

PARTE II
GIURISPRUDENZA

Simone D'Ascola ()*

SULLE PRESTAZIONI DI NATALITÀ DISCRIMINATORIE LA CONSULTA INTERROGA LA CORTE DI GIUSTIZIA

SOMMARIO: 1. Due istituti e un'unica questione: dalla provincia a Lussemburgo. — 2. L'interventismo dei giudici di merito: alcuni precedenti. — 3. La (dis)parità di trattamento nelle prestazioni sociali. — 4. Il fondamento costituzionale del sostegno alla genitorialità. — 5. La diversificazione dei requisiti e la condizione obiettiva di bisogno. — 6. Il concorso di pregiudiziali e il rinvio della Corte costituzionale alla Corte di Giustizia.

1. — *Due istituti e un'unica questione: dalla provincia a Lussemburgo* — Con l'ordinanza 30.7.2020, n. 182, la Corte costituzionale ha inoltrato alla Corte di Giustizia un rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TfUE sul tema della discriminarietà delle regole di accesso alle prestazioni sociali di natalità nell'ordinamento italiano. Da tempo la questione appariva non più rinviabile e veniva frequentemente riproposta nei tribunali. Così, nel giugno del 2019 la Sezione lavoro della Corte di Cassazione ha interpellato il giudice delle leggi con due ordinanze di remissione (1).

Il quesito, nella sostanza, era: i requisiti ai quali il legislatore subordina l'accesso delle madri non cittadine europee ai benefici economici connessi alla maternità contrastano con i principi di cui agli artt. 3 e 31 della Costituzione? Vi è contrasto anche con gli artt. 20, 21, 24, 31 e 34 della CdfUE in quanto mediati dall'art. 117 Cost.?

Ancorché la questione fosse unitaria, gli istituti coinvolti erano due, con alcune differenze. La prima ordinanza (la n. 16163, accompagnata da una gemella che è la n. 16167) si riferiva all'indennità di maternità di base, prevista dall'art. 74 del d.lgs. n. 151/2001 (cd. T.U. maternità e paternità) e talora chiamata anche «assegno di maternità». La seconda (la n. 16164, accompagnata dalla gemella n. 16165 e dalla n. 16166, molto simile) era relativa all'assegno di natalità, comunemente chiamato «bonus bebè». Le questioni sono state trat-

(*) Ricercatore di Diritto del lavoro presso l'Università di Pisa.

(1) Cass. 16.6.2019, n. 16163 e n. 16164, in *Labor*, 2019, n. 5, 549 ss., con nota di Fili (2019).

tate insieme perché il loro inquadramento generale – entro i principi fondamentali domestici e sovranazionali – è unitario.

Nel primo caso, una cittadina macedone – già convivente con cittadino italiano e madre di una bambina nata nel 2013 (cittadina italiana *iure sanguinis*) – aveva ricevuto il rifiuto dell'indennità da parte dell'Inps, contro il quale aveva agito ottenendo ragione in entrambi i gradi di merito. Il citato art. 74, infatti, attribuisce il diritto alla prestazione alle madri cittadine comunitarie o, se extracomunitarie, titolari del permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo (art. 9, d.lgs. n. 286/1998, cd. T.U. immigrazione). Poiché la donna non possedeva i requisiti di legge, i giudici di merito avevano fatto ricorso a una interpretazione estensiva costituzionalmente orientata, consistente nel ritenere la donna cittadina comunitaria per equiparazione in base all'art. 2 del d.lgs. n. 30/2007, che prevede le regole a tutela dei familiari dei cittadini.

La Cassazione, interpellata dall'Inps, riteneva che non potesse darsi interpretazione conforme a Costituzione poiché vi sarebbe contrasto troppo evidente con un combinato di disposizioni che inequivocabilmente impedisce un'applicazione così estensiva (non vi era unione registrata fra la donna e il cittadino italiano). Del pari, rilevava che non poteva darsi diretta applicazione alla, pur dettagliata, Direttiva Ue n. 2011/98 (che all'art. 12, par. 1, lett. e, impone in queste materie la parità di trattamento per i lavoratori dei paesi terzi), poiché i termini per il recepimento della stessa non erano scaduti al tempo dei fatti.

Rilevata però una disparità di trattamento ingiustificata, sospettando trattarsi di una normativa discriminatoria nonché contrastante con i principi costituzionali – ed europei – posti a tutela della maternità e della vita familiare, sollevava la questione di costituzionalità.

Nel secondo caso, la ricorrente era una cittadina *extra* Ue provvista del solo permesso di soggiorno per motivi familiari (art. 30 T.U. immigrazione) che richiedeva l'assegno di natalità: erogazione spettante per i primi tre anni di vita del minore, condizionata al possesso di un requisito reddituale e concepita per «incentivare la natalità e contribuire alle spese per il suo sostegno» (così l'art. 1, c. 125, l. n. 190/2014, che l'ha introdotto) (2). La disposizione prevede che, similmente al primo istituto, l'assegno spetti ai cittadini Ue e ai cittadini di paesi terzi purché in possesso del permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo (art. 9 T.U. immigrazione).

Con riguardo all'assegno di natalità, la Cassazione precisava che la mera disapplicazione della disposizione discriminatoria (che aggrava i requisiti per i cit-

(2) Questa norma garantiva l'assegno per i nati fra il 1.1.2015 e il 31.12.2017, ma la misura – e il rilievo non è secondario nell'ottica dell'*attualità* della questione – è poi stata prorogata in termini analoghi con l'art. 1, c. 248, l. n. 205/2017, per i nati dal 1.1.2018.

tadini *extra* Ue), basata sulla prevalenza dell'art. 2, par. 1, lett. e, della Direttiva n. 2011/98/Ue (ormai applicabile poiché, ancorché non recepita dopo il decorso dei termini per il recepimento, «chiara e incondizionata»), pur essendo stata la soluzione adottata dai giudici di merito contro il diniego dell'Inps, non fosse la strada più appropriata per chiudere il contenzioso con un rigetto del ricorso proposto dall'Istituto. Questa soluzione, ad avviso del Collegio, non avrebbe prodotto gli stessi effetti di una pronuncia di incostituzionalità. Alla base di ciò non vi era una motivazione tecnica, consistente nel rilevare che seguire l'una strada anziché l'altra avrebbe prodotto un risultato diverso in concreto, avendo la pronuncia della Consulta un qualche effetto pratico maggiore. Veniva proposta, invece, l'idea di una generica maggiore autorevolezza della Corte costituzionale: l'unica a poter «valutare la ragionevolezza della scelta discrezionale legislativa» *in subiecta materia*.

Oltre a essere la più autorevole nell'ordinamento domestico, la parola del giudice delle leggi è però preziosa perché, se la previsione interna è discriminatoria, solo con un intervento immediato e chiarificatore in questo senso da parte della Consulta si ottiene una efficacia *erga omnes*, con la conseguente certezza di successiva omogeneità di orientamenti sul territorio nazionale da parte dei giudici di merito (o, meglio ancora, da parte anzitutto dell'Inps), altrimenti rimanendo affidata la decisione sulla disapplicazione, caso per caso, alle valutazioni dei tribunali.

La Cassazione non ha reso esplicito questo passaggio, ma ha comunque ricondotto la necessità di un pronunciamento della Corte costituzionale alla primazia che quest'ultima, da oltre un triennio, ha voluto conferire a se stessa nell'ambito del giudizio sulle previsioni sospettate di porsi in contrasto, a un tempo, con la Costituzione e con la CdfUe.

Infatti, l'ordinanza n. 16164 chiudeva l'analisi sulla *rilevanza* della questione citando la pronuncia costituzionale del 2019 (3), che, come noto, ha precisato l'orientamento in materia di doppia pregiudizialità, confermando la centralità del proprio intervento, ma in maniera più articolata (4) rispetto a quanto si era affermato nel 2017 (5), ove un notissimo *obiter dictum* aveva segnato la

(3) C. cost. 21.3.2019, n. 63, in *www.giurcost.it*.

(4) La sentenza n. 63, infatti, non disconosce «il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta». Leggendo l'intera sentenza è però difficile dubitare che non sia, nella sostanza, confermata l'impostazione del 2017 (così anche Cavallaro 2019, 9).

(5) Con C. cost. 14.12.2017, n. 269. Sulla pronuncia, pubblicata in tutte le principali riviste che si occupano di giustizia costituzionale, vd. anzitutto Scaccia 2018, ove ulteriori

svolta. Prima di tornare su questo tema, dedichiamo però un rapido sguardo ai precedenti giurisprudenziali in materia.

2. — *L'interventismo dei giudici di merito: alcuni precedenti* — Negli ultimi anni, vari tribunali hanno reso sentenze che hanno censurato il diniego dell'Inps nei confronti di ricorrenti non cittadini Ue che rivendicavano le prestazioni di natalità, giudicando discriminatoria la normativa interna e disapplicandola in quanto contrastante con il diritto europeo, oltre che con la Costituzione. L'attivismo dei giudici di merito, che, fra l'altro, si riscontra anche con riferimento a prestazioni sociali diverse da quelle legate alla natalità (6), ma ispirate a simile *ratio*, è in realtà risalente e si è basato, volta a volta, su argomenti diversificati (7). La questione di costituzionalità esaminata in questo caso dalla Consulta, infatti, si collocava in un quadro in cui, al contrario di quanto accade per le prestazioni previdenziali in senso stretto (su cui vi è tendenziale parità), l'accesso dei cittadini di paesi terzi ai diritti di natura assistenziale «si scontra con le disposizioni legislative che, a livello nazionale, regionale e locale, condizionano la possibilità di godere [delle] prestazioni al possesso della cittadinanza italiana e/o a un determinato titolo di soggiorno e/o alla durata prolungata della residenza [...], potenzialmente idonee a integrare [...] forme di discriminazione diretta e indiretta» (8).

