciopero – Sciopero nei servizi pubblici essenziali – Astensione collettiva dalle prestazioni degli organismi rappresentativi dei lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori – Potere sanzionatorio della Commissione di garanzia scioperi – Impugnazione della sanzione amministrativa pecuniaria – Mancata dissociazione da comportamenti illegittimi – Responsabilità – Dovere di influenza.

L'art. 4, c. 4, seconda parte, della l. n. 146/1990, recante norme sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, deve essere interpretato nel senso che costituisce comportamento valutabile dalla Commissione di garanzia, ai fini dell'eventuale deliberazione della sanzione amministrativa pecuniaria, la violazione del dovere di dissociarsi pubblicamente e in modo inequivoco da forme di protesta che, inserendosi nella rivendicazione di categoria indetta dalle associazioni e dagli organismi rappresentativi, siano esercitate senza il rispetto delle misure dirette a consentire l'erogazione delle prestazioni indispensabili. (1)

(1) IL CD. «DOVERE DI INFLUENZA SINDACALE»
NELLE ASTENSIONI COLLETTIVE

1. — La pronuncia in commento è destinata a orientare l'operato della Commissione di garanzia scioperi (d'ora in avanti anche solo Cgsse) e a condizionare non poco il comportamento delle associazioni e degli organismi rappresentativi dei lavoratori autonomi, giacché su questi, in antitesi con quanto definito nel precedente grado, non grava alcun obbligo giuridico di agire, *rectius* di impedire astensioni illegittime, essendo sufficiente anche il solo dissociarsi pubblicamente e in modo inequi-

voco da forme di protesta esercitate in spregio alla normativa di riferimento in materia di contemperamento del diritto di sciopero con il godimento dei diritti della persona costituzionalmente tutelati.

Al termine di un *iter* giudiziario durato più di tredici anni e di cui ancora non si conosce la fine (la Corte d'Appello dovrà riesaminare nuovamente tutta la controversia uniformandosi alla massima di diritto oggetto della presente nota), infatti, la Corte ha inteso cassare qualunque profilo di «responsabilità oggettiva o per fatto altrui» in capo a organismi e associazioni, *ex art. 4, comma 4, legge n. 146/1990*, rappresentativi degli interessi dei lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori (nel caso di specie trattasi di un organismo di coordinamento taxi).

La decisione della Corte è suffragata da una esaustiva ricostruzione normativa della fattispecie e da richiami ad *arrêts* giurisprudenziali, che giova in questa sede approfondire.

Anzitutto è bene tener presente che il conflitto sindacale segue di pari passo l'andamento dell'occupazione e della stabilità dei rapporti di lavoro, alla luce dell'assunto secondo cui il lavoro subordinato avrebbe perso il suo ruolo egemonico tra i tipi di lavoro (Santoro Passarelli 2017); e inoltre, secondo taluni sociologi del lavoro (Carrieri, Pirro 2016), l'andamento degli scioperi fornirebbe un preciso e attendibile *feedback* dell'evoluzione economica complessiva del paese e dello stato di salute dei sindacati (Golden 2009).

Ebbene quale «manifestazione principe del conflitto del lavoro» (Cella 1984), lo sciopero oggi tende a reiterarsi principalmente nei luoghi di erogazione dei servizi pubblici essenziali: banche, uffici postali, trasporti pubblici locali, scuole, università, stazioni ferroviarie, aeroporti, trasporto taxi ecc., ovvero in attività in cui non soltanto rilevano gli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro direttamente coinvolti nelle trattative, ma anche quelli dei cittadini interessati a usufruire di detti servizi.

Quest'ultimi soggetti sono portatori di interessi propri e tutelati dall'ordinamento (e di riflesso dalla Commissione di garanzia) che vengono intaccati dall'astensione collettiva, tanto che, proprio in riferimento a questo aspetto, sovente si è parlato di «terziarizzazione del conflitto» (Pino 2009).

Con tale espressione ci si riferisce alla circostanza che lo sciopero, e più in generale qualunque tipo di astensione collettiva, nelle moderne società postindustriali, molte volte giunge a produrre danni, in termini di disagi e costi economici, nei confronti di chi non ha la disponibilità della pretesa degli scioperanti (Accornero 1985).

Il diffuso astensionismo legislativo come tratto caratterizzante tutto il diritto sindacale ha finito per comportare una mancanza di disciplina dell'esercizio dello sciopero, a eccezione proprio della procedimentalizzazione normativa connessa ai servizi pubblici essenziali ai bisogni della collettività.

E infatti, la terziarizzazione del conflitto e il sostanziale fallimento di un sistema di regole basato unicamente su codici di autoregolamentazione e relative sanzioni endo-associative (Martone 2009) ha portato, dopo una stagione di intensa concertazione sul tema (Carinci 1990), all'approvazione della l. n. 146/1990.

Quest'ultima, icasticamente definita una «legge contrattata» (Rusciano 1991), a distanza di quasi 30 anni dalla sua promulgazione rappresenta ancor oggi, al netto delle modifiche apportate dalla l. n. 83 del 2000 e dei *desiderata* di un possibile *restyling* normativo mai definitivamente concretizzatosi, l'unica vera opera legislativa organica

riguardante l'istituto e in grado di assicurare «un importante livello di civilizzazione del conflitto» (Santoro Passarelli 2019).

2. — Preliminarmente, per meglio comprendere l'approdo giurisprudenziale, è opportuno tracciare i tratti salienti del cd. «dovere di influenza» dei soggetti sindacali, in tema di astensioni collettive anomale.

Si tratta di un obbligo, di derivazione giurisprudenziale, tale per cui gli organismi sindacali rappresentativi di lavoratori subordinati o autonomi debbono prendere le distanze, pubblicamente e in modo inequivoco, da comportamenti dei propri rappresentanti non in linea con codici di autoregolamentazione «vistati» o con le regolamentazioni provvisorie emanate dalla Cgsse. Onere su cui si registra un ormai risalente contrasto giurisprudenziale di merito oggi risolto con la sentenza in commento.

Il Tribunale di Roma, con sentenza n. 20118 del 10.12.2008 (Maio 2010), ha ritenuto sussistente un «dovere di influenza», escludendo tuttavia una responsabilità oggettiva in capo al sindacato per le violazioni della l. n. 146/1990 originate da fatti episodici, anche gravi, ma non prevedibili secondo un'ordinaria diligenza e comunque non controllabili. Di talché lo stesso sindacato (nel caso di specie si discorreva di proteste di autotrasportatori autonomi) ha un obbligo di consentire l'erogazione delle prestazioni indispensabili nell'ambito dei servizi essenziali e, qualora venga a conoscenza di gravi fatti costituenti violazioni alla suddetta normativa, deve condannare, dissociandosi anche pubblicamente, gli episodi stessi e richiamare i propri iscritti al rispetto delle regole.

Dello stesso periodo (28.5.2007), ma di segno opposto, il primo grado di giudizio della presente vicenda legale attinente l'astensione collettiva dei taxisti. Il Tribunale, pertanto, ha escluso il «dovere di influenza» accogliendo il ricorso del Coordinamento taxi sanzionato dalla Commissione di garanzia e ha statuito che su quest'ultima gravi l'onere di fornire una prova «certa e tranquillante» dell'imputabilità alle organizzazioni sindacali delle violazioni riscontrate. Conclusioni che non hanno trovato seguito nelle successive pronunce dei giudici del lavoro di Roma (T. Roma 4.10.2010 e T. Roma 12.7.2011, inedite a quanto consta; T. Roma 2.5.2014, in *FI, Merito extra*, 2014, 305, 6; C. App. Roma 21.3.2012, in http://www.bollettinoadapt.it/old/files/document/20275app_roma_31_05_01.pdf; e 27.10.2014, con nota di A. Marziale, in <http://www.quorumlegal.it/resources/il-giuslavorista-marziale-2502.pdf>).

La Commissione di garanzia, proprio in riferimento al dovere di influenza e in ragione del non uniforme orientamento giurisprudenziale di merito di quegli anni, ha espresso un netto orientamento secondo cui sui soggetti sindacali «sussiste un dovere di dissociazione, formale ed esplicita, da astensioni in palese violazione delle regole, oltre che un generale dovere di influenza sindacale da esercitare con una concreta azione dissuasiva» (Delibera n. 14/7 del 2013, in *I Quaderni della Commissione*, 2014, n. 4, 142 ss.).

3. — Le premesse sin qui svolte consentono di analizzare in modo più dettagliato la sentenza in epigrafe.

Anzitutto è doveroso mettere in luce che le lungaggini che hanno contraddistinto questa vicenda giudiziaria stridono con le ragioni che spinsero il legislatore di inizio secolo ad aggiungere l'art. 20-*bis* alla l. n. 146/1990.

Nonostante la natura di soggetto di diritto amministrativo della Commissione di garanzia, che avrebbe normalmente condotto a ritenere i suoi provvedimenti impugnabili avanti la giurisdizione amministrativa, la maggiore incisività accordata dalla l. n. 83/2000 ai poteri della Commissione in fatto di sanzioni ha avuto come «contraltare sistemico» (Altamari 2016) un'accentuazione del controllo giudiziario, essendo stata prevista, giustappunto con l'introduzione dell'art. 20-*bis*, la ricorribilità al giudice del lavoro – che in forza dell'art. 25 c.p.c. non può che essere il Tribunale di Roma – in opposizione alle statuizioni della stessa comminate «in materia di sanzioni» (Pino 2017).

Il suddetto articolo 20-*bis*, dunque, sottrae importanti sfere di competenza al giudice amministrativo, il quale sembrerebbe essere il naturale destinatario di questi ricorsi (Perrino 2001). La peculiare novella sul riparto di giurisdizione trova la sua ragion d'essere, da un lato, nella presa di coscienza delle lungaggini dei procedimenti amministrativi che di certo mal si conciliano con la necessità di celere definizione delle impugnazioni circa le sanzioni comminate; dall'altro, nell'aver ritenuto il giudice del lavoro soggetto più pratico della peculiare realtà sindacale del nostro paese e, dunque, più idoneo a valutare l'incidenza e la proporzionalità della sanzione rispetto alle infrazioni commesse.

Alla luce di quanto precede si può tuttavia affermare che, seppur limitatamente al caso di specie, la normativa non sia riuscita nel proprio intento.

La pronuncia della Suprema Corte si è espressa sulla portata dell'art. 4, c. 4, seconda parte, della l. n. 146/1990, ovvero sulla possibilità della Commissione di garanzia di sanzionare associazioni e organismi rappresentativi dei lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori.

Il fatto trae origine da due astensioni collettive dalle prestazioni avutesi tra giugno e luglio 2006 da parte dei taxisti aderenti al Coordinamento taxi italiano; organismo proprio in quei giorni interessato da uno stato di agitazione sindacale. In conseguenza dei disagi e della violazione dei precetti contenuti nella regolamentazione provvisoria delle prestazioni indispensabili nel settore trasporto taxi (Delibera della Commissione di garanzia n. 02/11 del 24.1.2002), il Coordinamento taxi italiano è stato ritenuto responsabile e, pertanto, sanzionato dalla Cgsse per le suddette astensioni seppur lo stesso avesse revocato lo sciopero nazionale e in mancanza di qualsivoglia rivendicazione esplicita anche solo *ex post* di tali astensioni (Delibera della Commissione di garanzia n. 06/07 del 19.9.2006).

Dopo una decisione di primo grado, che aveva ritenuto illegittima la sanzione comminata giacché non era stata raggiunta la prova certa circa il collegamento tra le astensioni collettive e lo stato di mobilitazione nazionale della categoria, la Corte d'Appello di Roma il 29.5.2012 (Rota 2013, Romei 2012) ha sentenziato che la responsabilità delle associazioni di cui all'art. 4, c. 4, l. n. 146/1990, può sorgere anche da un comportamento omissivo, che sia qualificabile in termini di inadempimento di un obbligo giuridico di agire.

Di talché, conseguenza diretta di tale pronuncia, ravvisante un obbligo per fatto altrui in capo alle associazioni sindacali, è inevitabilmente ravvisabile in un pericoloso allargamento della responsabilità e dei doveri in capo ai soggetti rappresentativi.

Senonché la Corte di Cassazione ha cassato le conclusioni del precedente grado, in quanto un conto è il «dovere di dissociazione sindacale», e altra cosa è discorrere di

«un indiscriminato e inesigibile obbligo di impedire che qualsivoglia singolo manifestante ponga in essere una protesta irrispettosa delle regole [...] che inevitabilmente sconfinerebbe in una forma di responsabilità oggettiva o per fatto altrui, priva di adeguato supporto normativo, in spregio del canone che considera eccezionali e non estensibili analogicamente tali tipologie di responsabilità».