Negli anni più recenti, i tribunali hanno disapplicato le limitazioni della normativa interna perlopiù dando prevalenza al diritto Ue (in particolare alla citata Direttiva n. 98 dopo la fine del 2013). Alcuni tribunali avevano anche sollevato una questione di costituzionalità simile a quella odierna (9), su cui pe-

riferimenti. Vd. inoltre Comazzetto 2018 per la ricostruzione del quadro precedente e, successivamente, *ex multis*: Romboli 2019; Ruggeri 2019; Cosentino 2020; Cardone 2020.

(6) Ad esempio, in T. Milano 12.10.2018, ord., in *RIDL*, 2018, II, 284 ss., con nota adesiva di Macchione, veniva censurata, in quanto discriminatoria, una regolamentazione del Comune di Lodi che condizionava l'accesso alle prestazioni sociali agevolate alla presentazione di una serie di documenti inerenti alla propria condizione economico-patrimoniale, da reperirsi – con enormi difficoltà – nel proprio paese di provenienza.

(7) Ad esempio, nel 2007 il Tribunale di Biella argomentò l'estensione dell'assegno di natalità di cui alle disposizioni vigenti all'epoca (che testualmente escludevano le madri extracomunitarie) sulla base di un uso a-tecnico ed estensivo della nozione di cittadinanza: T. Biella 2.1.2007, decr. – Est. Brovarone –, in *D&L*, 2007, n. 2, 551 ss., con nota di Guariso.

(8) Chiaromonte, Guariso 2019, 350. In precedenza, vd. anche Biondi Dal Monte (2013, 135 ss.), che offre un utile sguardo critico sulla varietà di misure – spesso introdotte da leggi e norme secondarie di livello locale – che, nel subordinare a determinati requisiti l'accesso degli stranieri alle prestazioni, introducevano potenziali discriminazioni.

(9) In particolare T. Reggio Calabria 30.3.2015, e T. Bergamo 30.11.2015, entrambe citate in *La Corte costituzionale decide sull'assegno di maternità di base: inammissibile*

rò la Consulta aveva risposto con una pronuncia di inammissibilità (10), ritenendo, prima della svolta segnata da C. cost. n. 269/2017, di dover tacere a fronte di una chiara fonte europea prevalente.

Fra i casi recenti, uno dei più significativi è la pronuncia di Torino (11), paradigmatico di altre sentenze di merito, spesso ottenute con l'impegno processuale dell'Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione. Il Tribunale di Torino, con pronuncia riccamente motivata, accertava la discriminatorietà della previsione di cui all'art. 74 del d.lgs. n. 151/2001, con ampi riferimenti al quadro europeo e alla pronuncia C. Giust. 21.6.2017 (C-449/16) (12) in tema di assegno per le famiglie numerose. Sempre a Torino, già in precedenza, la Corte d'Appello (13) aveva confermato la disapplicazione dell'art. 74 in un caso relativo a una cittadina in possesso di permesso di soggiorno biennale per lavoro subordinato, riconoscendo la discriminatorietà del diniego.

Ancora, si segnala altra giurisprudenza di merito (14) che, sempre relativamente all'indennità di maternità di base, non solo concedeva la prestazione benché l'istante possedesse il mero permesso unico di lavoro, ma flessibilizzava i tempi della verifica del requisito di residenza, ritenendo sufficiente l'iscrizione alla data della domanda, anche se questa mancava alla data del parto. Risulta infine interessante un'ordinanza di Bergamo (15), che affrontava un problema legato al fatto che la «titolarità concessiva» dell'indennità è in capo ai Comuni (previa ammissione dei quali, l'Inps eroga le somme). Infatti, specie trattandosi di cittadini stranieri, ai fini dell'effettività del diritto è fondamentale il profilo della chiarezza e completezza delle comunicazioni e delle procedure. Il Tribunale di Bergamo ammetteva una serie di citadine di diversi comuni e imponeva a questi ultimi di modificare le comunicazioni in senso conforme all'ormai consolidata giurisprudenza.

non considerare il diritto comunitario, in <https://www.asgi.it/discriminazioni/la-corte-costituzionale-decide-sullassegno-maternita-base-inammissibile-non-considerare-diritto-comunitario/#:-:text=Immigrazione%20e%20Cittadinanza->, 6 maggio 2017.

(10) C. cost. 4.5.2017, n. 95.

(11) T. Torino 15.2.2019, consultabile nella banca dati online di www.asgi.it, come gran parte di queste pronunce.

(12) Anche la Cassazione, nelle ordinanze di rimessione, e la Consulta, nel recentissimo rinvio pregiudiziale, si soffermano su quest'ultima decisione europea relativa all'assegno per famiglie numerose (cd. caso *Martinez*), che valorizza adeguatamente, fra le prime, la portata della Direttiva n. 2011/98/Ue.

(13) C. App. Torino 7.11.2018.

(14) T. Padova 12.2.2019.

(15) T. Bergamo 10.10.2017.

3. — *La (dis)parità di trattamento nelle prestazioni sociali* — Benché in tema di prestazioni di natalità (specie con riguardo alla più risalente indennità di base) la giurisprudenza di merito ormai allarghi la platea dei beneficiari rispetto alla restrizione di cui alla lettera della legge, in generale il godimento delle prestazioni assistenziali da parte degli stranieri è caratterizzato dalla presenza di numerose condizioni «che differenziano la possibilità di godere di tali prestazioni sulla base del titolo di soggiorno posseduto dal soggetto richiedente» (16).

La stessa norma base in materia, ossia l'art. 41 del T.U. immigrazione, prevede l'accesso alle prestazioni assistenziali in condizioni di parità purché lo straniero possieda un permesso di soggiorno di almeno un anno (17). Un requisito di questo genere, che richiede un periodo minimo di residenza abbastanza contenuto, trova la propria *ratio* nella volontà di escludere dai benefici coloro che si trovino nel territorio nazionale in maniera transitoria, episodica e occasionale, quando non per «turismo sociale» (18). Presuppone, insomma, un minimo radicamento maturato nel corso del tempo. Senonché, nel corso degli anni, l'attività del legislatore nazionale – e ancora più quella dei legislatori regionali – ha ampiamente disatteso quella previsione e deviato dallo schema, introducendo i requisiti più vari per le singole previsioni, in molti casi richiedendo il possesso di un permesso di soggiorno di durata assai maggiore e/o una residenza prolungata. Infatti, i cittadini extracomunitari, solo se soggiornanti di lungo periodo, godono di «una tutela di buona incisività» (19), che è altrimenti un miraggio.

Non è sin qui accaduto quanto auspicato dalla Corte costituzionale nella pronuncia n. 230/2015 (vedi nota 30), quando, prendendo atto della situazione appena prospettata, invitava il legislatore a provvedere in questa materia «a una organica ricognizione e revisione della disciplina, a evitare, tra l'altro, che il ripetersi di interventi necessariamente frammentari, e condizionati dalla natura stessa del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, possa avere riverberi negativi sul piano della tutela dell'eguaglianza sostanziale» (20).

(16) D'Onghia 2017, 625.

(17) In realtà, tuttavia, deve ritenersi che tale disposizione sia stata implicitamente modificata dall'art. 80, c. 19, l. n. 388/2000, che limita il contenuto dell'art. 41 agli stranieri «titolari di carta di soggiorno» (che, secondo le disposizioni attuali, è il permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo).

(18) Anche se, normalmente, si parla di «turismo sociale» con riferimento agli spostamenti intracomunitari, ossia quando cittadini di paesi Ue si spostano (legittimamente) in un altro Stato membro senza altro scopo che quello di godere delle provvidenze sociali previste nel paese di destinazione e ovviamente assicurate in condizioni di parità a tutti i cittadini comunitari. La Corte di Giustizia guarda però con sfavore al fenomeno: *ex multis*, C. Giust. 17.11.2014, C-333/13, *Dano*. Sul tema, vd. i rilievi critici di Taschini 2015.

(19) Pessi 2019, 192.

(20) Vd. punto 2.2 della motivazione.

Queste disparità di trattamento, tuttavia, malgrado sia impensabile che spariscono completamente, dovrebbero essere il più possibile limitate e andrebbe tenuta sotto controllo la loro intensità, nonché il profilo della loro *omogeneità* (con riferimento al tipo di beneficio, alla categoria esclusa, al territorio ecc.).

È vero che in materia di diritti sociali la limitatezza delle risorse produce di per sé l'esigenza selettiva (21); tuttavia è costante l'insegnamento della Corte costituzionale in base al quale «le scelte connesse alla individuazione dei beneficiari – necessariamente da circoscrivere in ragione della limitatezza delle risorse finanziarie – debb[on]o essere operate sempre e comunque in ossequio al principio di ragionevolezza» (22).

Peraltro, la limitazione dell'accesso ai diritti a volte può essere inquadrata anche come compressione del *precetto* solidaristico di cui all'art. 2 Cost., il quale, è bene ricordarlo, ascrive i diritti inviolabili, e prescrive i doveri inderogabili, all'«uomo», non certo al «cittadino» o al «non cittadino purché regolarmente lungo soggiornante». Del resto, anche il *principio solidaristico* ha sempre mosso espressamente la Corte costituzionale nelle pronunce in cui sono state censurate le disparità di requisiti di accesso alle prestazioni assistenziali (23).

Come si è evidenziato (24), esiste fra l'altro un forte nesso fra prestazioni assistenziali e fiscalità generale (con uno schema non «contributivo»), e gli stranieri regolari concorrono pienamente alla fiscalità generale che finanzia le prestazioni.

4. — *Il fondamento costituzionale del sostegno alla genitorialità* — Se questo è il quadro generale relativamente alle prestazioni assistenziali, occorre ora svolgere alcune brevi considerazioni sui principi, di rango fondamentale, su cui si basano le specifiche prestazioni esaminate, relative al fenomeno della genitorialità. Anzitutto, non è dubitabile che il supporto alla natalità non abbia natura contributiva, essendo invece espressione di una fondamentale funzione assistenziale (ancorata agli articoli 2 e 31 – nonché, in termini diversi, 37 e 38, c. 1 – della Costituzione), la quale, malgrado gli strali che una sterile *vulgata* rivolge al cd. assistenzialismo, è una virtuosa espressione del moderno costituzionalismo democratico-sociale.

Il sostegno alla natalità si giustifica per la oggettiva condizione di accresciuto

(21) Vd., *ex multis*, D'Onghia (2013), che dedica l'intero lavoro a questo tema, e Chiaromonte (2013, 230), per un riferimento più specifico.

(22) Così C. cost. n. 432/2005 e in seguito C. cost. n. 40/2011, entrambe in *giurcost.it*.

(23) Lo evidenzia D'Onghia 2017, 627.

(24) McBritton 2017, 220.

bisogno in cui si trova chi genera (o adotta) un figlio al momento della nascita di questo (25) e per il periodo successivo. È una massima d'esperienza, forse propria dell'intero genere umano, quella per cui le attività di cura del neonato, e del bimbo nella primissima infanzia, abbiano un costo economico significativo e, parallelamente, la capacità di produrre reddito dei genitori (ancorché protetta da appositi istituti giuslavoristici) possa ridursi proprio per la necessità di attendere materialmente a quelle attività di cura.

La Costituzione, sul punto, non tace: in primo luogo, è bene ricordare che fra le formazioni sociali di cui all'art. 2 vi è quella familiare, nel cui ambito sono garantiti i diritti inviolabili dell'uomo e se ne garantisce lo sviluppo della personalità. La stessa disposizione, inoltre, fissa il fondamentale principio solidaristico, dianzi richiamato. In secondo luogo, l'art. 31 impone allo Stato di agevolare attivamente la formazione della famiglia e di proteggere la maternità con apposite misure. Anche il c. 1 dell'art. 37 assicura «alla madre e al bambino» un'adeguata protezione. Infine, l'art. 38, al c. 1, assicura mantenimento e assistenza al cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi per vivere. Anche questa disposizione contribuisce a dipingere il quadro costituzionale di fondo, seppur non specificamente riferita alla maternità e ancorché – unica fra le quattro – parli di «cittadino». Tale riferimento, solo apparentemente limitativo, non è di ostacolo poiché lo sviluppo delle organizzazioni politiche transnazionali, la globalizzazione e le migrazioni hanno portato le norme fondamentali, ai diversi livelli, a postulare una razionale estensione dei diritti (almeno per equiparazione) oltre il rigido bastione del tradizionale concetto di cittadinanza. E del resto la lettura generalmente accolta dell'art. 38, comma 1, porta a includere nell'ambito soggettivo di applicazione di tale articolo anche lo straniero regolarmente residente nel territorio nazionale, sulla base di una lettura del comma 1 in stretta connessione con gli artt. 2, 3 e 10, c. 2, Cost. (26).

5. — *La diversificazione dei requisiti e la condizione obiettiva di bisogno* — Esaminati i requisiti di accesso alle prestazioni assistenziali per i cittadini di paesi terzi e chiariti gli essenziali addentellati costituzionali cui ancorare le erogazioni connesse alla nascita di un figlio, occorre ricavarne alcune conseguenze con riguardo agli istituti scrutinati dalla Cassazione e poi dalla Corte costituzionale.

Il nocciolo della questione è la verifica di ragionevolezza della diversificazione dei requisiti rispetto al sostegno che quegli strumenti – per «necessità» costituzionale – forniscono alle persone in una condizione di bisogno; il tutto te-

(25) Come del resto riconosce anche l'ord. n. 16163 al punto 11 della motivazione.

(26) Vd., per tutti, Sgroi 2018, 74.

nendo conto delle caratteristiche di quel bisogno, oltre che dei consolidati orientamenti costituzionali ed europei relativamente all'accesso agli strumenti di sostegno.

Il fondamentale binario dal quale non derogare nella ricostruzione è il principio di eguaglianza. Poiché l'eguaglianza è un «criterio che definisce il rapporto tra gli uomini in relazione ai beni della vita» (27), se si assume il beneficio per la maternità come bene della vita agganciato a (o sganciato da) determinati presupposti, occorrerà un criterio razionale per definire quali elementi unificano ed equiparano i soggetti fondando il loro diritto al godimento di quel beneficio e quali elementi, al contrario, distinguono i soggetti in modo tale che il quadro di quei presupposti sia ragionevole e rispettoso delle scelte di valore di fondo. Ebbene, nel caso di specie, da un lato vi è la scelta di valore di ridurre al minimo le disparità nell'accesso ai diritti sociali fra italiani e stranieri; dall'altro vi è l'indubbio legame del beneficio con lo stato di bisogno causato dalla maternità.

Le prestazioni legate a tale situazione non hanno un carattere premiale o compensativo rispetto ad alcun'altra circostanza che non sia: i) trovarsi regolarmente sul territorio nazionale ed essere iscritti all'anagrafe; ii) aver generato o adottato un figlio possedendo condizioni patrimoniali e reddituali modeste. A rigore, dovrebbero essere solo queste le circostanze su cui il legislatore, attuando la Costituzione, si basa nel legiferare in materia.

La condizione di bisogno cui ci si riferisce, infatti, esiste *a prescindere* dalla dimostrazione di un radicamento di qualche genere nella comunità nazionale e/o da una qualche forma di contribuzione a tale comunità. Peraltro, in una chiave *lato sensu* politica, un nuovo nato è *di per sé* un fatto positivo per quella comunità, anche nella (utilitaristica e parziale) ottica per cui il nuovo soggetto, verosimilmente, raggiunta l'età adulta, parteciperà alla vita sociale ed economico-produttiva, portando anche nuova contribuzione. Lo stesso abbassamento dell'età media della popolazione, quindi, in quella (parziale) ottica, è un vantaggio in sé.

Così riguardando la vicenda, l'esclusione della madre non comunitaria rappresenta una disparità di trattamento contrastante con il principio di eguaglianza. Pertanto, solo le contromisure minime indispensabili a evitare che si produca una ipotetica situazione portatrice di disvalore per l'ordinamento (rappresentata dallo straniero che, non necessariamente per «*moral hazard*» o per opportunismo, goda delle prestazioni pur trovandosi episodicamente in Italia) giustificano una eccezione al principio di parità di trattamento, che sia ragio-

(27) Cerri 2005, 23.

nevole e *proporzionata*, così come sarebbe se avesse conservato valore generale l'originario art. 41 del T.U. immigrazione. Si tenga ovviamente conto che la stessa Direttiva del 2011, che impone una razionale parità di trattamento a beneficio dei cittadini di paesi terzi (e sulla cui portata la Consulta chiede oggi lumi alla Corte di Giustizia), penetra *in ogni caso* nelle fibre costituzionali e le arricchisce, per il tramite degli artt. 10 e 117.

Ecco perché non possono essere determinanti, in questo caso, i precedenti della Corte costituzionale in cui sono state salvate alcune leggi regionali che introducevano requisiti di residenza nella regione protratta per un certo periodo di tempo per poter beneficiare di alcuni «bonus bebè» di carattere regionale. Infatti, in tali casi, normalmente si trattava di prestazioni sganciate dalla cd. prova dei mezzi (28), con il che viene meno la *ratio* di soddisfazione del «bisogno primario» della persona, con il quale l'istituto dev'essere strettamente connesso per non ammettere disparità.

Peraltro, non è da escludere in astratto che la Regione possa esercitare, entro certi limiti, un'azione politica mirata all'incremento demografico, realizzata modulando alcune previsioni di *welfare* anche in modo da favorire la stanzialità nel proprio territorio. Ciò, però, può accadere imponendo requisiti di radicamento territoriale analoghi per italiani e stranieri e purché questi non producano discriminazioni indirette.

Una prestazione espressamente fondata sulla condizione di bisogno economico (29) (oltre che prevista a livello nazionale), come sono quelle ora controverse dinanzi alle Corti di rango più elevato, invece, non sembra poter ammettere distinzioni basate su un requisito di stanzialità e radicamento territoriale palesemente abnorme (30). Nel caso di specie, fra l'altro, richiedere il permesso

(28) Spicca in particolare la l. regionale Campania n. 4/2011, salvata da C. cost. n. 141/2014, in *giurcost.it*, proprio perché la prestazione era sganciata da criteri selettivi diversi da quello del biennio di residenza in Campania, valido sia per gli italiani che per gli stranieri.

(29) Infatti, sempre con riferimento a materia di competenza regionale, non è un caso che recentissimamente C. cost. n. 44/2020, in *giurcost.it*, abbia giudicato illegittima la legge regionale lombarda che subordinava l'accesso all'edilizia residenziale pubblica a una presenza almeno quinquennale nel territorio lombardo prima della presentazione della domanda. Trattandosi di una opportunità riservata alle famiglie che versano in condizioni economiche di bisogno rigorosamente verificate, è censurata l'introduzione di altri requisiti discriminatori. Cfr. Padula (2020), che inquadra utilmente il caso di specie nel dibattito sulla doppia pregiudizialità.

(30) Su questo gli orientamenti della Consulta sono abbastanza lineari, seppur con alcune sfumature. Relativamente a vari istituti di tipo assistenziale, si vedano: C. cost. 30.7.2008, n. 306; C. cost. 28.5.2010, n. 187; C. cost. 9.2.2011, n. 40; C. cost. 18.1.2013, n. 2; C. cost. 15.3.2013, n. 40; C. cost. 7.6.2013, n. 133; C. cost. 4.7.2013,

di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo è anche contraddittorio poiché tale permesso è vincolato a un requisito reddituale minimo, il che escluderebbe comunque alcune categorie di stranieri (i più poveri!) dall'accesso alla prestazione di natalità, quand'anche costoro avessero un radicamento territoriale ultraquinquennale. Il tutto, tenendo anche conto dei rigorosi (e discriminatori?) requisiti che si impongono ai cittadini extraeuropei per l'accesso alle principali misure di contrasto alla povertà, come il Reddito di inclusione o il Reddito di cittadinanza (di seguito, Rdc), che richiede la residenza decennale in Italia.