La questione circa la legittimità della sanzione pecuniaria amministrativa comminata nel 2006 torna, pertanto, all'esame dei giudici d'appello, che dovranno effettuare un nuovo esame della controversia uniformandosi, tuttavia, alla massima di diritto enucleata.

In conclusione, si può ritenere che i giudici di legittimità abbiano, con una sentenza particolarmente lunga e analitica nella ricostruzione degli istituti sottesi al *thema decidendum*, ben colto un'esigenza di temperamento degli interessi in gioco negli scioperi afferenti i servizi pubblici essenziali. In altri termini, il temperamento che è valore fondante della legge n. 146/1990 finisce per essere chiave ermeneutica dell'estensione del perimetro della responsabilità dei sindacati.

Riferimenti bibliografici

- Accornero A. (1985), *Conflitto, «terziario» e terzi*, in *DLRI*, 17 ss.
- Altamari M. (2016), *Il potere sanzionatorio della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *ADL*, vol. 21, n. 4-5, 1064 ss.
- Carinci F. (1990), *Lo sciopero nei servizi pubblici: dall'autoregolamentazione alla legge 12 giugno 1990, n. 146*, in *RGL*, I, 458 ss.
- Carrieri M., Pirro F. (2016), *Relazioni industriali*, Egea, 1 ss.
- Cella G.P. (1984), introduzione al testo di J.D. Reynaud, *Sociologia dei conflitti di lavoro*, edizioni Dedalo, Bari, 5 ss.
- Golden M.A. (2009), *Eroiche sconfitte – Sindacato e politiche di riduzione di personale*, il Mulino, 1 ss.
- Maio V. (2010), *Astensione dal servizio di lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori, efficacia degli accordi di settore valutati idonei dalla Commissione di garanzia e responsabilità per omesso esercizio del dovere di influenza sindacale*, in *DRI*, 217 ss.
- Martone M. (2009), *Sciopero nei servizi pubblici essenziali e prospettive di riforma*, in *Percorsi Costituzionali* 2, Luiss Università, 169 ss.
- Perrino A.M. (2001), *I profili processuali*, in Santoni F. (a cura di), *Le regole dello sciopero. Commento sistematico alla legge n. 83/2000*, Napoli, 205 ss.
- Pino G. (2009), *Manuale sul conflitto nei servizi pubblici essenziali*, Giappichelli, Torino, 3 ss.
- Pino G. (2017), *Conflitto collettivo nei servizi pubblici essenziali*, in *ED, Annali X*, 287 ss.
- Romei R. (2012), *Sciopero e responsabilità delle organizzazioni sindacali*, in *DLM*, 565 ss.
- Rota A. (2013), *Dovere d'influenza sulle astensioni collettive dal lavoro: una «maliziosa» strategia smascherata o una rigorosa decisione?*, in *RIDL*, II, 461 ss.

Rusciano M. (1991), *Il ruolo degli attori nel disegno della legge 12 giugno 1990, n. 146*, in *RGL*, I, 409 ss.

Santoro Passarelli G. (2017), *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Giappichelli, 1 ss.

Santoro Passarelli G. (2019), *Relazione annuale per l'andamento degli scioperi nell'anno 2018*, Palazzo Madama, Roma, 18.6.2019.

Eugenio Erario Boccafurni
*Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro
presso la «Sapienza» Università di Roma*

CORTE D'APPELLO TORINO, 23.10.2018 – Pres. Fierro, Est. Casarino – Associazione lavoratori pinerolesi (avv.ti Spanò, Bisacca) c. S.F.K. Industrie Spa (avv. Ferrari).

Rappresentanze sindacali aziendali – Requisiti ex art. 19 St. lav. – Sindacato che abbia stipulato contratti aziendali – Sussiste – Sottoscrizione da parte di Rsu – Legittimità – Condotta antisindacale – Sussiste.

Ai fini della legittimazione a costituire Rsa non difetta dei requisiti richiesti dall'art. 19 St. lav., come integrati dalla sentenza della Corte costituzionale n. 231/2013, l'organizzazione sindacale che abbia sottoscritto contratti aziendali tramite Rsu. Tenuto conto delle peculiari dinamiche tra le organizzazioni sindacali e gli organismi che possono essere costituiti presso le aziende si deve ritenere che i contratti sottoscritti da una Rsu siano imputabili alle organizzazioni sindacali che hanno componenti eletti nelle proprie liste. (1)

(1) ANCORA SULLA LEGITTIMAZIONE A COSTITUIRE RSA

1. — La limitazione della titolarità dei diritti sindacali attribuiti dal Titolo III dello St. lav. ai soli soggetti dotati degli indici di rappresentatività indicati nell'art. 19 St. lav. ha dato origine a notevoli incertezze applicative. A seguito della pronuncia della Corte costituzionale n. 231/2013 è rappresentativo e, come tale, meritevole di costituire Rsa e godere dei diritti sindacali in azienda il sindacato firmatario del contratto collettivo applicato nell'unità produttiva nonché quello che, seppur non firmatario, abbia partecipato alle trattative (Rusciano, 2013; Carinci 2013). Numerosi profili di criticità sono emersi quando si è trattato di stabilire quale livello (solo nazionale o anche decentrato) e quale natura del contratto collettivo (normativo o gestionale) (Per la prima opzione, cfr.: C. cost. 12.7.1996, n. 244, in *RIDL*, 1996, II, 447 ss.; Cass. 11.7.2008, n. 19275, in *FI*, 2010, n. 2, I, 623 ss.) permettesse l'accesso alle garanzie del Titolo III e se fosse possibile ritenere la successiva firma per adesione come sottoscrizione (In senso contrario, Cass. 21.7.2005, n. 15296, inedita a quanto consta, che richiede l'effettiva partecipazione alle trattative). Ulteriori profili problematici sono emersi allorquando le parti sociali nel 1993 hanno istituito una nuova forma di rappresentanza dei lavoratori nei luoghi di lavoro: la Rsu che, ai sensi dei punti 4 e 5, A.I. 1993 (ora 4-5, T.U. del 2014), subentra alle Rsa.

La previsione di un modello di rappresentanza nei luoghi di lavoro «alternativo» rispetto a quello previsto dall'art. 19 St. lav., senza la previsione di un automatico e generalizzato effetto sostitutivo (Pret. Monza 11.4.1995, in *D&L*, 1997, 307 ss.; Pret. La Spezia 21.11.1994, in *D&L*, 1995, 307 ss.), ha generato un notevole contenzioso, rimesso allo sforzo interpretativo della giurisprudenza, soprattutto per la scarsa esigibilità che hanno le regole che le parti sociali pattizamente si sono date. E infatti, nonostante la clausola di salvaguardia (O meglio «di dissolvenza» per usare l'espressione di Romei 2005, 550), a tenore della quale: «Le organizzazioni sindacali, dotate dei re-

quisiti di cui all'art. 19, l. 20 maggio 1970, n. 300, che siano firmatarie del presente accordo o, comunque, aderiscano alla disciplina in esso contenuta, partecipando alla procedura di elezione della Rsu, rinunziano formalmente ed espressamente a costituire Rsa» (A.I. 20.12.1993, punto 8; sul punto: T. Ravenna 27.7.2005, in *ADL*, 2006, II, 928 ss.; T. Teramo 18.6.2004, in *LG*, 2004), il principio di libertà sindacale e la possibilità di iniziativa congiunta o disgiunta per la loro costituzione (A.I. 1993, punto 1) ha fatto ritenere che le organizzazioni non partecipanti alle elezioni delle Rsu avessero il diritto di mantenere in azienda la propria Rsa, con la conseguente convivenza tra i due modelli di rappresentanza (In questo senso T. Lucca 3.3.2000), foriera di un contenzioso che affolla le aule di giustizia di tutta Italia (Gramiccia 2005).

Nell'incertezza su quale forma di rappresentanza riconoscere e, di conseguenza, a chi attribuire le relative agibilità, sovente le condotte delle imprese sono state dichiarate antisindacali, sebbene sul punto l'orientamento giurisprudenziale non sia ancora consolidato (Ad esempio, per T. Torino 5.9.2018, inedita a quanto consta, non è antisindacale la condotta dell'impresa che non riconosce le Rsu perché in azienda sono già presenti Rsa e la convivenza di entrambe determinerebbe oneri eccessivi a carico dell'impresa. *Contra*, C. App. Firenze 16.5.2017, inedita a quanto consta, che le riconosce entrambe).

La previsione della «unicità» della forma di rappresentanza che apre la Parte seconda del T.U. sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014 è, apparentemente, neutra rispetto alla scelta del modello di rappresentanza da adottare, Rsa o Rsu; purtuttavia, viene sancita una sorta di regola «del non ritorno» al modello della Rsa, una volta che nell'unità produttiva interessata sia stata adottata la Rsu (Punto 8; Alaimo 2016). Oltre a tale impegno delle parti, si prevede che, «alla scadenza della Rsa, l'eventuale passaggio alle Rsu potrà avvenire se deciso dalle organizzazioni sindacali che rappresentino, a livello nazionale, la maggioranza del 50%+1» (Parte seconda, sezione prima, punto b, T.U. 2014), mentre un eventuale ritorno al modello delle Rsa è possibile solo se vi è il consenso unanime delle stesse organizzazioni sindacali (T.U. 2014, punto 8).

Come si evince da quanto sopra esposto, le recenti regole di autodeterminazione del sistema dovrebbero far ritenere superati molti dei nodi problematici evidenziati dalla prassi applicativa, anche se oltre a presupporre una certa unità di intenti non sempre concretamente possibile sono prive di efficacia generale (T. Roma 31.5.2013, inedita a quanto consta).

Nella consapevolezza di tali limiti sono all'esame del Parlamento diversi progetti di legge finalizzati a «fornire copertura legislativa alla disciplina pattizia in materia di Rsu» estendendone la «vincolatività al di là dei soggetti firmatari (Confindustria, Cgil, Cisl e Uil, nonché gli altri sindacati che successivamente vi hanno aderito, come l'Ugl)» (d.d.l. A.C. n. 788; d.d.l. A.C. n. 707).

Nell'attesa di un intervento legislativo, nella perdurante indistinzione tra Rsa e Rsu e titolarità dei diritti loro riconosciuti, perpetuata anche nei recenti interventi legislativi in materia di contrattazione collettiva (art. 8, l. n. 148/2011, e art. 51, d.lgs. n. 81/2015), resta affidato alla giurisprudenza il compito di sciogliere i nodi problematici, garantendo in concreto i diritti sindacali all'interno dell'azienda. La sentenza in esame ne è un esempio. In riforma della decisione appellata, la Corte d'Appello di Torino dichiara antisindacale il disconoscimento, da parte della società datrice di lavoro, della Rsa dell'Associazione lavoratori pinerolesì (di seguito, Alp), aderente alla

Confederazione unitaria di base, fornendo una condivisibile interpretazione sistematica conforme alla recente giurisprudenza di legittimità.

In primo grado, il Tribunale di Torino rigettava la domanda sul presupposto che la Alp difettesse del requisito della rappresentatività *ex art. 19, lett. b, legge n. 300/1970*, come risultante dopo il *referendum* del 1995 e la sentenza n. 231/2013 della Corte costituzionale, non potendosi considerare organizzazione sindacale firmataria di contratti collettivi applicati in azienda né partecipante alle trattative contrattuali, essendo stati detti accordi conclusi dalle Rsu, delle quali faceva parte un componente eletto nelle liste presentate dalla Alp. Pertanto, per il giudice di prime cure non sarebbe ravvisabile, in capo alla Rsu, la rappresentatività della singola organizzazione sindacale poiché l'eletto nella Rsu non si presenterebbe inscindibilmente collegato, attraverso la lista di appartenenza, a quella specifica organizzazione sindacale. Essendo la rappresentatività della Rsu espressione di un sistema elettorale essenzialmente basato sul voto dei lavoratori, ogni singolo componente, secondo questa impostazione, eserciterebbe le sue funzioni senza vincoli di mandato rispetto all'associazione che ha predisposto la lista nella quale è stato eletto.