Peraltro, proprio con riferimento al Rdc, può mettersi a fuoco un ulteriore profilo utile a inquadrare correttamente l'assegno di natalità: l'art. 2, c. 6, d.l. n. 4/2019 (convertito con l. n. 26/2019), esclude questa prestazione dalle entrate prese in esame per misurare la soglia utile per accedere al Rdc. Ciò rafforza l'idea che si tratti di un beneficio assistenziale connesso esclusivamente alla prova dei mezzi e all'arrivo del figlio, considerando quest'ultimo come un evento produttivo *di per sé* dell'esigenza di maggiori risorse, per soddisfare la quale il bonus può anche cumularsi al Rdc, se percepito.

Infine, un cenno a parte merita la sentenza (31) con cui la Corte costituzionale aveva giudicato legittimo il requisito di soggiorno legale continuativo almeno decennale previsto a carico del cittadino straniero per poter godere dell'assegno sociale, sul presupposto che esso avrebbe natura «corrispettiva» rispetto al contributo offerto alla società, essendo inoltre riservato agli anziani e non facendo parte delle prestazioni assistenziali che soddisfano un «bisogno primario della persona».

Nelle ordinanze di rimessione, la Cassazione si era misurata con questa pronuncia allo scopo di marcare la differenza dell'assegno sociale dal caso di specie, evidenziando le difformi caratteristiche delle prestazioni di natalità, col chiaro intento di stimolare la Consulta a non riproporre un itinerario ricostruttivo simile (32). Ebbene, pare emblematico della distanza fra i due casi la circostanza

n. 172; C. cost. 19.7.2013, n. 222; C. cost. 27.2.2015, n. 22; C. cost. 11.11.2015, n. 230; C. cost. 25.5.2018, n. 107; C. cost. 20.7.2018, n. 166. A proposito di tali pronunce, Corsi (2018, 10) parla di monoliticità per dire che la linea argomentativa è chiara e coerente. Come osserva Fili (2019, 561) la Corte di Giustizia Ue sembra invece essere ancora più severa, scorrendo quasi sempre scelte discriminatorie nell'imposizione di requisiti, anche brevi, di radicamento territoriale: vd., ad esempio, C. Giust. 1.7.2011, C-503/09, *Steward*, e C. Giust. 4.10.2013, C-220/2012, *Meneses*.

(31) C. cost. 15.3.2019, n. 50, in *giurcost.it*.

(32) L'estensore delle ordinanze di rimessione lo aveva fatto con argomenti pertinenti; cionondimeno, come rilevato da alcuni (vd. ampiamente Corvaja 2019, spec. 255 ss.), il problema probabilmente era a monte: anche l'assegno sociale avrebbe in realtà natura di

che la Corte costituzionale nella pronuncia n. 182/2020 non abbia nemmeno menzionato il proprio precedente di un anno e mezzo prima.

6. — *Il concorso di pregiudiziali e il rinvio della Corte costituzionale alla Corte di Giustizia* — Al momento della pubblicazione delle ordinanze di remissione alla Corte costituzionale, come già accennato, era emerso che le due questioni avrebbero potuto trovare percorsi ed esiti giurisdizionali distinti (33). Del resto, lo stesso P.M. in Cassazione aveva concluso per il rigetto o, in subordine, per l'inoltro di un rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TfUE. Ora, se è indubbio che nel caso concreto l'effetto pratico sarebbe stato analogo, perché il rigetto del ricorso dell'Inps avrebbe consolidato la disapplicazione della disposizione interna discriminatoria, sono vere anche altre due circostanze: da un lato, che l'intervento della Corte di Lussemburgo (che ora, *in ogni caso*, arriverà) può fornire utili chiarimenti sul significato di una direttiva che, in quanto applicabile e inequivoca, può comunque di per sé condurre alla disapplicazione del diritto interno; dall'altro, che l'intervento della Corte costituzionale (che a questo punto sarà quello della fase «discendente», successiva alla pronuncia europea, e non quello, solo interlocutorio, dell'ordinanza n. 182, qui in commento) spiega immediatamente una efficacia generalizzata all'intero dell'ordinamento nazionale (34).

In tutti i casi, essendo stata chiamata in causa «per prima» e sulle due questioni congiuntamente, la Corte costituzionale ha potuto fornire ulteriori indicazioni sul comportamento da tenere in caso di concorso di pregiudiziali, essendo, come noto, ultimamente assai sensibile al tema del dialogo fra Corti superiori. Già la pronuncia del 2019 (35) aveva ritenuto che il controllo accentrato potesse aver corso anche quando la normativa interna sarebbe applica-

prestazione essenziale e sarebbe meritevole di essere governato da principi analoghi a quelli dei tanti istituti su cui la Corte costituzionale è intervenuta a eliminare le disparità di trattamento. Ma questa è una valutazione critica sulla motivazione della sentenza n. 50 che non può essere qui ulteriormente sviluppata.

(33) Vd. sul punto le severe critiche di Guariso (2019), ad avviso del quale in particolare la questione relativa al «bonus bebè» avrebbe dovuto essere decisa in modo diverso dai giudici di legittimità (cioè con una conferma della disapplicazione effettuata nei gradi di merito e rigetto del ricorso in Cassazione).

(34) Ed è certo che una (eventuale) espunzione di quelle regole dall'ordinamento per mano della Consulta determinerebbe una maggiore «pulizia» della disciplina e linearità delle condotte amministrative. Infatti, benché si tratti di regole ormai abitualmente disapplicate dai giudici di merito, esse sono ancora seguite dall'Inps (che a quelle regole fa riferimento anche nelle linee guida del proprio sito); circostanza che conduce poi alle impugnazioni, anche seriali.

(35) C. cost. n. 63/2019, cit.

bile perché contrastante con una direttiva o un regolamento, purché – e nella misura in cui – vi sia contrasto anche con la Costituzione (36).

Anche alla luce dell'orientamento di quest'ultima sentenza, che è meno *tranchant* di quello intervenuto un anno e mezzo prima (37), la pronuncia n. 182 ha potuto evidenziare che gli articoli della CdfUe citati in apertura sono ispirati a una logica di tutela simile a quella costituzionale. Poiché la Direttiva Ue n. 2011/98 costituisce diretta applicazione dei principi della CdfUe (in particolare l'art. 34), la Consulta ha chiesto l'intervento della Corte di Giustizia per stabilire se «l'art. 34 della CdfUe [...] debba essere interpretato nel senso che nel suo ambito di applicazione rientrino l'assegno di natalità e l'assegno di maternità, in base all'art. 3, paragrafo 1, lettere *b* e *j*, del Regolamento (Ce) n. 883/2004 [...] relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, richiamato dall'art. 12, paragrafo 1, lett. *e*, della Direttiva n. 2011/98 [...] relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico, e se, pertanto, il diritto dell'Unione debba essere interpretato nel senso di non consentire una normativa nazionale che non estende agli stranieri titolari del permesso unico di cui alla medesima direttiva le provvidenze sopra citate, già concesse agli stranieri titolari di permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo».

È evidente, dunque, l'intenzione della Corte di effettuare – solo a valle di un chiarimento europeo sull'esatta portata dei principi fondamentali europei, per come innervatisi nel diritto derivato – un raffronto fra lo standard nazionale e quello sovranazionale nella materia controversa (38), di talché la partita resta aperta in attesa dei pronunciamenti nel merito da parte dei giudici di più alto grado nel sistema multilivello di tutela dei diritti (39).

(36) E infatti la stessa Cassazione aveva preferito (anche per l'assegno di natalità) la pregiudiziale interna allo scopo di non porsi in contrasto con la visione della Consulta.

(37) Con la citata C. cost. n. 269/2017.

(38) La Consulta parla in ogni caso di «connessione inscindibile tra i principi e i diritti costituzionali evocati dalla Cassazione e quelli riconosciuti dalla Carta» (punto 3.2 della motivazione dell'ordinanza n. 182).

(39) Cionondimeno va segnalata una osservazione critica formulata nei confronti dell'ordinanza della Consulta: posto che la Direttiva n. 2011/98 è coinvolta solo «di rimbalzo» – chiedendosi alla Corte di Giustizia se l'art. 34 CdfUe debba essere interpretato nel senso che nel suo ambito di applicazione rientrino le due prestazioni in esame «in base all'art. 3, par. 1, lettere *b* e *j*, del Reg. n. 883/2004 richiamato dall'art. 12, par. 1, lett. *e*, Direttiva n. 2011/98» –, l'esito della decisione europea potrebbe «travolgere» anche il requisito del permesso di almeno un anno (art. 41 T.U. immigrazione) che la Cassazione profilava come requisito alternativo a quello del «lungo soggiorno», dato che una valutazione di incompatibilità della norma interna con le previsioni europee potrebbe portare «al risultato di riconoscere il diritto ai titolari di permesso unico lavoro (che può anche essere

Certamente, resta il fatto che ogni strumento di inclusione sociale di migranti e stranieri contribuisce a mitigare, per quanto possibile, il rischio costituito dalla condizione di indigenza e marginalità statisticamente molto diffusa fra i non cittadini Ue (40). Tale rischio è quello della esclusione sociale, quando non della segregazione. A tutti i livelli (41), infatti, in una società composita e diseguale, è preferibile che un approccio inclusivo caratterizzi i rapporti di lavoro e il sistema del *welfare*.

Infine, vi è il tema della cittadinanza e dei suoi usi e abusi. Da molti anni la situazione geopolitica transnazionale, i movimenti delle popolazioni, mosse dai più diversi fattori di bisogno, e la stessa globalizzazione hanno prodotto una contaminazione di popoli nei territori europei, tale per cui lo strumento della cittadinanza rischia di diventare, anziché rassicurante dispositivo di protezione sociale, pericoloso fattore escludente. Del resto, la vecchia concezione, risalente a Thomas H. Marshall, della cittadinanza come «statuto d'integrazione sociale» molto faticosamente può essere trasferita dalla proiezione sullo Stato-nazione a quella su scala europea (42). Ma certamente non dà risposte a una realtà fatta di individui e gruppi sociali che si stanziavano stabilmente nel territorio Ue provenendo dall'esterno e risultando privi, almeno per lungo tempo, della cittadinanza europea (e spesso avendo anche notevoli difficoltà a ottenere lo *status* di soggiornante regolare) (43).

di durata inferiore all'anno), non ai titolari di permesso di almeno un anno (che può anche non essere un permesso unico lavoro: si pensi al permesso per protezione umanitaria o per «casi speciali»)» (Guariso 2020).

(40) Si sofferma sulla provenienza geografica come fattore di rischio sociale anche Buoso 2017, 49.

(41) Incluso quello dell'azione sindacale; non a caso attenta dottrina ha messo a fuoco le lacune del sindacato confederale nel dare risposte e rappresentanza alle istanze dei migranti presenti sul territorio e privi di cittadinanza italiana: Marinelli (2019, 683 ss.) prospetta il rischio della formazione di un sindacato «etnico» ed evidenzia come la legislazione vigente non è in grado di proteggere dai rischi (in primo luogo di marginalizzazione da parte datoriale) che lo sviluppo di sindacati su base etnica introdurrebbe. Si pensi anche alle note vicende di cronaca che hanno coinvolto il settore agricolo e i suoi braccianti stranieri nella primavera 2020.

(42) Vd. le valutazioni critiche di Giubboni 2014, 87 ss.

(43) In tal senso, va ricordato che «se la costruzione del modello giuridico-politico dello Stato sociale e, in particolare, la cittadinanza sociale hanno rappresentato una rottura rispetto al modello incentrato sulla cittadinanza formale, l'immigrazione, quale fenomeno ormai di tipo strutturale, sembra preannunciare una crisi profonda degli attuali assetti istituzionali e delle tradizionali forme di mediazione sociale, economica e politica»: così Vimercati 2007, 370. Sul tema, vd. anche Calafà 2012, spec. 105-145.

I

CORTE COSTITUZIONALE, 30.7.2020, n. 182, ord. – Pres. Cartabia, Est. Sciarra – O.D. e altri c. Inps.

Maternità e paternità – Assegno di natalità e indennità di maternità di base – Madre – Cittadinanza Ue – Difetto – Permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo – Necessità – Discriminazione – Violazione del diritto europeo – Sospetto – Rinvio pregiudiziale.

Le previsioni dell'art. 74, d.lgs. n. 151/2001, e dell'art. 1, c. 125, l. n. 190/2014, laddove impongono ai cittadini extra Ue, per la concessione dell'indennità di maternità di base e dell'assegno di natalità, il possesso del permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo, anziché la titolarità di un mero permesso di soggiorno di almeno un anno, sono sospette di porsi in contrasto con l'art. 34 CdfUe, da interpretarsi anche alla luce delle previsioni del Regolamento Ue n. 883/2004 e della Direttiva n. 2011/98, rendendo dunque necessario l'inoltro di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex art. 267 TfUe, per poter successivamente decidere in ordine alla possibile incostituzionalità delle disposizioni in parola. (1)

II

CASSAZIONE, 17.6.2019, n. 16164, ord. – Pres. Manna, Est. D'Antonio, P.M. Visonà (parz. diff.) – Inps (avv.ti Coretti, Triolo, Stumpo) c. G.F. (avv. Guariso).
Corte d'Appello di Brescia, 16.5.2017.

Maternità e paternità – Assegno di natalità – Madre – Cittadinanza Ue – Difetto – Permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo – Necessità – Discriminazione – Illegittimità costituzionale – Sospetto.

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, c. 125, l. n. 190/2014, laddove impone ai cittadini extra Ue, per la concessione dell'assegno, il possesso del permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo, anziché la titolarità del mero permesso di soggiorno e di lavoro per almeno un anno, come prevederebbe la regola del T.U. immigrazione, dando luogo a un contrasto con gli artt. 3, 31 e 117 Cost., anche in relazione agli artt. 20, 21, 24, 31 e 34 CdfUe. (3)

III

CASSAZIONE, 17.6.2019, n. 16163, ord. – Pres. Manna, Est. D’Antonio, P.M. Visonà (conf.) – Inps (avv.ti Coretti, Triolo, Stumpo) c. A.S. (intimata).

Corte d’Appello di Firenze, 14.1.2016.

Maternità e paternità – Indennità di maternità di base – Madre – Cittadinanza Ue – Difetto – Permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo – Necessità – Discriminazione – Illegittimità costituzionale – Sospetto.

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 74, d.lgs. n. 151/2001, laddove impone ai cittadini extra Ue, per la concessione dell’indennità, il possesso del permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo, anziché la titolarità del mero permesso di soggiorno e di lavoro per almeno un anno, come prevederebbe la regola del Testo Unico immigrazione, dando luogo a un contrasto con gli artt. 3, 31 e 117 Cost., anche in relazione agli artt. 20, 21, 24, 31 e 34 CdfUe. (2)

Riferimenti bibliografici

- Biondi Dal Monte F. (2013), *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Giappichelli, Torino.
- Buoso S. (2017), *Legalità e solidarietà nell’ordinamento dello Stato sociale*, Jovene, Napoli.
- Calafà L. (2012), *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, il Mulino, Bologna.
- Cardone A. (2020), *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell’integrazione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 63 ss.
- Cavallaro L. (2019), *Note minime su alcune recenti pronunce della Corte di Giustizia e della Corte costituzionale in materia di efficacia della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 2.
- Cerri A. (2005), *L’eguaglianza*, Laterza, Roma-Bari.
- Chiaromonte W. (2013), *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino.
- Chiaromonte W., Guariso A. (2019), *Discriminazioni e welfare*, in M. Barbera, A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti strumenti interpreti*, Giappichelli, Torino, 329 ss.
- Comazzetto G. (2018), *Cronaca di una svolta annunciata: doppia pregiudizialità e dialogo tra Corti, a un anno dalla sentenza n. 269/2017*, in *federalismi.it*, n. 24.

- Corsi C. (2018), *Peripezie di un cammino verso l'integrazione giuridica degli stranieri. Alcuni elementi sintomatici*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 1.
- Corvaja F. (2019), *Straniero e prestazioni di assistenza sociale: la Corte costituzionale fa un passo indietro ed uno di lato*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3, 243 ss.
- Cosentino A. (2020), *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee*, in www.questionegiustizia.it, 6 febbraio.
- D'Onghia M. (2013), *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Cacucci, Bari.
- D'Onghia M. (2017), *Tutele previdenziali e assistenziali dei lavoratori migranti*, in Aa.Vv., *Previdenza ed assistenza*, in *Lavoro*, diretto da P. Curzio et al., Giuffrè, Milano, 611 ss.
- Fili V. (2019), *La condizione del permesso di soggiorno prevista per le madri straniere configura secondo la Cassazione una discriminazione*, in *Labor*, n. 5, 549 ss.
- Giubboni S. (2014), *Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, in M. Cinelli, S. Giubboni, *Cittadinanza, lavoro, diritti sociali. Percorsi nazionali ed europei*, Giappichelli, Torino, 85 ss.
- Guariso A. (2019), *Luci e ombre nella rimessione alla Corte costituzionale delle norme su Bonus Bebè e indennità di maternità*, in www.asgi.it, 14 giugno.
- Guariso A. (2020), *L'infinita vicenda delle prestazioni familiari agli stranieri: dalla Corte costituzionale alla Corte di Giustizia Ue*, in www.asgi.it, 25 agosto.
- Marinelli F. (2019), *Attività sindacale e identità etnica: riflessioni sui possibili scenari futuri*, in *DLRI*, 671 ss.
- McBritton M. (2017), *Migrazioni economiche e ordinamento italiano. Una prospettiva giurislavoristica*, Cacucci, Bari.
- Padula C. (2020), *Uno sviluppo nella saga della «doppia pregiudiziale»? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge*, in giurcost.org, 30 marzo.
- Pessi R. (2019), *Il Diritto del lavoro e la Costituzione: identità e criticità*, Cacucci, Bari.
- Romboli R. (2019), *Caro Antonio ti scrivo (così mi distraigo un po') in dialogo con il Ruggeripensiero sul tema della «doppia pregiudizialità»*, in giurcost.org, 26 novembre.
- Ruggeri A. (2019), *Caro Roberto, provo a risponderti sulla «doppia pregiudizialità» (così mi distraigo un po' anch'io...)*, in giurcost.org, 9 dicembre.
- Scaccia G. (2018), *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio costituzionale online*, in <http://osservatorio-aic.it>, n. 2, 7 maggio.
- Sgroi A. (2018), *Art. 38 Cost.*, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro* (diretto da O. Mazzotta, R. De Luca Tamajo), Cedam, 66 ss.
- Taschini L. (2015), *Libera circolazione e protezione sociale: limiti all'accesso al welfare system per i cittadini europei*, in *RDSS*, n. 3, 579 ss.
- Vimercati A. (2007), *L'immigrazione nell'età dei diritti. Una proposta di riflessione in tema di eguaglianza e libertà*, in *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, Cacucci, Bari, 367 ss.

RAPPORTO DI LAVORO

CORTE DI GIUSTIZIA, 25.6.2020, cause riunite C-762/18 e C-37/19 – Avv. Gen. Hogan – Q.H. c. Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria (C-762/18) e C.V. c. Iccrea Banca Spa (C-37/19).

Ferie – Art. 7, Direttiva n. 2003/88 – Lavoratore illegittimamente licenziato e reintegrato nel posto di lavoro mediante decisione giudiziaria – Maturazione del diritto alle ferie annuali retribuite non godute per il periodo compreso tra il licenziamento e la reintegrazione – Sussiste.

Ferie – Art. 7, Direttiva n. 2003/88 – Diritto all'indennità monetaria per le ferie annuali non godute in relazione al periodo compreso tra il licenziamento e la reintegrazione in caso di successiva interruzione del rapporto di lavoro – Sussiste.