La decisione in epigrafe non ritiene condivisibile le conclusioni cui è pervenuto il giudice di primo grado. Pur riconoscendo che le organizzazioni sindacali che hanno partecipato alle elezioni sono soggetti diversi dalle Rsu, ritiene che la mancata sottoscrizione di contratti aziendali da parte delle organizzazioni sindacali è insita nel meccanismo previsto dall'Accordo interconfederale del 1993, secondo il quale i sindacati hanno rinunciato a esercitare alcuni poteri, tra i quali la nomina delle Rsa e la sottoscrizione dei contratti aziendali, in favore delle Rsu. Di conseguenza, dopo il 1993, laddove siano state costituite Rsu, i contratti aziendali sono stati necessariamente sottoscritti da queste e non (anche) da Rsa. La disciplina interconfederale prevede, infatti, che «la Rsu e le competenti strutture territoriali delle associazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo nazionale di lavoro possono stipulare il contratto collettivo aziendale di lavoro nelle materie, con le procedure, modalità e nei limiti stabiliti dal contratto collettivo nazionale applicato nell'unità produttiva» (A.I. 20.12.1993, punto 5). Tuttavia, dall'interpretazione letterale della disposizione non si evince se tale titolarità negoziale della Rsu con i sindacati territoriali sia esercitabile congiuntamente, come dovrebbe avvenire nella normalità dei casi, o anche disgiuntamente, sicché per arrivare alla soluzione del problema della validità del contratto collettivo aziendale stipulato dalla sola Rsu occorre stabilire se il potere di rappresentanza è attribuito dai lavoratori con la consultazione elettorale oppure deriva dal rapporto associativo. In giurisprudenza un primo orientamento (Cass. 7.3.2012, n. 3545, in *Ced Cassazione*, 2012) ha preferito la prima ipotesi ritenendo che la Rsu sia direttamente investita dai lavoratori dell'azienda che l'hanno eletta. Dalla qualificazione del voto individuale come strumento attraverso il quale il rappresentato conferisce il mandato al rappresentante discende che il contratto stipulato dalla Rsu sarà vincolante nei confronti di tutti i lavoratori che hanno preso parte all'elezione (Gagnoli, 2003, 817; Ghera 1994, 26; Ferraro 1995, 219).

Un altro orientamento ha, invece, sostenuto la sussistenza di un preminente vincolo associativo tra Rsu e organizzazione sindacale di appartenenza (Cass. 12.8.2000, n. 10769, in *RIDL*, 2001, II, 192 ss., con nota di Campanella; T. Milano 30.6.2003, in *D&L*, 2003, 917 ss.).

La sentenza in esame aderisce al secondo orientamento, ritenendo che le peculiari dinamiche tra le organizzazioni sindacali e gli organismi che possono essere costituiti presso le aziende conduce a ritenere che i contratti sottoscritti da una Rsu siano comunque imputabili alle organizzazioni sindacali che hanno componenti eletti nelle proprie file. La sentenza si pone così in linea di continuità con l'orientamento giurisprudenziale di legittimità affermatosi di recente, secondo il quale «l'autonomia collettiva garantita ex art. 39 Cost. può prevedere prerogative diverse o ulteriori rispetto a quelle riconosciute a livello legislativo, ben potendo anche trascinare dalla relativa cornice di riferimento, con gli unici limiti dell'art. 17, legge n. 300 del 1970, e dell'esistenza d'una effettiva rappresentatività (Cfr. C. cost. n. 492/95 e C. cost. n. 975/88)» (Così Cass. 6.6.2017, n. 13978, S.U., in *GI*, 2017, n. 11, 2431 ss.; Cass. 17.10.2018, n. 26011, in *Ced Cassazione*, 2018). Orientamento che ha permesso di riconoscere a un sindacato privo di rappresentanze in azienda, ma che aveva sottoscritto il contratto collettivo applicato in azienda, il diritto a indire assemblea ex art. 20 St. lav. (Cass. 10.10.2018, n. 25103, in *Ced Cassazione*, 2018).

Anche a livello sistematico, la correttezza dell'interpretazione della Corte d'Appello sembra, inoltre, trovare conferma nella disposizione del T.U. sul cd. «cambio di casacca», ossia il cambiamento di appartenenza sindacale, sanzionato con la decadenza e con la sostituzione del componente con il primo non eletto della stessa lista, e dalla quale si ricava, oltre la legittimazione elettorale, un collegamento tra componente Rsu e sindacato di appartenenza (In questo senso T. Napoli 3.7.2017, inedita a quanto consta).

Riferimenti bibliografici

- Alaimo A. (2016), *La riforma della rappresentanza aziendale dei lavoratori. Dal sistema duale al doppio canale: itinerari possibili*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 287.
- Carinci F. (2013), *Adelante Pedro, con juicio: dall'Accordo interconfederale 28 giugno 2011 al Protocollo d'intesa 31 maggio 2013 (passando per la riformulazione «costituzionale» dell'articolo 19, lettera b, St. lav.)*, in *DRI*, 3 ss.
- Ferraro G. (1995), *Morfologia e funzione delle nuove rappresentanze aziendali nell'Accordo interconfederale del dicembre 1993*, in *RGL*, I, 219 ss.
- Ghera E. (1994), *La riforma della rappresentanza sindacale nel Protocollo di luglio e nell'Accordo interconfederale del 20 dicembre 1993*, in Ghera E., Bozzao P., *La rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro (1970-1993)*, Roma, 26 ss.
- Gragnoli E. (2003), *Le rappresentanze sindacali unitarie e i contratti aziendali*, in *RGL*, I, 817 ss.
- Gramiccia G. (2005), *Il riconoscimento di una Rsa nell'azienda ove sia stata eletta la Rsu costituisce condotta antisindacale*, in *MGL*, 2005, n. 10, 698 ss.
- Romei R. (2005), *La rappresentatività frammentata*, in *RIDL*, II, 550 ss.
- Rusciano M. (2013), *Sindacato «firmatario» o «trattante» purché rappresentativo*, in *RGL*, II, 517 ss.

Barbara Caponetti
Dottoressa di ricerca

TRIBUNALE LUCCA, 7.2.2019 – Giudice Manfredini – Slc-Cgil, Fistel-Cisl, Uni-Europa (avv.ti Guariso, Lavanna, Neri) c. Sofidel Spa (avv. Mazzotta).

Attività sindacale – Delegazione speciale di negoziazione – Spese di funzionamento – Comitato aziendale europeo – Nuove tecnologie – Adeguatezza.

Non esiste un diritto dei componenti della delegazione speciale di negoziazione di riunirsi dal vivo a spese della direzione centrale se quest'ultima propone un'alternativa considerata adeguata a raggiungere l'obiettivo della costituzione del Comitato aziendale europeo che nel contempo consente un minore dispendio di risorse economiche e una maggiore sostenibilità ambientale, oltre che in linea con il progresso tecnologico. (1)

(1) LE CONSEGUENZE DEL MANCATO ACCORDO
SULLA COSTITUZIONE DEL COMITATO AZIENDALE EUROPEO
TRA TEORIA ED EVOLUZIONE TECNOLOGICA

1. — La controversia prende l'avvio dalla richiesta formulata dai componenti della Delegazione speciale di negoziazione (di seguito anche Dsn) di una riunione per la costituzione del Cae con obbligo, di conseguenza, per la direzione centrale di sostenere le spese di viaggio, alloggio e interpretariato così come previsto dalla normativa di riferimento. La società resistente, tuttavia, si oppone alla richiesta di riunione proponendo la videoconferenza come modalità alternativa di incontro in modo da risparmiare in termini di costi di viaggio e alloggio nonché di emissioni di CO₂, essendosi l'impresa impegnata a ridurre le emissioni di anidride carbonica imputabili alla società in un progetto di tutela dell'ambiente avanzato dal Wwf, sul presupposto che il viaggio in aereo dei componenti della Delegazione speciale di negoziazione (*alias*, i rappresentanti dei lavoratori) avrebbe inciso negativamente sul «bilancio» di CO₂ emesso dalla società.

Il giudice di Lucca respinge il ricorso delle organizzazioni sindacali e accoglie la proposta della società resistente basando il proprio convincimento sul fatto che nel caso in cui, come in quello di specie, le parti non abbiano raggiunto un accordo sulle spese di funzionamento, la proposta della direzione centrale non può essere respinta ma deve essere valutata secondo un canone di «adeguatezza» a soddisfare la *ratio* della legislazione richiamata, cioè l'istituzione di una Dsn e poi di un Comitato aziendale europeo (di seguito anche Cae). Il sindacato di adeguatezza condotto dal giudice di prime cure conclude per la validità della videoconferenza proposta dal *management* centrale come alternativa alla riunione dal vivo richiesta dai rappresentanti dei lavoratori in quanto strumento adeguato al raggiungimento del risultato (l'istituzione della Dsn), oltre che in linea con il progresso tecnologico e con le scelte di tutela dell'ambiente sostenute dalla società.

Orbene, se, a prima vista, la portata della decisione in commento appare ristretta in quanto, in estrema sintesi, decide solo su di un aspetto di congruità, in mancanza di accordo tra le parti, della riunione in videoconferenza proposta dalla direzione centrale in alternativa alla riunione dal vivo richiesta dai membri della Dsn per raggiungere il fine di cui alla Direttiva n. 2009/38, in realtà i suoi effetti appaiono di una portata molto più ampia, tale da incidere sull'impianto sistematico della Direttiva n. 2009/38 e del suo recepimento italiano.

Come noto, l'obiettivo perseguito dal legislatore con la Direttiva n. 2009/38, attuata in Italia con il d.lgs. n. 113/2012, è quello di migliorare il diritto all'informazione e alla consultazione dei lavoratori nelle imprese comunitarie nella sua doppia veste di strumento di tutela dello «sviluppo armonioso» delle attività economiche (cfr. Considerando 10 della Direttiva) e di diritto fondamentale dei lavoratori e dei loro rappresentanti, così come sancito dall'art. 27 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue (cfr. Considerando 46 della Direttiva). Difatti, le fusioni transfrontaliere, le acquisizioni di controllo o le concentrazioni di imprese non prevedono automatici meccanismi di tutela dei lavoratori interessati, con conseguente rischio di disparità di trattamento dei lavoratori sui quali incidono le decisioni dell'impresa transnazionale o del gruppo di imprese. Il Cae è, quindi, lo strumento pensato dal diritto comunitario per il dialogo tra rappresentanti dei lavoratori e il *management* centrale (cioè il livello in cui sono elaborati gli orientamenti direttivi dell'impresa), al fine di, per utilizzare le parole della direttiva, anticipare e gestire il cambiamento. L'effetto utile della direttiva è quindi quello di consentire l'informazione e la consultazione «adeguata» dei lavoratori nei casi in cui le decisioni che influiscono sulle loro condizioni siano prese in uno Stato membro diverso da quello in cui lavorano, attraverso la costituzione del Cae (La bibliografia sul punto è vasta; per tutti, si vd. almeno: Guarriello 1999, 293 ss.; Dorssemont, Blanke 2010; Leonardi 2014, 25 ss.). Sicché, la direzione centrale è responsabile della realizzazione delle condizioni e degli strumenti necessari all'istituzione del Cae, in qualità di unico soggetto titolare delle informazioni necessarie per comprendere se l'impresa rientra nel campo di applicazione della Direttiva n. 2009/38 (Così come emerge dalla giurisprudenza europea sulla Direttiva n. 94/45, in parte recepita dalla Direttiva n. 2009/38, C. Giust. 15.7.2004, C-349/01, *Ads Anker*, in *www.curia.europa.eu*; C. Giust. 29.3.2011, C-62/99, *Bofrost*, in *DL*, 2001, n. 2-3, 130 ss., con nota di Guarriello; C. Giust. 13.1.2004, C-440/00, *Kuhne & Nagel*, in *RGL*, 2004, II, 827, con nota di Verrecchia). È tenuta, quindi, sia a istituire la Dsn che ad avviare i negoziati con la stessa per l'istituzione del Cae. Se è vero, infatti, che l'iniziativa per la costituzione del Cae spetta ai lavoratori («su richiesta scritta di [...] almeno cento dipendenti di almeno due imprese o stabilimenti situati in non meno di due Stati membri diversi»: cfr. art. 5 della Direttiva e art. 5 del d.lgs. n. 113/2012), in realtà un ruolo rilevante è giocato dalla stessa direzione centrale, che comunica alle organizzazioni sindacali e alle rappresentanze dei lavoratori le informazioni indispensabili per l'avvio dei negoziati (Numero totale medio dei lavoratori, loro ripartizione negli Stati membri e nelle imprese del gruppo, struttura dell'impresa e del gruppo, nomi e indirizzi dei rappresentanti dei lavoratori che potrebbero partecipare alla Dsn: cfr., in tale senso, C. Giust., *Kuhne & Nagel*, cit.).

La direttiva è, pertanto, chiara nell'addossare sulla direzione centrale responsabilità e oneri dell'istituzione della Dsn (prima) e del Cae (poi). Invece, il compito di deter-

minare la natura, la composizione, le attribuzioni, le modalità di funzionamento, le procedure e le risorse finanziarie del Cae in modo da far sì che esse siano «adeguate» all'espletamento della sua missione è attribuito al «comune accordo» tra direzione centrale e Dsn (cfr. art. 5 della Direttiva). Orbene, al fine di concludere l'accordo, la direzione centrale ha l'obbligo di convocare una riunione con la Dsn (cfr. art. 5, par. 4) e di sostenere le spese relative alle riunioni e ai negoziati «in modo da consentire alla delegazione speciale di negoziazione di espletare adeguatamente la propria missione» (cfr. art. 5, par. 6). Queste previsioni della normativa europea sono state recepite letteralmente dal d.lgs. n. 113/2012, che infatti attribuisce all'accordo tra le parti il compito di determinare attribuzioni e modalità di funzionamento del Cae stabilendo, in ogni caso, che le «spese relative ai negoziati sono sostenute dalla direzione centrale in modo da consentire alla delegazione speciale di negoziazione di espletare adeguatamente il proprio mandato...» (cfr. art. 8, c. 1, e art. 9, d.lgs. n. 113/12). E infatti il contenzioso giudiziale sul punto non risulta numeroso. Almeno in Italia, se si esclude la sentenza del 7.5.2014 della Corte d'Appello di Torino (Vedila in www.questionegiustizia.it), in parziale riforma della sentenza del 20.2.2013 del Tribunale di Torino (Inedita a quanto consta) in tema di designazione dei componenti della Dsn, quella in commento è la prima, a quanto consta, ad avere a oggetto le sue modalità di funzionamento.

La decisione in oggetto non appare convincente alla luce dell'impianto sistematico della Direttiva n. 2009/38 e del d.lgs. n. 113/2012. Il punto centrale della questione non è – come ritiene il giudice di prime cure – l'adeguatezza o meno della videoconferenza a raggiungere il risultato richiesto dalla normativa, ma la presenza o meno del «comune accordo» tra le parti, *alias* lo strumento principale richiesto dalla direttiva per raggiungere la finalità di costituire, infine, il Cae. Orbene, l'intervento giudiziale altera le regole del gioco in quanto soggetto terzo rispetto alle parti coinvolte. Si è detto, infatti, che la direttiva comunitaria riconosce nell'accordo la sede principale per la definizione, tra le altre cose, di quali spese addossare alla direzione centrale (e in che limiti), stabilendo che, in sua mancanza, trovino attuazione le prescrizioni accessorie. Sicché l'accordo collettivo è la sede privilegiata per la definizione delle modalità di funzionamento della Dsn e del Cae. Tant'è vero ciò che in mancanza di accordo tra le parti (o in caso di rifiuto della direzione centrale di avviare i negoziati o, ancora, in caso le parti decidano in tal senso), la normativa di riferimento stabilisce che trovano applicazione le cd. «prescrizioni accessorie»: una sorta di soglia minima di diritti; una *safety net* che consente che il diritto fondamentale dei lavoratori all'informazione e alla consultazione non venga oltremodo sacrificato per via del mancato accordo tra le parti. In altre parole, con questa disposizione la direttiva evita che il rifiuto della direzione centrale di dare inizio ai negoziati o il fallito accordo tra le parti comportino il mancato raggiungimento dell'effetto utile della direttiva, cioè la creazione di un organo (o di una procedura) per l'informazione e la consultazione transnazionale. Per questa via, il rigido meccanismo sancito dalla Direttiva n. 2009/38 e dal d.lgs. n. 113/2012 – cioè le prescrizioni accessorie in mancanza di accordo tra le parti – sortisce l'ulteriore effetto di paralizzare anche qualunque tentativo del *management* centrale di pilotare la definizione del contenuto dell'accordo: i rappresentanti dei lavoratori, infatti, possono opporsi ai negoziati chiedendo l'applicazione delle prescrizioni accessorie (richiesta che il datore di lavoro non può rifiutare, cfr. art. 5, c. 5, e art. 7, Direttiva n. 2009/38).

Nel sistema regolativo delineato dalla direttiva – e letteralmente recepito dal d.lgs. n. 113/2012 – tutte le decisioni sono quindi lasciate all'autonomia collettiva, che sola può derogare, sia in senso migliorativo che peggiorativo, a quanto disposto dalla normativa stessa. L'esacerbarsi delle posizioni individuali porta, infatti, all'applicazione delle prescrizioni accessorie. Se così è, nel caso in esame la videoconferenza decisa unilateralmente dalla direzione centrale come alternativa alla riunione fisica non doveva trovare l'avallo del giudice proprio perché non concordata e non frutto di un accordo ma, anzi, denegata dai rappresentanti dei lavoratori. Sicché, il giudice doveva dichiarare il mancato accordo tra le parti e concentrare il proprio giudizio sulla verifica della sussistenza dei requisiti per dichiarare l'applicabilità delle prescrizioni accessorie (così come richiesto dalle parti ricorrenti). Doveva cioè accertare se l'imposizione della videoconferenza poteva essere considerata comportamento equivalente al rifiuto di aprire i negoziati (art. 7, par. 1, seconda alinea, della Direttiva), oppure accertare l'eventuale avvenuto decorso del tempo stabilito dalla legge (tre anni dalla richiesta di apertura dei negoziati) per la rilevanza giuridica del mancato accordo tra le parti (cfr. art. 7, par. 1, terza alinea, della Direttiva). La pronuncia sull'adeguatezza della videoconferenza è *ultra petita*, poiché la resistente nelle conclusioni ha solo ribadito la disponibilità a convocare la riunione in videoconferenza ma non ha chiesto al giudice di valutarne l'adeguatezza. Tale soluzione è in linea anche con il recepimento italiano con il combinato disposto degli artt. 8 e 16 del d.lgs. n. 113/2012, secondo cui, in caso di mancato accordo, i costi di funzionamento della Dsn sono integralmente a carico della direzione centrale anche nella fase preaccordo Cae nei limiti disposti dalle prescrizioni accessorie (art. 16, d.lgs. n. 113/2012).

Le conseguenze del ragionamento del giudice conducono a uno (s)bilanciamento tra il diritto fondamentale di informazione e consultazione dei lavoratori e dei loro rappresentanti di cui all'art. 27 della Carta di Nizza (Su cui vd., almeno, Blanke, 2003, 25 ss.), di cui la Dsn e il Cae costituiscono il presidio a livello transnazionale, e i costi che l'impresa multinazionale deve sopportare per garantire l'effettività e l'esercizio di tali diritti, a vantaggio di quest'ultima. Non è in dubbio che la videoconferenza consenta alla società di risparmiare in termini di costi di viaggio e di alloggio, ma se lo strumento non è condiviso dalle parti, le scelte in chiave economica e ambientale della società non trovano copertura nel sistema della Direttiva Cae e del d.lgs. n. 113/2012. Il fatto, poi, che si tratti di società multinazionale porta a concludere che la stessa abbia una capacità economica tale da non essere messa in crisi dal pagamento delle sole spese di viaggio e di alloggio dei rappresentanti dei lavoratori (Come importanti ricerche confermano, infatti, in alcuni casi le multinazionali sono più forti e potenti degli stessi Stati sovrani: cfr. Vitali *et al.* 2011). Appare, pertanto, in contrasto con la normativa comunitaria, e con la natura fondamentale del diritto di informazione e di consultazione di cui all'art. 27 della Carta di Nizza, introdurre elementi di valutazione quali il risparmio dei costi di gestione. D'altronde, neppure il progresso tecnologico – che di per sé sarebbe un elemento sufficiente per concludere sulla ragionevolezza della videoconferenza come alternativa alla riunione dal vivo – può essere il parametro di giudizio (invece utilizzato dalla sentenza in commento), poiché le parti sindacali non obiettano sulla innovazione in sé, ma sul fatto che sia stata unilateralmente decisa dalla direzione centrale.

Per altro verso, nemmeno le ragioni di tutela dell'ambiente sollevate dalla società

resistente (che, invece, sembrano un motivo determinante nella decisione giudiziale in commento) possono essere oggetto di valutazione. Come noto, nell'assenza di un criterio giuridico chiaro e predeterminato che assegni prevalenza in via generale e astratta a uno dei due interessi in conflitto, il giudice può scegliere l'interesse «più» rilevante nel caso concreto, e quindi prevalente rispetto agli altri, o può cercare un contemperamento tra gli interessi in conflitto. Nel caso di specie, il giudice, invece di tentare il bilanciamento in virtù del fatto che gli interessi in conflitto sono entrambi manifestazione di diritti fondamentali (l'uno sancito dall'art. 27, e l'altro dall'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali Ue), opta per la prima soluzione selezionando l'interesse prevalente e ritenendo, nei fatti, più meritevole di tutela l'impegno all'abbattimento delle emissioni di CO₂ che la società ha sottoscritto nel programma internazionale *Climate Savers* del Wwf, anziché il diritto fondamentale di informazione e di consultazione dei lavoratori. Tuttavia, entrambi i diritti vanno tutelati senza sacrificarne alcuno. E invece, il risultato (forse neanche voluto, ma) raggiunto dalla sentenza in commento va oltre il sindacato di adeguatezza dello strumento della videoconferenza, finendo per addossare sui diritti fondamentali di informazione e consultazione gli impegni di sostenibilità ambientale (oltre che di riduzione di costi) sottoscritti dalla società resistente.

Riferimenti bibliografici

- Blanke T. (2003), *Art. 27 of the European Charter: Information and consultation at enterprise level as a European fondamentale social right*, in *DLM*, 2003, n. 1, 25 ss.
- Dorsemont P., Blanke T. (2010), *The recast of the European Works Council Directive*, Intersentia, Brussels.
- Guarriello F. (1999), *Il recepimento della Direttiva sui Comitati aziendali europei*, in *RGL*, n. 2, 293 ss.
- Leonardi S. (a cura di) (2014), *La lezione dei Comitati aziendali europei a vent'anni dalla loro nascita*, Ediesse, Roma.
- Vitali S. et al. (2011), *The network of global corporate control*, Eth, in www.arxiv.org.

Ornella La Tegola
*Ricercatrice di Diritto del lavoro
presso l'Università di Bari*

CASSAZIONE, 1.10.2018, n. 23763, S. IV civ., ord. – Pres. Berrino, Est. Rivero (diff.) – T.M.L.S. (avv. Storace) c. Inps (avv. ti Capannolo, Ricci, Pulli).
Cassa Corte d'Appello di Genova, 26.7.2012.

Assistenza – Disabilità – Discriminazioni – Invalidità e inabilità Inps – Parità di trattamento – Pensione – Salute – Società – Stranieri.

Per il riconoscimento del diritto alle prestazioni assistenziali dirette a soddisfare l'esigenza di tutela dei bisogni essenziali della persona non è ammessa alcuna differenziazione di trattamento tra cittadini italiani e cittadini di paesi terzi legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato, secondo quanto stabilito dagli articoli 2 e 3 Cost. Il riconoscimento del diritto alla pensione di inabilità civile Inps in favore della persona disabile si fonda sui requisiti previsti per la generalità dei soggetti e, pertanto, l'erogazione della suddetta pensione a stranieri con disabilità non può essere subordinata al perfezionamento del requisito temporale di permanenza quinquennale, condizionante il rilascio del permesso di soggiorno Ce per i soggiornanti di lungo periodo. (1)

(1) L'ESTENSIONE DEL DIRITTO ALLE PRESTAZIONI ASSISTENZIALI
AI CITTADINI DI PAESI TERZI REGOLARMENTE SOGGIORNANTI

1. — Nel caso oggetto di trattazione, la Corte di Cassazione affronta i controversi temi dell'accesso dei cittadini non comunitari in condizione di regolarità alle prestazioni assistenziali volte a rispondere ai bisogni essenziali della persona e dell'irragionevolezza del requisito temporale di permanenza quinquennale nel territorio dello Stato per il perfezionamento del diritto a tali prestazioni.