L'art. 7, par. 1, della Direttiva n. 2003/88 concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una giurisprudenza nazionale in forza della quale un lavoratore illegittimamente licenziato e successivamente reintegrato nel suo posto di lavoro, conformemente al diritto nazionale, a seguito dell'annullamento del suo licenziamento mediante una decisione giudiziaria, non ha diritto a ferie annuali retribuite per il periodo compreso tra la data del licenziamento e la data della sua reintegrazione nel posto di lavoro, per il fatto che, nel corso di detto periodo, tale lavoratore non ha svolto un lavoro effettivo al servizio del datore di lavoro. (1)

L'art. 7, par. 2, della Direttiva n. 2003/88 dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una giurisprudenza nazionale in forza della quale, in caso di cessazione di un rapporto di lavoro verificatasi dopo che il lavoratore interessato sia stato illegittimamente licenziato e successivamente reintegrato nel suo posto di lavoro, conformemente al diritto nazionale, a seguito dell'annullamento del suo licenziamento mediante una decisione giudiziaria, tale lavoratore non ha diritto a un'indennità pecuniaria a titolo delle ferie annuali retribuite non godute nel corso del periodo compreso tra la data del licenziamento illegittimo e quella della sua reintegrazione nel posto di lavoro. (2)

(1-2) PER LA CORTE DI GIUSTIZIA TRA IL LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO
E LA REINTEGRAZIONE Matura IL DIRITTO ALLE FERIE

SOMMARIO: 1. Il caso. — 2. Il licenziamento illegittimo non fa venir meno lo *status* di lavoratore. — 3. Il diritto alle ferie può prescindere dalla prestazione di lavoro effettivo. — 4. Le ragioni della deroga al principio di effettività della prestazione e i suoi limiti.

1. — *Il caso* — La sentenza della Corte di Giustizia che qui si annota riconosce la maturazione del diritto alle ferie nel periodo in cui il lavoratore è reintegrato nel posto di lavoro per ordine del giudice, ma non svolge la propria attività per causa imputabile al datore di lavoro, la cui fattiva cooperazione (1) è indispensabile e insostituibile per dare esecuzione al suddetto ordine. In altre parole, poiché la sentenza di reintegrazione nel posto di lavoro fa rivivere il sinallagma genetico e ristabilisce il rapporto obbligatorio tra le parti, il diritto alle ferie nasce indipendentemente dal sinallagma funzionale ove il datore di lavoro rifiuti ingiustamente la prestazione. La Corte afferma inoltre che il mancato godimento delle ferie per causa non imputabile al lavoratore non preclude l'insorgenza del diritto alla percezione dell'indennità sostitutiva.

La Corte è chiamata qui a esaminare due questioni pregiudiziali, a norma dell'articolo 267 TfUE, sollevate l'una dal Rayonen sad Haskovo (Tribunale distrettuale di Haskovo, Bulgaria) e l'altra dalla Corte di Cassazione italiana (2).

La causa C-762/18 nasce da fatti analoghi a quelli che hanno dato luogo alla causa C-37/19: per questo motivo le due cause sono state riunite ai fini della decisione.

Nella prima, Q.H., ex dipendente di una scuola licenziata una prima volta, è poi reintegrata nel suo posto di lavoro a seguito di una decisione giudiziaria che dichiara illegittimo il suo licenziamento (3). Licenziata una seconda volta, Q.H. presenta un ricorso contro la scuola al fine di ottenere il pagamento di un'indennità a titolo di ferie annuali retribuite non godute per il periodo compreso tra il suo licenziamento illegittimo e la sua reintegrazione. La Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria (Corte di Cassazione, Bulgaria), adita in ultima istanza, non accoglie la sua domanda (4), e Q.H. adisce il Rayonen sad

(1) Il dovere di cooperazione fra le parti del rapporto sul piano sostanziale è espressione del principio di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1375 e 1206 c.c.

(2) Cfr. Cass. 10.1.2019, n. 451, ord., con nota critica di Bellomo 2019; sulla stessa ordinanza, cfr. anche il commento critico di D'Addio (2019, 804), per cui, «fintantoché non interverrà una sentenza della Corte costituzionale o della Corte di Giustizia che dichiari illegittimo, per violazione della Carta costituzionale italiana o del diritto dell'Ue, il regime di tutela reale o quello previsto dall'art. 18 della l. n. 300/1970 o quello previsto dal d.lgs. n. 23/2015 nella parte in cui non permettono la maturazione del diritto di ferie nel periodo in cui non vi è stata l'esecuzione del rapporto di lavoro per fatto imputabile al datore di lavoro, *dura lex, sed lex*»; l'ordinanza è commentata anche da Fenoglio 2019, e Mazzanti 2019.

(3) Con sentenza del Rayonen sad Plovdiv (Tribunale distrettuale di Plovdiv, Bulgaria), passata in giudicato, il primo licenziamento è dichiarato illegittimo e la sig.ra Q.H. è reintegrata nel suo posto di lavoro il 10 novembre 2008.

(4) La Corte di Cassazione bulgara ha considerato che il rigetto, da parte dei giudici di merito, della domanda di cui erano stati investiti dalla sig.ra Q.H. — e che era diretta, in sostanza, alla dichiarazione che un lavoratore illegittimamente licenziato avesse diritto a un'indennità a titolo di ferie annuali retribuite non godute, relative al periodo di tempo compreso tra la data del licenziamento e

Haskovo (Tribunale distrettuale di Haskovo, Bulgaria) con un ricorso mirato a ottenere il risarcimento dei danni che ella ritiene di aver subito a causa della violazione del diritto dell'Unione operata dalla scuola, suo datore di lavoro.

Nella seconda causa, invece, la ricorrente C.V., ex dipendente di Iccrea Banca, istituto di credito italiano, è reintegrata in seguito all'annullamento del licenziamento dichiarato illegittimo con provvedimento definitivo. In seguito, il contratto di lavoro di C.V. è nuovamente risolto.

La Corte di Cassazione, investita in ultima istanza dal ricorso di C.V. diretto alla condanna di Iccrea Banca al pagamento di un'indennità a titolo di ferie annuali retribuite e non godute per il periodo compreso tra il licenziamento illegittimo e la reintegrazione, solleva la questione dell'accertamento se spetti o no al lavoratore, nell'ipotesi appunto di licenziamento dichiarato illegittimo, l'indennità sostitutiva delle ferie e dei permessi che, ove la lavoratrice non fosse stata illegittimamente estromessa dall'azienda, sarebbero maturati nell'arco temporale compreso tra il recesso e la reintegrazione (5).

La Corte accoglie le conclusioni dell'Avvocato Generale e rigetta le questioni pregiudiziali sollevate dai Governi bulgaro e italiano. La sentenza è condivisibile perché evita che i lavoratori ingiustamente licenziati subiscano ulteriori conseguenze negative derivanti dalla condotta omissiva del datore di lavoro (6).

2. — *Il licenziamento illegittimo non fa venir meno lo status di lavoratore* — Nella causa C-762/18, sia la Corte di Cassazione sia il Governo bulgaro per evitare l'applicazione della Direttiva n. 2003/88 sostengono che, nel periodo compreso tra la data del primo licenziamento della sig.ra Q.H. e la data della sua reintegrazione nel posto di lavoro, quest'ultima non ha la qualità di «lavoratore» a norma della Direttiva n. 2003/88 e, pertanto, non rientra nell'ambito di applicazione di tale direttiva né, in generale, nell'ambito di applicazione del diritto dell'Ue, cosicché la Corte non sarebbe competente a pronunciarsi sulle questioni sollevate in detto procedimento.

Non è questa la sede per una disamina della nozione di lavoratore subordinato nel diritto dell'Unione (7), ma va sottolineato come nella sentenza la Corte affermi che l'illegittimità di un licenziamento implica che il periodo compreso tra la data del licenziamento e la data della reintegrazione della persona interessata nel suo posto di lavoro dev'essere considerato *retroattivamente*, come facente parte della *durata* di servizio di tale persona nei confronti del suo datore di lavoro (punto 46). In altri termini, anche se la persona licenziata non è omologabile completamente al lavoratore attivo, e quindi non può per esempio es-

quella della sua reintegrazione nel posto di lavoro sulla base di una sentenza passata in giudicato – fosse in linea con la sua giurisprudenza vincolante.

(5) La Corte d'Appello di Roma, per quello che interessa, ha respinto il ricorso della lavoratrice richiamando precedenti giurisprudenziali della Cassazione (Cass. 8.7.2008, n. 18707; Cass. 23.10.2000, n. 13953; Cass. 5.5.2000, n. 5624) in cui la Corte afferma che è necessario, ai fini del riconoscimento del diritto, lo svolgimento dell'attività lavorativa e che non è rilevante che questa sia impedita dal rifiuto della prestazione da parte del datore di lavoro.

(6) Sul tema del ruolo del giudice nella determinazione del danno anche non patrimoniale da licenziamento illegittimo dopo la sentenza della C. cost. n. 194 del 2018, e per un confronto delle dottrine cfr., da ultimo, Roselli 2020, 3, e qui la corposa bibliografia.

(7) Lunardon 1998, 3; Luzzana 1999, 79; Maretti 2003, 307; Giubboni 2017, 121; Dalla Casa 2019, 275.

sere soggetta a un vincolo circa l'*orario di lavoro*, essa non perde per questo la qualifica di lavoratore allorquando sia poi reintegrata nel posto di lavoro. Questa precisazione, assai significativa per le conseguenze giuridiche che comporta per la maturazione del diritto alle ferie (vd. *infra*), consente di estendere l'ambito di applicazione soggettivo dell'art. 7 della Direttiva n. 2003/88 anche ai lavoratori licenziati e reintegrati e può, per questo motivo, essere collegata alla sentenza del 16.7.2020, resa nella causa C-658/18, di poco successiva a quella qui commentata, che ha consentito alla Corte di qualificare i giudici di pace come «lavoratori».