In particolare, nel caso di specie, l'amministratore di sostegno della figlia disabile straniera proponeva ricorso in Cassazione avverso la sentenza della Corte d'Appello di Genova che aveva riconosciuto il diritto alla pensione di inabilità civile Inps solamente dalla data in cui la figlia disabile aveva ottenuto il permesso di soggiorno Ce per soggiornanti di lungo periodo, mentre aveva rigettato la pretesa per il periodo precedente.

Infatti, il ricorrente con un unico motivo lamentava la violazione e la falsa applicazione dell'art. 1, l. n. 18/1980, e dell'art. 80, comma 19, l. n. 388/2000.

La Suprema Corte accoglie il ricorso affermando che, «ai fini del riconoscimento di prestazioni sociali volte a rispondere ai bisogni primari della persona, nel nostro ordinamento non è consentita, *ex artt.* 2 e 3 Cost., alcuna differenziazione tra cittadini italiani e stranieri che hanno titolo al soggiorno nel territorio dello Stato italiano». Così inteso, infatti, l'articolo 2 Cost. rappresenta lo strumento per l'applicazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., attraverso il quale sono riconosciuti i diritti inviolabili dell'uomo, «con la conseguenza che, nei casi concernenti l'applicazione di tali diritti, è garantita l'assoluta parità di trattamento tra cittadini e non-cittadini» (Grosso 1999, 166).

Inoltre, la Corte di Cassazione sostiene che la Corte d'Appello ha erroneamente subordinato il riconoscimento della pensione di inabilità al perfezionamento del requisito temporale di permanenza quinquennale nel territorio dello Stato senza tener conto delle «pronunce emesse in materia dalla Corte costituzionale».

Infatti, la questione relativa alla ragionevolezza del requisito temporale di permanenza quinquennale nel territorio dello Stato è giunta più volte all'attenzione della Corte costituzionale, la quale è stata invitata a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 80, comma 19, l. n. 388/2000.

Tale disposizione consente importanti restrizioni nell'ambito della disciplina che tutela l'accesso degli stranieri all'assistenza sociale, diversificando la possibilità di accedervi «sulla base del titolo di soggiorno posseduto dal soggetto richiedente» (Chiaromonte 2013, 231). Invero, l'art. 80, comma 19, l. n. 388/2000, stabilisce che l'accesso all'assegno sociale e alle provvidenze assistenziali di carattere economico è ammesso solo ai cittadini stranieri in possesso della Carta di soggiorno e «non più a quelli che siano semplicemente in possesso di un permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno, come era previsto nel testo originario dell'art. 41 del T.U. n. 286/98» (Chiaromonte 2013, 231).

Viceversa, «la tutela costituzionale dello straniero muove dalla lettura sistematica di tre disposizioni» (Biondi Dal Monte 2014, 23): gli articoli 2, 3 e 10 Cost., attraverso i quali si prospetta un'estensione dell'operatività del principio di uguaglianza a beneficio degli stranieri con riferimento ai diritti inviolabili, compresi quelli che ricevono copertura anche dal diritto sovranazionale, tra i quali vanno sicuramente annoverati i diritti che vietano le discriminazioni fondate sulla nazionalità garantiti dalla Direttiva n. 2000/78, dall'art. 14 Cedu e dagli artt. 21 e 34 della Carta di Nizza.

A tale lettura combinata però non si adeguano le varie disposizioni contenute «nella legislazione statale e in quella regionale – come accade nel caso in commento – che rispettivamente subordinano l'erogazione della specifica prestazione assistenziale o alla tipologia di permesso di soggiorno o alla residenza protratta per un certo periodo di tempo, venendo di fatto a discriminare i non cittadini» (Bologna 2017, 645).

Già con la sentenza n. 432 del 2005, la Corte costituzionale aveva implicitamente sostenuto che eventuali restrizioni all'accesso alle prestazioni assistenziali erano da ritenersi ingiustificate. Infatti, la Corte dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 2, della legge della Regione Lombardia n. 1 del 2001, nella parte in cui escludeva i cittadini stranieri residenti in Lombardia, totalmente inabili al lavoro e privi della cittadinanza italiana, dal novero dei soggetti a cui era riconosciuto il diritto

alla circolazione gratuita sulle linee di trasporto pubblico regionale. Secondo la Corte, tale disposizione sarebbe stata incostituzionale «proprio per la stretta connessione tra beneficio della circolazione gratuita e diritto alla salute degli invalidi, non potendosi dubitare che i diritti civili, economici e sociali – per i quali la Costituzione non contiene alcun riferimento esplicito alla titolarità dei “cittadini” – vadano classificati tra i “diritti fondamentali dell’uomo” e, come tali, da assicurare a prescindere da nazionalità e cittadinanza» (C. cost. 2.12.2005, n. 432, in *cortecostituzionale.it*).

Nonostante il rilievo locale della questione, la sentenza della Corte costituzionale n. 432 del 2005 inaugurava un orientamento «piuttosto netto, secondo il quale il trattamento differenziato dei cittadini stranieri richiede, per essere tollerato, l’esistenza di ragioni oggettive e ragionevoli» (Chiaromonte 2006, 704 ss.).

Successivamente, con la sentenza n. 306 del 2008, la Corte costituzionale dichiara l’illegittimità dell’art. 80, comma 19, l. n. 388/2000, e dell’art. 9, comma 1, d.lgs. n. 286/1998, nella parte in cui subordinano la prestazione assistenziale, in particolare l’erogazione dell’indennità di accompagnamento, richiesta dai cittadini di paesi terzi legalmente soggiornanti nel nostro territorio, al requisito di reddito, oltre ai requisiti di durata del soggiorno e quelli sanitari, sulla ragionevolezza dei quali, però, la Corte non si esponeva ancora. Invero, la Corte, pur censurando le disposizioni nella parte in cui richiedono il perfezionamento del requisito di reddito, pareva altresì sviare la questione centrale non facendo «venire meno, in linea generale, l’obbligo di essere in possesso del permesso di soggiorno di lunga durata al fine del beneficio delle provvidenze assistenziali» (Chiaromonte 2009, 602), limitandosi a evidenziare la contraddittorietà del requisito reddituale necessario per ottenere la carta di soggiorno rispetto alla mancanza di reddito che è presupposto per accedere a tale prestazione.

Anche con la successiva sentenza n. 11 del 2009 la Corte costituzionale non censura per intero l’art. 80, c. 19, l. n. 388/2000, e l’art. 9, c. 1, d.lgs. n. 286/1998, ma ne dichiara l’illegittimità costituzionale solo nella parte in cui condizionano la pensione di inabilità al requisito di reddito stabilito per la carta di soggiorno.

Con la sentenza n. 187 del 2010, la Corte costituzionale dichiara apertamente l’illegittimità costituzionale dell’art. 80, comma 19, l. n. 388/2000, nella parte in cui condiziona al requisito della titolarità della carta di soggiorno la concessione, agli stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato, dell’assegno di invalidità superando, così, «definitivamente la differenziazione posta alla base della disposizione denunciata, fondata sulla tipologia del permesso di soggiorno» (Turatto 2010, 737). Infatti, in tale occasione la Corte afferma che è necessario guardare alla funzione sociale che l’assegno mensile di invalidità svolge all’interno del sistema, e poiché questo integra un rimedio destinato a consentire il concreto soddisfacimento dei bisogni primari inerenti alla sfera di tutela della persona «qualsiasi discriminazione tra cittadini e stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato, fondato su requisiti diversi dalle condizioni soggettive, finirebbe per risultare in contrasto con il principio sancito dall’art. 14 Cedu» (C. cost. 26.5.2010, n. 187, in *cortecostituzionale.it*).

Nelle successive pronunce la Corte sancisce l’illegittimità costituzionale dell’art. 80, comma 19, l. n. 388/2000, nella parte in cui subordina alla titolarità della carta di soggiorno l’erogazione dell’indennità di frequenza per il cittadino minore extracomunitario (Vd. C. cost. 12.12.2011, n. 329, in *cortecostituzionale.it*); dell’inden-

nità di accompagnamento e della pensione di inabilità per gli stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato (Vd. C. cost. 1.3.2013, n. 40, in *cortecostituzionale.it*); dell'indennità di accompagnamento per ciechi assoluti (Vd. C. cost. 27.1.2015, n. 22, in *cortecostituzionale.it*) e dell'indennità di comunicazione per sordomuti (Vd. C. cost. 11.11.2015, n. 230, in *cortecostituzionale.it*). In tali occasioni la Corte ribadisce ancora una volta che si deve «reputare irragionevole una norma che, nell'introdurre un beneficio in favore degli invalidi civili, discrimini i cittadini dagli stranieri» (Vincieri 2013, 95).

Con la successiva ordinanza n. 50 del 2019, la Corte costituzionale si pone in parziale discontinuità con quanto detto fin qui non dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, l. n. 388/2000, nella parte in cui subordina il diritto a percepire l'assegno sociale alla titolarità del permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo. Infatti, secondo la Corte, l'assegno sociale non è equiparabile a quelle prestazioni destinate «alla garanzia della sopravvivenza del soggetto, o comunque destinate alla tutela della salute e al sostentamento connesso all'invalidità» (C. cost. 15.3.2019, n. 50, in *cortecostituzionale.it*). Pertanto, «stante – anche – la limitatezza delle risorse disponibili», è consentita la restrizione all'accesso del non-cittadino a provvidenze eccedenti i bisogni primari della persona per i quali «è la cittadinanza stessa, italiana o comunitaria, a presupporre e giustificare l'erogazione della prestazione ai membri della comunità» (C. cost. 15.3.2019, n. 50, in *cortecostituzionale.it*).

Al contrario, con la recente ordinanza n. 52 del 2019, la Corte costituzionale afferma l'applicabilità della Direttiva n. 2011/98, la quale attraverso gli artt. 3 e 12 consente di riconoscere l'accesso all'assegno ai nuclei familiari con almeno tre figli minori e all'assegno di maternità a tutti gli stranieri legalmente residenti in Italia che possiedano i requisiti fondanti il diritto al percepimento di entrambi gli assegni, disapplicando l'art. 65, comma 1, l. n. 448/1998, e l'art. 74, d.lgs. n. 151/2001, nella parte in cui subordinano l'erogazione delle prestazioni assistenziali al possesso del requisito del permesso di soggiorno Ce di lungo periodo.

Ebbene, la questione centrale verte sull'accertamento di volta in volta del diritto sotteso alla prestazione assistenziale richiesta dal non-cittadino, che giustifica la ragionevolezza o meno delle differenziazioni di trattamento.

Infatti, l'elemento di discriminazione basato sul requisito della titolarità del permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo è ritenuto in contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost. e con l'art. 14 Cedu soltanto in riferimento al diritto di accesso alle prestazioni assistenziali volte a rispondere ai bisogni primari della persona. Tanto che l'evoluzione dell'orientamento della giurisprudenza della Corte costituzionale, che si è formato attraverso un «progressivo abbattimento di barriere» (Guariso 2011, 775 ss.), conduce a un'estensione del diritto alle prestazioni assistenziali destinate al soddisfacimento dei bisogni essenziali ai cittadini di paesi terzi, purché questi ultimi possiedano i requisiti previsti per la generalità dei soggetti e siano regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato.

Viceversa, nel caso di prestazioni assistenziali eccedenti i bisogni primari della persona, la Corte costituzionale afferma che il legislatore può disporre di uno spazio di azione discrezionale in cui operare una differenziazione di trattamento tra cittadini e non-cittadini, e può riservare tali prestazioni ai soli cittadini e a quelle persone «il cui status vale di per sé a generare un adeguato nesso tra la partecipazione alla organizza-

zione politica, economica e sociale della Repubblica, e l'erogazione della provvidenza» (C. cost. 15.3.2019, n. 50, in *cortecostituzionale.it*).

In conclusione, l'indirizzo interpretativo della Corte costituzionale a favore dell'eguaglianza tra migranti e cittadini se, da un lato, controbilancia «l'atteggiamento di *self-restraint* legislativo in materia di *welfare* degli immigrati» (Bologna 2017, 646), dall'altro ammette «varie sacche di tutela differenziata» (Chiaromonte 2015, 22).