In questa ultima sentenza, la Corte di Giustizia, pronunciandosi sul diritto alle ferie dei giudici onorari in un caso italiano, afferma che, ai fini dell'applicazione della Direttiva n. 2003/88, la nozione di «lavoratore» non può essere interpretata in modo da variare a seconda degli ordinamenti nazionali, ma ha una portata autonoma, propria del diritto dell'Unione (8). Tale conclusione s'impone anche ai fini dell'interpretazione della nozione di «lavoratore», a norma dell'art. 7 della Direttiva n. 2003/88 e dell'art. 31, par. 2, della Carta, per assicurare l'uniformità dell'ambito di applicazione *ratione personae* del diritto dei lavoratori alle ferie retribuite (9). Detta nozione deve essere definita in base a criteri obiettivi che caratterizzino il rapporto di lavoro sotto il profilo dei diritti e degli obblighi delle persone interessate (10).

Nell'ambito della qualificazione relativa alla nozione di «lavoratore», che spetta, in ultima analisi, al giudice nazionale, quest'ultimo deve fondarsi su criteri obiettivi e valutare nel loro complesso tutte le circostanze del caso di cui è investito, riguardanti la natura sia delle attività interessate sia del rapporto tra le parti in causa (11). Occorre quindi ricordare, da un lato, che deve essere qualificata come «lavoratore» ogni persona che svolga attività reali ed effettive, restando escluse le attività talmente ridotte da poter essere definite puramente marginali e accessorie (12). Dall'altro lato, secondo una giurisprudenza costante della Corte, la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è data dalla circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in cambio delle quali percepisca una retribuzione (13). Ebbene questo principio, che si definisce di corrispettività, in base alle conclusioni cui giunge la sentenza in commento, resta fermo anche quando il prestatore di lavoro è costretto a rimanere inattivo a causa del rifiuto illegittimo del datore di lavoro di ricevere la sua prestazione a seguito di un licenziamento. In questa affermazione della Corte è possibile intravedere l'estensione del principio di corrispettività anche a situazioni caratterizzate dall'assenza del sinallagma funzionale allorquando il datore di lavoro non abbia svolto tutte le iniziative necessarie per rendere possibile la prestazione del debitore. Anche in questa circostanza, così come nel caso della malattia, la Corte «[ha] abbandonato il nesso che si presumeva consustanziale tra la prestazione di lavoro effettivo, da un lato, e il diritto alle

(8) C. Giust. 26.3.2015, C-316/13, *Fenoll*, punto 25, e C. Giust. 20.11.2018, C-147/17, *Sindicatul Familia Constanța e a.*, punto 41, e C. Giust. 14.10.2010, C-428/09, *Union syndicale Solidaires Isère*.

(9) C. Giust., *Fenoll*, cit., punto 26.

(10) C. Giust., *Sindicatul Familia Constanța e a.*, cit., punto 41.

(11) C. Giust., *Union syndicale Solidaires Isère*, cit., punto 29.

(12) C. Giust., *Fenoll*, cit., punto 27.

(13) C. Giust., *Sindicatul Familia Constanța e a.*, cit., punto 41.

ferie annuali retribuite, dall'altro» (14). Permanendo il rapporto di lavoro anche soltanto per effetto della sentenza di reintegrazione nel posto di lavoro, con riferimento alla maturazione delle ferie non sembra trovare applicazione la teoria per la quale *operae praeterite sunt peritae* (15), riferita questa alla singola prestazione da effettuare in un determinato orario di lavoro (16). Come dire che la cooperazione del debitore è possibile ed è dovuta fin quando dura il rapporto di lavoro e fino alla cessazione dello stesso. Soltanto dopo la cessazione del rapporto la prestazione diventa impossibile e non resta che il risarcimento del danno (vd. *infra*).

3. — *Il diritto alle ferie può prescindere dalla prestazione di lavoro effettivo* — Il datore di lavoro deve assicurare che il lavoratore sia messo nelle condizioni di esercitare il diritto alle ferie. Dal principio, affermato costantemente dalla Corte di Giustizia (17), consegue l'onere per il datore di lavoro di dimostrare di aver esercitato tutta la diligenza necessaria affinché il lavoratore sia messo in condizione di fruire effettivamente delle ferie annuali retribuite alle quali ha diritto. Se una simile prova non viene offerta, come nel caso in esame, l'estinzione del diritto alle ferie e, in caso di cessazione del rapporto di lavoro, il correlato mancato versamento di un'indennità in denaro per le ferie annuali non godute sono in contrasto con l'art. 7 della Direttiva n. 2003/88.

Ricorda la Corte – citando precedenti (18) – che il diritto alle ferie annuali retribuite non solo riveste, in qualità di principio del diritto sociale dell'Unione, particolare importanza, ma è anche espressamente sancito all'art. 31, par. 2, della Carta, cui l'art. 6, par. 1, TUE riconosce il medesimo valore giuridico dei Trattati (19). Inoltre, il diritto alle ferie annuali retribuite non può essere interpretato in senso restrittivo (20). Per questo motivo, ritiene la Corte (21), gli Stati membri devono astenersi dal condizionare la costituzione stessa

(14) Sono le parole dell'Avvocato Generale Mengozzi nelle conclusioni della causa *Dicu*, C-12/17; in riferimento alla maturazione delle ferie durante la malattia, vd. C. Giust. 24.1.2012, *Dominguez*, C-282/10.

(15) Ghezzi 1965, 45; Ghera, Liso 1976, 983 ss.; Speciale 1992, 230 ss.

(16) Ichino 1984, 16 ss.; Speciale 1992, 302; Gragnoli (2018, 27), che, nel ricostruire con grande attenzione l'evoluzione dottrinale sugli effetti della mora del creditore, osserva: «Nulla si “perde” per il rifiuto della collaborazione, salvo confondere il tempo della prestazione con l'orario: profili del tutto separati». Sul tema della corresponsività e sulla nozione di retribuzione, vd. Del Punta 1990, 420, anche per la ricostruzione del dibattito dottrinale.

(17) C. Giust. 6.11.2018, C-619/16, *Kreuziger*, punti 50-55; C. Giust. 6.11.2018, C-684/16, *Max-Planck*, punti 43-47.

(18) L'art. 7 è stato oggetto di sette recenti sentenze della C. Giust. Per una rassegna, cfr. Tria 2019, 35.

(19) C. Giust. 30.6.2016, C-178/15, *Sobczyszyn*, punto 20; C. Giust. 22.11.2011, *Khs*, C-214/10, punto 37; C. Giust. 3.5.2012, *Neidel*, C-337/10, punto 40.

(20) Cfr. punti n. 54 e n. 55 della sentenza in esame, in cui si richiama la sentenza del 21.6.2012, C-78/11, *Anged*, punto 17. *Contra*, D'Addio (2019, 801), per cui «le disposizioni che prevedono queste situazioni, in ragione della loro specialità, costituiscono un'eccezione, dettata da ragioni sociali, alla regola generale per cui il diritto alle ferie retribuite matura in relazione all'effettivo svolgimento di un'attività lavorativa e, pertanto, devono essere interpretate restrittivamente e, quindi, senza possibilità di una loro applicazione in via analogica ad altre fattispecie (art. 14 disp. prel. c.c.)».

(21) Richiamando a tal proposito la sentenza C. Giust. 29.11.2017, *King*, C-214/16, punto 34.

di tale diritto, il quale scaturisce direttamente dalla suddetta direttiva (22). Dalla duplice caratteristica ora enunciata deriva che il diritto alle ferie annuali retribuite non può essere subordinato da uno Stato membro all'obbligo di avere effettivamente lavorato (23).

La Corte è consapevole della finalità «ricreativa» delle energie psico-fisiche delle ferie (24). È altresì consapevole che detta finalità è diversa da quella di altri tipi di congedo aventi scopi differenti. Del resto, l'art. 7, par. 2, della Direttiva n. 2003/88 è finalizzato a garantire che il lavoratore possa beneficiare di un riposo effettivo per assicurare una tutela efficace della sua *sicurezza* e della sua *salute*, e per questo prevede che il periodo minimo di ferie annuali retribuite possa essere sostituito da un'indennità monetaria soltanto in caso di cessazione del rapporto di lavoro. Tuttavia, analogamente al caso in cui il lavoratore matura le ferie anche se non è in grado di adempiere le proprie funzioni per cause impreviste, sopravvenute e indipendenti dalla sua volontà, come la malattia (25) o il congedo di maternità (26), allo stesso modo la Corte esclude che il diritto di un lavoratore alle ferie minime annuali retribuite, garantito dal diritto dell'Unione, possa subire limitazioni in una situazione caratterizzata dal fatto che il lavoratore non ha potuto adempiere il suo obbligo di lavorare a causa di una condotta datoriale che ha impedito di rispettarlo. In altre parole, il datore di lavoro che non metta un lavoratore in condizione di esercitare il diritto alle ferie annuali retribuite deve assumersene le conseguenze (27).

(22) Sull'applicazione diretta dell'art. 31, par. 2, della Carta nei confronti dei datori di lavoro che hanno la qualità di privati, cfr. Tria (2019, 13), in riferimento alla sentenza del 17.4.2018, C-414/16, punto 77, nonché le conclusioni dell'Avvocato Generale nelle cause riunite C-569/16 e C-570/16, par. 78.

(23) Vd., in tal senso, C. Giust. 24.1.2012, C-282/10, *Dominguez*, punto 20, e C. Giust. 20.1.2009, *Schultz-Hoff e a.*, C-350/06 e C-520/06, punti 40-41.

(24) L'art. 7 della Direttiva n. 2003/88 ha una duplice finalità, ossia consentire al lavoratore, da un lato, di riposarsi rispetto all'esecuzione dei compiti attribuitigli in forza del suo contratto di lavoro e, dall'altro, di beneficiare di un periodo di distensione e di ricreazione: C. Giust. 20.7.2016, *Maschek*, C-341/15, punto 34; a esso non si può derogare e la sua attuazione da parte delle autorità nazionali competenti può essere effettuata solo nei limiti esplicitamente indicati dalla Direttiva n. 2003/88 (vd. sentenza C. Giust. 12.6.2014, *Bollacke*, C-118/13, punto 15).