Riferimenti bibliografici

- Biondi Dal Monte F. (2014), *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Giappichelli, Torino.
- Bologna S. (2017), *Eguaglianza e welfare degli immigrati: tra self-restraint legislativo e aperture giurisprudenziali e contrattuali*, in *RGL*, n. 4, I, 636. ss.
- Chiaromonte W. (2006), *Accesso al welfare e principio di parità di trattamento dei cittadini non comunitari: riflessioni sul caso italiano in prospettiva europea*, in *RDSS*, n. 3, 697 ss.
- Chiaromonte W. (2009), *Previdenza e assistenza sociale degli stranieri. Prospettive nazionali e comunitarie, voro e diritti sociali degli stranieri*, in *LD*, n. 4, 587 ss.
- Chiaromonte W. (2013), *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Collana fondazione Marco Biagi.
- Chiaromonte W. (2015), *The New EU Legal regime on Labour Migration and its Effects on Italy: The Implementation of Directive 2009/500, 2011/98 and 2014/36. Towards a Human-Rights-Based Approach?*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».INT*, n. 122.
- Grosso E. (1999), voce *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, XV, 156 ss.
- Guariso A. (2011), *Diritto antidiscriminatorio, giudici di merito e welfare paritario*, in *DL*, n. 4, II, 775 ss.
- Turatto G. (2010), *Prestazioni assistenziali agli stranieri: l'approdo della Corte costituzionale*, in *RGL*, II, 735 ss.
- Vincieri M. (2013), *Verso la parità tra cittadini italiani e stranieri nell'accesso alle prestazioni assistenziali*, in *RIDL*, II, 954 ss.

Luisa Marchesini

Tirocinante ex art. 73, l. n. 98/2013, in Procura della Repubblica presso il Tribunale di Perugia e specializzanda della Scuola di specializzazione per le professioni legali «L. Migliorini» presso l'Università di Perugia

CASSAZIONE, 27.9.2018, n. 23349 – Pres. Manna, Est. Calafiore, P.M. Visonà (conf.) – Inps (avv.ti Preden, Caliulo, Patteri, Carcavallo) c. Fondazione Enasarco (avv.ti Proia, Petrassi).
Cassa Corte d'Appello di Roma, 10.7.2013.

Contribuzione previdenziale – Ricomposizione della posizione assicurativa – Totalizzazione – Computo della contribuzione – Esclusione della contribuzione integrativa dell'Ago.

La totalizzazione non è ammessa anche con riferimento alla contribuzione integrativa dell'Ago (seppure obbligatoria), qual è quella versata dagli agenti di commercio al fondo di previdenza, gestito dall'Enasarco, divenuto integrativo nei confronti della pensione Inps (in forza della l. 22.7.1966, n. 613, del d.P.R. 30.4.1968, n. 758, e della l. 2.2.1973, n. 12), giacché è riferita a eventi diversi da quelli cui si riferisce la prestazione così erogata. (1)

(1) RICOMPOSIZIONE DELLA POSIZIONE ASSICURATIVA ATTRAVERSO
LA TOTALIZZAZIONE. DIFFERENZE «APPARENTI»
FRA TOTALIZZAZIONE E CUMULO DEI PERIODI ASSICURATIVI

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La totalizzazione: caratteristiche e limiti. — 3. Totalizzazione e cumulo dei periodi assicurativi: la differenza è solo apparente?

1. — *Premessa* — La sentenza commentata, decidendo su un ricorso proposto dall'Inps avverso una decisione della Corte capitolina, che aveva ammesso l'operatività della totalizzazione anche con riferimento alla contribuzione accreditata presso l'Enasarco, ha invece escluso che ciò possa avvenire, giacché quest'ultima ha natura integrativa rispetto a quella dell'assicurazione generale obbligatoria e, quindi, non sarebbe rispettato il presupposto della non coincidenza dei periodi assicurativi.

Specificamente, ivi è stato evidenziato che tale forma di ricomposizione della posizione assicurativa non ha carattere generale, nel senso che non permette di cumulare, indistintamente, tutti i contributi accreditati sulla posizione assicurativa di ciascun lavoratore, avendo, al contrario, un ambito d'applicazione più delimitato, permettendo di sommare spezzoni contributivi, maturati presso diverse forme di assicurazione obbligatoria, gestita sia da enti pubblici che privatizzati, però per periodi contributivi temporalmente non coincidenti, a condizione che siano diretti a proteggere il rischio connesso agli eventi d'invalidità, vecchiaia e tutela dei superstiti.

Da qui la statuizione che la contribuzione versata presso Enasarco non è cumulabile con gli altri contributi accreditati presso l'Ago, avendo natura integrativa della tutela previdenziale assicurata da quest'ultima, essendo alimentata attraverso il concorrente versamento, su conti individuali, da parte dei preponenti, di percentuali sulle provvigioni da essi liquidate agli agenti e di un pari contributo a carico di questi ultimi.

2. — *La totalizzazione: caratteristiche e limiti* — L'attuale disciplina della totalizzazione è il frutto di una lenta evoluzione normativa, se si considera che la versione vigente è il risultato di ben sei interventi, che si sono susseguiti nel corso di un ventennio, molti dei quali sollecitati dal giudice delle leggi (1), per ampliarne sempre più l'operatività, così da estenderla a un numero sempre maggiore di lavoratori (dal primo limitato a quelli per i quali la pensione veniva calcolata con il metodo contributivo sino a ricomprendervi pure coloro che sono già titolari del diritto a un trattamento pensionistico), ampliando anche le prestazioni cui è riferibile sino a includervi la pensione di anzianità (art. 1, c. 1, d.lgs. n. 42/2006). Perciò, attualmente l'unico deterrente per l'assicurato alla sua scelta (in alternativa alla ricongiunzione e al cumulo dei periodi assicurativi) è l'applicazione del metodo di calcolo contributivo a tutti gli spezzoni di contribuzione presi in considerazione, a prescindere dal regime in vigore presso le gestioni coinvolte (salva l'ipotesi in cui in una di esse sia maturato un diritto autonomo al trattamento pensionistico).

La necessità di introdurre uno strumento di ricomposizione della posizione assicurativa, che operasse mediante la modalità del «cumulo» gratuito di contributi presso diverse gestioni, essendo il nostro ordinamento previdenziale dominato dalla pluralità delle assicurazioni obbligatorie (2), era stata avvertita già alla fine degli anni sessanta, tanto che l'art. 35, lett. c., l. n. 153/1969, aveva previsto una delega per il Governo per «... attuare il principio della pensione unica determinandone la misura con la totalizzazione di tutti i periodi coperti da contribuzione obbligatoria, volontaria e figurativa, mediante l'applicazione del criterio del *pro rata*». Ma il percorso seguito per realizzarla è stato lungo e contorto, non avendo avuto mai esecuzione detta delega ed essendo stata introdotta, successivamente, la ricongiunzione (l. n. 29/1979 e l. n. 45/1990: quest'ultima con riferimento ai lavoratori autonomi) (3): che produce il diverso effetto di ricomporre la posizione assicurativa mediante il trasferimento

(1) Con varie pronunce (C. cost. 30.10.2003, n. 325, in *DL*, 2004, 125 ss.; C. cost. 16.5.2002, n. 198, in *GC*, 2004, 617 ss., e C. cost. 5.3.1999, n. 61, in *GC*Cost., 2000, 2320 ss.), ha affermato la necessità d'introdurre nell'ordinamento uno strumento idoneo a realizzare gratuitamente la ricomposizione dei periodi assicurativi. In particolare, C. cost. 5.3.1999, n. 61, in *GC*Cost., 2000, 2320 ss., ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 1 e 2, l. n. 45/1990, nella parte in cui non disponevano, in favore dell'assicurato – che non avesse maturato il diritto a un trattamento pensionistico in alcuna delle gestioni nelle quali era stato iscritto, nonostante il versamento di contributi in misura superiore rispetto all'anzianità contributiva richiesta nei singoli sistemi pensionistici –, il diritto di avvalersi dei periodi assicurativi pregressi secondo il sistema della totalizzazione, in alternativa alla ricongiunzione.

(2) Che sono legittimi secondo C. cost. 5.3.1999, n. 61, in *GC*Cost., 2000, 2320 ss., con nota di Ghera, Sull'argomento, si rinvia pure a Bozzao 1999 e Boer 1999. Specificamente, la sentenza nega la possibilità di comparare i diversi regimi previdenziali, riconoscendo, invece, la piena legittimità del pluralismo previdenziale e della conseguente differenziazione di trattamenti tra regimi ogniquale volta la diversità di disciplina sia riferibile a un diverso *status* professionale, a un difforme percorso lavorativo, alla specificità della gestione previdenziale, a una caratteristica delle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa. In senso analogo, C. cost. 26.6.2000, n. 244, ord., in *GC*Cost., 2000, 1840 ss.

(3) Per i lavoratori autonomi è stata introdotta dalla l. n. 45/90.

della contribuzione da una gestione a un'altra, con onere (4) economico a carico dell'assicurato, tranne nell'ipotesi in cui sia disposta per atto autoritativo (5).

È solo sul finire degli anni novanta (a seguito di numerose sollecitazioni da parte del giudice delle leggi) che è stata introdotta nel nostro ordinamento la prima disciplina organica della totalizzazione, contenuta nell'art. 1, cc. 1 e 2, d.lgs. n. 184/1997, che però aveva una sfera d'applicazione molto ristretta riferendosi a una specifica categoria di lavoratori, potendovi fare ricorso: 1) solo quelli le cui pensioni sono calcolate esclusivamente con il sistema contributivo introdotto dall'art. 1, c. 18, l. n. 335/1995 (cioè coloro che non hanno contribuzione antecedentemente al 1.1.1996); 2) qualora non abbiano maturato il diritto a pensione in alcuno dei regimi previdenziali in cui sono stati iscritti; 3) per conseguire il diritto alla pensione di vecchiaia, inabilità e ai superstiti (art. 1, c. 1, d.lgs. n. 184/1997); 4) con esclusione dei periodi coincidenti, art. 1, c. 1, d.lgs. n. 184/1997.

Una successiva previsione normativa (art. 71, l. n. 388/2000, attuato con il d.m. 7.2.2003, n. 57) l'ha estesa pure ai lavoratori le cui pensioni sono liquidate con il sistema retributivo o misto, senza però abrogare l'art. 1, d.lgs. n. 184/1997, che continuava ad applicarsi per quei lavoratori le cui pensioni erano liquidate esclusivamente con il sistema di calcolo contributivo.

Anche questa nuova disciplina della totalizzazione però conteneva numerose limitazioni: 1) i periodi contributivi non sono coincidenti; 2) il lavoratore non deve aver maturato il diritto a pensione nel regime generale, nei regimi speciali sostitutivi, esclusivi o esonerativi di quello generale, nei regimi privatizzati di cui al d.lgs. n. 509/1994 e al d.lgs. n. 103/1996, nei quali sia o sia stato già iscritto (poi modificato dalla l. n. 247/2007); 3) consente solo il conseguimento delle pensioni di vecchiaia, inabilità o ai superstiti. Per questo, in una pronuncia successiva alla sua emanazione, C. cost. 20.1.2012, n. 8, in *GCost.*, 2012, 52 ss., ne ha escluso la portata generale giacché, «... consentendo al lavoratore di cumulare, anche ai fini della misura della pensione, i contributi che, in ragione dei percorsi lavoratori intrapresi, siano stati versati a diverse isti-

(4) Dal 2011 la ricongiunzione è sempre onerosa. Specificamente l'art. 1, l. n. 29/1979, disciplina la ricongiunzione verso il Fondo pensioni lavoratori dipendenti (cd. Ago) gestito dall'Inps di tutti i contributi accreditati presso le cd. gestioni alternative (sostitutive, esclusive o esonerative) o nelle gestioni speciali dei lavoratori autonomi, con eccezione della cd. quarta gestione (*recte*: gestione separata), ed è onerosa solo dal 1.7.2010 *ex* art. 12, c. 12-*septies*, d.l. 31.5.2010, n. 78, conv. con modificazioni nella l. 30.7.2010, n. 122. Mentre l'art. 2 disciplina quella con direzione opposta, cioè verso un fondo alternativo all'Ago, ed è stata sempre onerosa (art. 2). Questa diversità di trattamento trova giustificazione nella circostanza che nella seconda si passava a un regime pensionistico più conveniente dal punto di vista delle modalità di calcolo della pensione, di talché il maggior onere ne costituisce un limite.

(5) Cass. 19.9.2011, n. 19077, in *MGC*, 2011, 1371 ss.: «In materia di trattamento pensionistico, la ricongiunzione gratuita dei periodi lavorativi svolti presso diversi enti pubblici è prevista dall'art. 6, l. n. 29 del 1979, per il solo caso in cui il passaggio del dipendente da un ente a un altro sia avvenuto senza il concorso di volontà del dipendente medesimo e in conseguenza della soppressione dell'ente di provenienza. In tutti gli altri casi, invece, la ricongiunzione ha natura onerosa, ai sensi dell'art. 15 del d.P.R. n. 1022 del 1973», in una fattispecie in cui è stata ritenuta onerosa la ricongiunzione di periodi di servizio svolti presso il ministero del Lavoro di un dipendente prima comandato presso la Regione Siciliana e poi definitivamente ivi transitato, in base alla legge della Regione Siciliana n. 53/1985.

tuzioni previdenziali...», non rispondeva all'esigenza sociale di una previdenza che si conformasse alla crescente flessibilità nei rapporti di lavoro.

Seguendo questo impulso, si è giunti alla formulazione di cui al d.lgs. n. 46/2006 (6), poi modificata dalla l. n. 247/2007 e dal d.l. n. 201/2011 conv. con modificazioni nella l. n. 214/2011, che si applica: 1) anche se gli assicurati non hanno raggiunto il diritto a un trattamento pensionistico presso alcuna gestione (secondo l'ultima previsione di cui all'art. 24, c. 19, d.l. n. 201/2011, conv. con modificazioni nella l. n. 214/2011, con decorrenza dal 1° gennaio 2012); 2) anche per il conseguimento del diritto alla pensione di anzianità (art. 1, c. 1, d.lgs. n. 42/2006); 3) con possibilità di cumulare pure i contributi versati alla gestione separata dell'Inps e nel fondo di previdenza del clero e dei ministri di culto delle confessioni religiose diverse da quella cattolica (art. 1, c. 1, d.lgs. n. 42/2006); 4) per periodi non coincidenti e per i quali non sia maturata la pensione; 5) anche se ciascuna quota, calcolata con il metodo della totalizzazione, utilizza esclusivamente le regole del sistema contributivo (7) (generalmente meno favorevoli per il lavoratore) (8) (art. 4, c. 2, d.lgs. n. 42/2006); 5) con la precisazione che le singole quote verranno erogate dall'Inps, previa convenzione con gli altri enti (art. 5, c. 2, d.lgs. n. 42/2006); 6) a condizione che non si percepisca già una pensione erogata da altro ente di previdenza obbligatoria; 7) mentre è irrilevante la titolarità di una prestazione complementare o una rendita vitalizia.

Quindi, le caratteristiche che sono rimaste immutate (accomunando tutte le versioni) sono l'impossibilità di utilizzo di periodi contributivi coincidenti (anche

(6) Il Governo è stato delegato dall'art. 1, c. 1, lett. *d*, e c. 2, l. n. 234/2004 (cd. legge di riforma delle pensioni), all'emanazione di uno o più decreti legislativi contenenti norme intese a «... d) rivedere il principio della totalizzazione dei periodi assicurativi estendendone l'operatività anche alle ipotesi in cui si raggiungano i requisiti minimi per il diritto alla pensione in uno dei fondi presso cui sono accreditati i contributi»; l'art. 2 di tale legge delega ha previsto, fra i principi e criteri direttivi a cui il legislatore delegato si sarebbe dovuto attenere, di «ridefinire la disciplina in materia di totalizzazione dei periodi assicurativi al fine di ampliare la disciplina in materia di totalizzazione dei periodi assicurativi, al fine di ampliare progressivamente le possibilità di sommare i periodi assicurativi previsti dalla legislazione vigente, con l'obiettivo di consentire l'accesso alla totalizzazione sia al lavoratore che abbia compiuto il sessantacinquesimo anno di età, sia al lavoratore che abbia complessivamente maturato almeno quaranta anni di anzianità contributiva, indipendentemente dall'età anagrafica, e che abbia versato presso ogni cassa, gestione o fondo previdenziale, interessati dalla domanda di totalizzazione, almeno cinque anni di contributi. Ogni ente presso cui sono stati versati i contributi sarà tenuto *pro quota* al pagamento del trattamento pensionistico, secondo le proprie regole di calcolo. Tale facoltà è estesa anche ai superstiti dell'assicurato, ancorché deceduto prima del compimento dell'età pensionabile...».

(7) Si segnala che la l. n. 228/2012 (cd. legge di stabilità per il 2013) ha previsto una forma particolare di totalizzazione, detta retributiva, che è alternativa alla totalizzazione e alla ricongiunzione ed è gratuita, che può essere esercitata però solo dai medici della dipendenza pubblica che sono divenuti dipendenti privati, e dai medici iscritti alla gestione separata. Come per la totalizzazione, l'importo della pensione sarà più basso rispetto a quello che si sarebbe ottenuto facendo ricorso alla ricongiunzione.

(8) Che però meglio si adattano al nuovo regime di calcolo. Difatti, essendo fondato sul montante individuale, teoricamente accantonato annualmente e rivalutato, e infine moltiplicato per il coefficiente di trasformazione, non necessita di un'attività di ricongiunzione vera e propria della contribuzione, in quanto le regole di calcolo sono simili.

se in diverse gestioni di assicurazione obbligatoria) e di contribuzione diversa da quella per Ivs [cioè versata presso l'Ago (9), ovvero fondi esclusivi, esonerativi o sostitutivi della stessa], che alimenta le prestazioni pensionistiche, che possono ottenersi con la totalizzazione: vecchiaia, anzianità, invalidità e superstiti.

Queste caratteristiche della totalizzazione (che però era già stata denominata cumulo nell'art. 1, d.lgs. n. 184/1997, rubricato «Cumulo dei periodi assicurativi») sono state riprodotte nel cd. cumulo dei periodi assicurativi, introdotto dall'art. 1, cc. 239 ss., l. n. 228/2012 (cd. legge di bilancio per il 2013) (10), e successivamente modificato, per effetto dell'art. 1, cc. 195 ss., l. n. 232/2016 (cd. legge di bilancio per il 2017) (11). I due istituti, accomunati in quasi tutti gli aspetti, si differenziano tuttavia per le modalità di calcolo del *pro rata*, che nel secondo avviene in ogni gestione secondo le caratteristiche che le sono proprie (12).

Ebbene, la *ratio* della totalizzazione (come pure del cumulo dei periodi assicurativi) è quella di ricomporre tutti gli spezzoni contributivi, anche se presso diverse forme di assicurazione obbligatoria, accreditati sulla posizione assicurativa di un lavoratore (anche se già titolare del diritto a un trattamento pensionistico), senza trasferimento di contribuzione e oneri aggiuntivi a suo carico, al fine di un unico trattamento pensionistico (vecchiaia, anzianità, inabilità e ai superstiti): ciò per evitare la dispersione di periodi contributivi, eliminando il fenomeno dei contributi silenti (cioè, inutilizzati in favore del lavoratore sulla cui posizione assicurativa sono accreditati) e per ottenere un più celere raggiungimento del diritto alla pensione (13).

Di talché, non possono essere utilizzati contributi relativi né a periodi coincidenti, né a forme di assicurazione a tutela di eventi diversi da quelli testé menzionati, come quelli presso l'Enasarco, poiché detto fondo, introdotto dal d.m. 10.9.1962, con carattere di esclusività e autonomia, è divenuto integrativo (14) dell'Ago ex l. n. 613/1966, d.P.R. n. 758/1968 e l. n. 12/1973 (15), così dando vita

(9) Vi sono fondi di previdenza esclusivi dell'Ago, come quello della gestione pubblica (ora all'interno dell'Inps), che si riferisce agli impiegati civili dello Stato e ai dipendenti degli enti locali (sostitutivi, come il fondo esattoriale, il fondo volo, il fondo elettrici e telefonici – sempre all'interno dell'Inps – o esonerativi, come quelli tipici degli istituti di credito), o la gestione separata, che a differenza delle altre, che non possono concorrere tra loro (in relazione a un medesimo periodo temporale), può avere anche carattere concorrente con altra forma di assicurazione obbligatoria.

(10) Per un approfondimento, si rinvia a Saccagi 2016 e 2018.

(11) Per una illustrazione sistematica della nuova disciplina, si rinvia a Gheido, Casotti 2018.

(12) Sulla ricomposizione delle posizioni assicurative si vedano Pessi 2016 e Catini 2017.

(13) Sulla necessità di assicurare tutela previdenziale al lavoro discontinuo si leggano: Bozzao 2005; *Id.* 2017; Tullini, 2016.

(14) Dà luogo a un trattamento integrativo della pensione di invalidità e superstiti integrativa di quella istituita con la l. n. 613/1966 (art. 2, l. n. 12/1973), erogato sulla base di conti individuali, alimentati esclusivamente dal versamento, da parte dei preponenti, di talune percentuali sulle provvigioni da esse liquidate agli agenti e da un pari contributo a carico degli stessi (art. 2, d.P.R. n. 758/1968) (in tal senso, anche Cass. 4.4.2007, n. 8467; in *MGC*, 2007, 4 ss., e Cass. 27.7.1995, n. 8201, in *MGC*, 1995, 1438 ss.).

(15) Difatti, l'art. 18, comma 3, d.l. 6.7.2011, n. 98, conv. con modificazioni nella l. 15.7.2011, n. 111, ha ribadito: «Con specifico riferimento all'Ente nazionale di assistenza per

a una forma obbligatoria di assicurazione sociale (16), con natura integrativa; perciò, diretta a coprire eventi diversi (17).

3. — *Totalizzazione e cumulo dei periodi assicurativi: la differenza è solo apparente?*

— Il principio affermato dalla Corte di Cassazione, che è sicuramente applicabile al cumulo dei periodi assicurativi, stante anche in questo caso l'impossibilità dell'utilizzo di contribuzione accreditata per periodi coincidenti e/o per eventi diversi dall'invalidità, vecchiaia e superstiti, costituisce lo spunto per alcune riflessioni sulla permanenza in sede applicativa delle differenze in astratto previste fra totalizzazione e cumulo.

L'essenziale elemento di diversità fra i due istituti è dato dalla modalità di calcolo del *pro rata*, che nel cumulo non deve avvenire necessariamente con il metodo cd. «contributivo» per tutti gli spezzoni assicurativi coinvolti. Caratteristica questa che — però — in sede di applicazione non dà luogo necessariamente a un esito sfavorevole per l'assicurato ovvero potrebbe annullarsi, se si considerano tutte le modalità operative dei due sistemi, «retributivo/misto» e «contributivo», e le modifiche che sono state apportate a quest'ultimo, sia in via generale, a livello legislativo, che, in via particolare, dalle Casse dei professionisti (chiaramente, ciascuna nei limiti delle proprie competenze) nei rispettivi regolamenti, per attutire gli effetti del cumulo (18) sui conti.

Una prima riflessione sulle differenze fra cumulo e totalizzazione riguarda i lavoratori autonomi che, per tutto l'arco dell'attività lavorativa o per una gran parte, percepiscono redditi elevati.

Se è vero che generalmente il metodo di calcolo contributivo è meno favorevole per l'assicurato, tuttavia non lo è per quei lavoratori che, per tutto l'arco o gran parte della vita lavorativa, hanno potuto contare su redditi elevati, che abbiano chiesto il riscatto di contribuzione da accreditare *ante* il 1° gennaio 1996, in virtù dell'art. 1, c. 280, l. n. 208/2015 (cd. legge di stabilità) (19), poiché non sono più soggetti al cd. «massimale» (20). Di talché, per loro, l'applicazione del sistema di

gli agenti e i rappresentanti di commercio (Enasarco) compreso fra gli enti di cui al d.lgs. n. 509/1994, si conferma che la relativa copertura contributiva ha natura integrativa, rispetto a quella istituita dalla legge 22 luglio 1966, n. 613, come previsto dall'art. 2, della legge 2 febbraio 1973, n. 12».

(16) Cass. 4.5.2016, n. 8887, in *MGC*, 464 ss., afferma: «... La Fondazione, quindi, non si sostituisce al regime generale ma si limita a gestire una forma integrativa di tutela, con conseguente persistente obbligatorietà di iscrizione presso l'Inps...».

(17) La contribuzione da versare all'Enasarco è obbligatoria, e perciò gli agenti e i rappresentanti di commercio sono l'unica categoria lavorativa in Italia che ha l'obbligo di costituzione di una pensione complementare.

(18) Che non beneficino più dei contributi cd. «silenti», che rimangono presso le stesse, perché non utilizzabili.

(19) Questa, interpretando autenticamente l'art. 2 della l. n. 335/1995 (che ha introdotto il sistema di calcolo cd. contributivo), ha affermato che non si applica ai lavoratori assunti successivamente al 31.12.1995, sulla cui posizione assicurativa siano stati accreditati contributi riferiti a periodi antecedenti al 1° gennaio 1996, a decorrere dal mese successivo a quello di presentazione della domanda di riscatto.

(20) Il metodo contributivo è meno favorevole non solo per la modalità di calcolo del montante contributivo, ma anche perché esclude che le pensioni di importo inferiore al mini-

calcolo contributivo a tutti gli «spezzoni» assicurativi è più favorevole di quella del sistema cd. misto.

Una seconda riflessione riguarda i lavoratori autonomi e i liberi professionisti che non hanno conseguito il diritto al trattamento pensionistico nella cassa di previdenza in cui sono stati iscritti.

Se è vero che il cumulo è stato accolto con gran favore proprio dai lavoratori autonomi e dai liberi professionisti, con redditi non elevati, che sulla propria posizione assicurativa vantavano spezzoni contributivi distribuiti in diverse gestioni, deve però osservarsi non solo che nella gestione separata (21) e nelle casse istituite con il d.lgs. n. 103/1996 (che sono appunto le gestioni assicurative più coinvolte) si applica esclusivamente il metodo di calcolo contributivo, ma anche che le casse di cui al d.lgs. n. 509/1994, seppure vi ricorrono da un periodo successivo all'entrata in vigore della l. n. 335/1995, secondo quanto previsto dall'art. 24, c. 4, d.l. n. 211/2011, conv. con modificazioni nella l. n. 214/2011 (22), però – sulla base della propria regolamentazione interna – fanno eccezione a questa regola, in casi specificamente previsti, cioè quando il computo ha per oggetto un singolo «spezzone» contributivo: ad esempio, se non si è maturato il diritto al trattamento pensionistico secondo il proprio ordinamento (23).

In particolare, il sistema di calcolo contributivo non è applicato: da Inarcassa solo a chi possiede un'anzianità minima utile ai fini della pensione di vecchiaia (pari a 32 anni e 6 mesi, nel 2018) (24); dalla Cassa forense solo a chi ha trentatré anni di contributi nel 2018 (34 anni dal 2019) (25) e dalla Cassa dei ragionieri solo a chi richiede la pensione di vecchiaia e non invece a chi ha diritto a quella anticipata (26).

Di talché, in concreto potrebbe essere indifferente per il lavoratore autonomo o per il libero professionista che la scelta cada sull'una o sull'altra forma di ricomposizione della posizione assicurativa (cioè la totalizzazione o il cumulo) se, in considerazione della specificità della legislazione che disciplina i vari ordinamenti previdenziali coinvolti, si applica sempre il metodo di calcolo cd. contributivo.

Mentre dall'applicazione del cumulo (in luogo della totalizzazione) può trarre effettivi benefici una ristretta platea di lavoratori, cioè quelli che vantano (fra l'altro) contributi accreditati presso gestioni Inps (con eccezione di quella separata), con contribuzione collocata temporalmente in un periodo antecedente al 1° gennaio 1996.

mo, possano essere integrate con un contributo pubblico (sino a raggiungere detta soglia) e che si tenga conto di retribuzioni/redditi superiori al massimale.

(21) Sulla possibilità di valorizzazione della contribuzione versata presso la gestione separata attraverso il cumulo, si veda da ultimo Cass. 12.12.2018, n. 32167, in *D&G online*, 2018, 13 dicembre.

(22) Che ha previsto il passaggio automatico a questo metodo soltanto nel caso in cui entro il 30 giugno le stesse non adottino misure tali da consentire il riequilibrio tra entrate contributive e spese per prestazioni per un periodo non inferiore al cinquantennio.

(23) Essendo piuttosto pesanti per le casse gli oneri derivanti dal cumulo, l'applicazione del calcolo interamente contributivo rende i costi delle pensioni maggiormente sostenibili.

(24) Regolamento Inarcassa, 13.10.2017, art. 24-bis, cc. 1 e 2.

(25) Regolamento delle prestazioni previdenziali, Cassa forense, 26.6.2015, art. 2, c. 1.

(26) Circolare 12.1.2018, Cassa nazionale di previdenza e assistenza a favore dei ragionieri e periti commerciali.

Lavoratori questi che fra l'altro sono gli unici a poter utilizzare detto strumento di ricomposizione della posizione assicurativa ai fini del conseguimento del requisito contributivo minimo (pari a 38 anni), per ottenere la pensione anticipata, se vantano un requisito anagrafico pari a 62 anni (art. 14 del d.l. n. 4/2019, conv., con modificazioni, nella l. n. 26/2019, intitolato «Disposizioni in materia di accesso al trattamento di pensione con almeno 62 anni di età e 38 anni di contributi, cd. Quota 100»).

Riferimenti bibliografici

- Boer P. (1999), *Il contributo della Corte costituzionale all'unificazione del sistema previdenziale*, in *RGL*, II, 813 ss.
- Bozzao P. (1999), *Totalizzazione dei periodi contributivi e adeguatezza della pensione*, in *GI*, 2233 ss.
- Bozzao P. (2005), *La tutela previdenziale del lavoro discontinuo. Problemi e prospettive del sistema di protezione sociale*, Giappichelli, Torino.
- Bozzao P. (2017), *La tutela previdenziale al cd. lavoro flessibile*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2566 ss.
- Catini S. (2017), *L'ultima frontiera del diritto della previdenza sociale: dal pluralismo dei regimi all'accorpamento delle posizioni contributive*, in *RDSS*, 323 ss.
- Ghera E. (2000), *Sul diritto alla totalizzazione dei periodi assicurativi*, in *GCost.*, 2320 ss.
- Gheido M.R., Casotti A. (2018), *Pensionamento anticipato: Ape e lavori usuranti*, in *DPL*, 151 ss.
- Pessi R. (2016), *Il principio di adeguatezza nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale*, in *GCost.*, 803 ss.
- Saccagi M. (2016), *La mobilità professionale esige il cumulo non oneroso dei contributi previdenziali*, in *www.adapt.it*, 7 novembre.
- Saccagi M. (2018), *Pensioni e legge di stabilità: via libera al cumulo gratuito*, in *www.adapt.it*, 13 febbraio.
- Tullini P. (2016), *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione, il lavoro instabile, discontinuo, informale, tendenze in atto e proposte d'intervento*, in *RGL*, I, 748 ss.

Carla d'Aloisio
Avvocata in Roma

INDICE

ANALITICO-ALFABETICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

APPALTO

Pulizia – Art. 4 Ccnl multiservizi – Clausola sociale – Diritto al passaggio – Fatto costitutivo – Licenziamento – Insussistenza. 462

Ristorazione – Art. 29, c. 3, d.lgs. n. 276/2003 – Passaggio di personale – Clausola sociale – Trasferimento d'azienda – Requisiti – Sussistenza. 462

Subappalto – Cessazione – Re-internalizzazione del servizio – Cambio appalto – Identità e continuità di impresa – Trasferimento di azienda – Art. 2112 c.c. – Sussistenza. 492

ASSISTENZA

Disabilità – Discriminazioni – Invalidità e inabilità Inps – Parità di trattamento – Pensione – Salute – Società – Stranieri. 533

ATTIVITÀ SINDACALE

Delegazione speciale di negoziazione – Spese di funzionamento – Comitato aziendale europeo – Nuove tecnologie – Adeguatezza. 527

CONTRATTO A TERMINE

Direttiva n. 1999/70/Ce – Accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato – Clausola 5 – Misure volte a prevenire l'utilizzo abusivo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato – Normativa nazionale che esclude l'applicazione di tali misure nel settore di attività delle fondazioni lirico-sinfoniche. 392

CONTRIBUZIONE PREVIDENZIALE

Ricomposizione della posizione assicurativa – Totalizzazione – Computo della contribuzione – Esclusione della contribuzione integrativa dell'Ago. 538

COOPERATIVE DI LAVORO

- Socio lavoratore – Lavoro subordinato – Trattamento retributivo – Contratto collettivo – Settore – Maggiore rappresentatività comparata. 415

DISCRIMINAZIONI

- Handicap della figlia minorenni – Accertamento del comportamento discriminatorio – Discriminazione indiretta – Orario di lavoro incompatibile con le esigenze di cura – Rimozione degli effetti e risarcimento del danno non patrimoniale. 497

- Parità di trattamento – Direttiva n. 2006/54 – Rifiuto di assunzione a causa della gravidanza – Segnalazione del trattamento discriminatorio – Vittimizzazione – Licenziamento individuale. 368

DISTACCO TRANSNAZIONALE

- Rinvio pregiudiziale – Adesione di nuovi Stati membri – Direttiva n. 96/71/Ce – Distacco di lavoratori – Distacco di lavoratori di Stati terzi. 380

GRUPPO D'IMPRESA

- Direzione e coordinamento – Interesse di gruppo – Imputazione del rapporto – Codatorialità. 430

LAVORO SUBORDINATO

- Subordinazione cd. attenuata – Art. 2094 c.c. – Qualificazione del rapporto – Indici della subordinazione – Adattamento al modello sociale – Utilizzazione differenziata – Necessità. 510

LICENZIAMENTO COLLETTIVO

- Dirigenti – L. n. 161/2014 – Obbligo di informazione e consultazione sindacale – Applicabilità della procedura *ex* artt. 4 e 24 della l. n. 223/1991 ai lavoratori inquadrati come dirigenti – Mancata comunicazione di avvio della procedura di mobilità – Mancata consultazione delle rappresentanze sindacali – Conseguenze – Illegittimità del licenziamento – Regime indennitario. 425

LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

- Diritto di critica – Attivista sindacale – Datore di lavoro – Artt. 21 Cost. e 39 Cost. – L. n. 247/2012 – Art. 1, l. n. 300/1970 – Diritto di satira. 444

Licenziamento per g.m.o. – Manifesta insussistenza del fatto – Art. 18, c. 7, St. lav. – Nozione – Sanzione *ex* art. 18, c. 4, St. lav. – Unica tutela applicabile – Discrezionalità del giudice – Non sussiste. 410

ORARIO DI LAVORO

Contratto collettivo – Armonizzazione tra esigenze aziendali e istanze del personale. 497

PARITÀ DI TRATTAMENTO

Trasferimento di azienda – Trasferimento di ramo d'azienda – Lettura costituzionalmente orientata degli artt. 1206, 1207 e 1217 c.c. – Conseguenze da illegittima cessione di ramo d'azienda – Diritto vivente – Mutamento giurisprudenziale sopravvenuto. 355

PATTO DI NON CONCORRENZA

Violazione – Corrispettivo – Limite di oggetto – Mutamento di mansioni – Limite territoriale – Indeterminatezza – Nullità. 475

PRESCRIZIONE E DECADENZA

Decorrenza della prescrizione alla cessazione del rapporto di lavoro – Crediti retributivi – L. n. 92/2012 – Art. 18 St. lav. – Stabilità del rapporto di lavoro – Condizione di incertezza sulla tutela applicabile. 449

Decorrenza della prescrizione in corso di rapporto – Crediti retributivi – L. n. 92/2012 – Art. 18 St. lav. – Stabilità del rapporto di lavoro. 449

PROCEDIMENTO DISCIPLINARE

Lavoro subordinato – Contratto collettivo – Sanzioni disciplinari – Controllo giudiziale – Proporzionalità – Annullabilità. 420

RAPPRESENTANZE SINDACALI AZIENDALI

Requisiti *ex* art. 19 St. lav. – Sindacato che abbia stipulato contratti aziendali – Sussiste – Sottoscrizione da parte di Rsu – Legittimità – Condotta antisindacale – Sussiste. 523

RETRIBUZIONE

Socio lavoratore – Successione di appalti – Retribuzione sufficiente – Minimi retributivi – Organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative. 480

SALUTE

- Sicurezza sul lavoro – Il caso Ilva di Taranto – Tutela dell’occupazione
– Necessità di un bilanciamento – Ammissibilità. 405

SCIOPERO

- Sciopero nei servizi pubblici essenziali – Astensione collettiva dalle prestazioni degli organismi rappresentativi dei lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori – Potere sanzionatorio della Commissione di garanzia scioperi – Impugnazione della sanzione amministrativa pecuniaria – Mancata dissociazione da comportamenti illegittimi – Responsabilità – Dovere di influenza. 517

TRASFERIMENTO DI AZIENDA

- Trasferimento di ramo d’azienda – *Mora credendi* nel rapporto di lavoro – Inottemperanza all’ordine giudiziale al datore di lavoro cedente di ripristino del rapporto – Obbligazioni del cedente successive alla sentenza di accertamento – Effettività della tutela del lavoratore. 355