(25) C. Giust. 19.9.2013, *Riesame Commissione/Strack*, punto 34. La finalità specifica cui mira il diritto alle ferie annuali retribuite spiega perché la Corte abbia dichiarato che, «per i lavoratori in congedo per malattia debitamente prescritto, il diritto alle ferie annuali retribuite, che scaturisce per ogni lavoratore dalla stessa Direttiva n. 2003/88 [...], non può essere subordinato da uno Stato membro all'obbligo di avere *effettivamente* lavorato durante il periodo di riferimento stabilito da detto Stato». La C. Giust., nella sentenza 20.1.2009, C-350/06 e C-520/06, *Schultz-Hoff e a.*, punto 41, ha constatato «che un lavoratore il quale [...] si trovi in congedo per malattia per l'intera durata del periodo di riferimento e oltre il periodo di riporto fissato dal diritto nazionale, non ha periodi di tempo in cui fruire delle ferie annuali retribuite» e ha poi precisato che «ammettere che, nelle circostanze specifiche di inabilità al lavoro descritte [...], le disposizioni nazionali pertinenti [...] possano prevedere l'estinzione del diritto del lavoratore alle ferie annuali retribuite, garantito dall'[articolo] 7, [par.] 1, della Direttiva n. 2003/88, senza che il lavoratore abbia avuto la possibilità effettiva di esercitare tale diritto, significherebbe accettare che queste disposizioni violino il diritto sociale direttamente conferito dal detto [articolo] 7 a ogni lavoratore».

(26) Vd., in tal senso: C. Giust. 24.1.2012, C-282/10, *Dominguez*, punto 30 e punto 20; C. Giust. 4.10.2018, *Dicu*, punto 29; C. Giust. 20.1.2009, *Schultz-Hoff e a.*, C-350/06 e C-520/06, punto 40.

(27) C. Giust. 29.11.2017, *King*, cit., punto 63.

4. — *Le ragioni della deroga al principio di effettività della prestazione e i suoi limiti* — Secondo la Corte di Giustizia, la giurisprudenza in materia di diritto alle ferie annuali retribuite di un lavoratore che, a causa di una malattia (28), non sia stato in grado di esercitare il suo diritto a tali ferie durante il periodo di riferimento e/o il periodo di riporto fissato dal diritto nazionale è estensibile, *mutatis mutandis*, a una situazione, come quella di cui trattasi nei procedimenti principali, nella quale un lavoratore illegittimamente licenziato, e successivamente reintegrato nel suo posto di lavoro, conformemente al diritto nazionale, a seguito dell'annullamento del suo licenziamento mediante una decisione giudiziaria, non ha svolto un lavoro effettivo al servizio del suo datore di lavoro durante il periodo compreso tra la data del licenziamento illegittimo e la data della sua reintegrazione nel posto di lavoro (punto 70). Detto periodo deve essere assimilato a un periodo di lavoro effettivo ai fini della determinazione dei diritti alle ferie annuali retribuite, perché il fatto che un lavoratore sia privato della possibilità di lavorare a causa di un licenziamento successivamente dichiarato illegittimo è, in via di principio, imprevedibile e indipendente dalla volontà di tale lavoratore al pari della malattia.

Ricorrendo le dette circostanze, nel bilanciamento degli interessi contrapposti, «una protezione degli interessi del datore di lavoro non sembra strettamente necessaria» (punto 75). E neppure risulta tale da giustificare una deroga alla maturazione del diritto alle ferie annuali retribuite del lavoratore: perché è a causa degli atti dello stesso datore di lavoro, il quale ha proceduto al licenziamento illegittimo del lavoratore che, nel periodo compreso tra la data di tale licenziamento e la data della reintegrazione nel suo posto di lavoro, egli non è stato in grado né di lavorare né, di conseguenza, di esercitare il proprio diritto alle ferie annuali.

Si osservi altresì come la sussistenza di un obbligo retributivo e non di una responsabilità risarcitoria aggrava la posizione del creditore della prestazione, dal momento che lo vincola al versamento di una somma da cui non può essere dedotto *l'aliunde perceptum*.

La sentenza della Corte di Giustizia rafforza la posizione del lavoratore perché consente di affermare che il riconoscimento del diritto alle ferie retribuite (o alla sua indennità sostitutiva) consegue automaticamente alla ricostituzione giudiziale del rapporto di lavoro. Esso spetta indipendentemente dal servizio effettivo quando la prestazione di lavoro è impedita per fatto illegittimo addebitabile alla parte datoriale (punto 78). La sentenza in commento va letta anche in riferimento agli esiti della recente sentenza n. 2990 del 7.2.2018 delle S.U. della Cassazione (vedi nota 31), che – esaminando la questione di particolare importanza relativa alla natura retributiva o risarcitoria delle somme spettanti al lavoratore il quale, dopo l'accertamento giudiziale di un'illecita interposizione di manodopera, offerte le proprie energie lavorative, non sia stato riammesso in servizio – hanno riconosciuto al lavoratore il diritto alla retribuzione e non al risarcimento del danno (29). Le S.U. hanno operato una riconsiderazione del principio, che pareva ormai consolidato nell'elaborazione della Corte,

(28) Vd.: C. Giust. 24.1.2012, *Dominguez*, cit., punto 20; C. Giust. 4.10.2018, *Dicu*, cit., punto 29. Lo stesso vale per le lavoratrici in congedo di maternità che si trovano in stato di incapacità di svolgere le proprie funzioni nell'ambito dei loro rapporti di lavoro e i cui diritti alle ferie annuali retribuite devono essere assicurati nel caso di tale congedo e poter essere esercitati in un periodo diverso; vd. C. Giust., sentenza del 18.3.2004, *Merino Gómez*, C-342/01, punti 34, 35 e 38.

(29) Sulle conseguenze della messa in mora e sulla permanenza dell'obbligo retributivo in caso di licenziamento, cfr. ancora Gragnoli 2018, 14 ss., e, da ultimo, Genovesi 2019, 355.

secondo il quale il contratto di lavoro è un contratto a prestazioni corrispettive in cui l'erogazione del trattamento economico, in mancanza di lavoro, costituisce un'eccezione: sicché, in difetto di un'espressa previsione di legge o di contratto, la mancanza della prestazione lavorativa esclude il diritto alla retribuzione, ma determina a carico del datore di lavoro che ne è responsabile l'obbligo di risarcire i danni, eventualmente commisurati alle mancate retribuzioni. Principio ritenuto operante anche nel caso di dichiarazione di nullità della cessione di ramo d'azienda, risolta in passato con l'affermazione secondo la quale l'obbligazione del cedente, il quale non provveda al ripristino del rapporto di lavoro, deve essere qualificata come risarcimento del danno, con la conseguente detraibilità del cosiddetto *aliunde perceptum* (30).

Le S.U. della Cassazione, con una soluzione aderente ai principi di cui agli artt. 3, 36 e 41 Cost., sotto il profilo dell'effettività della tutela giurisdizionale e della piena attuazione dei diritti del lavoratore, affermano invece che il datore di lavoro il quale, nonostante la sentenza che accerta il vincolo giuridico, non ricostituiscia effettivamente il rapporto di lavoro senza alcun giustificato motivo deve sopportare il peso economico delle retribuzioni, pur senza ricevere la prestazione lavorativa offerta dal lavoratore (31). Indirizzo avallato anche dalla Corte costituzionale (32), che ne riconosce valore di diritto vivente, anche avuto riguardo alla fattispecie della cessione del ramo d'azienda (33). Dal rapporto di lavoro, riconosciuto dalla pronuncia giudiziale, discendono gli ordinari obblighi a carico di entrambe le parti e, in particolare, con riguardo al datore di lavoro, quello di pagare la retribuzione (34), e ciò anche caso di *mora credendi* e, quindi, di mancanza della prestazione lavorativa per rifiuto di riceverla (Cass. n. 2990/2018, cit., punto

(30) Vd. Cass. 17.7.2008, n. 19740, in *MGC*, 2008, n. 7-8, 1166 ss., e, più di recente, Cass. 9.9.2014, n. 18955, in *FI*, 2014, n. 10, I, 2723 ss.; Cass. 15.12.2016, n. 24817, in *MGC*, 2017.

(31) Vd., da ultimo: Cass. 14.5.2020, n. 8949, in *DeJure*; Cass. 31.5.2018, n. 14019, in *ilgiurista*, 28 agosto 2018, con nota di F. De Michiel; Cass. 1.6.2018, n. 14136, in *DeJure*; estensione del principio di diritto affermato da Cass. 7.2.2018, n. 2990, S.U., in q. *Riv.*, II, 330 ss., con nota di Bologna (2018, 330).

(32) C. cost. 28.2.2019, n. 29, in q. *Riv.*, II, 355 ss., con nota di Genovesi (2019, 355), e in *RIDL*, II, 406 ss., con nota di Greco (2019, 406).

(33) In riferimento al contenzioso *Telecom*. Cfr., da ultimo, Cass. 11.11.2019, n. 29092, in *DeJure*, e Cass. 14.5.2020, n. 8950, *ivi*: secondo la Cassazione, dopo la sentenza che ha dichiarato insussistenti i presupposti per il trasferimento del ramo d'azienda, in uno alla messa in mora operata del lavoratore, vi è l'obbligo dell'impresa (già) cedente di pagare la retribuzione e non di risarcire un danno. Una volta offerta la prestazione lavorativa al datore di lavoro giudizialmente dichiarato tale, il rifiuto di questi rende giuridicamente equiparabile la messa a disposizione delle energie lavorative del dipendente alla utilizzazione effettiva, con la conseguenza che il datore di lavoro ha l'obbligo di pagare la controprestazione retributiva, equiparandosi la prestazione rifiutata alla prestazione effettivamente resa per tutto il tempo in cui il creditore l'abbia resa impossibile non compiendo gli atti di cooperazione necessari.

(34) Per quel che ci riguarda, la C. Giust. afferma che il diritto alle ferie annuali costituisce solo una delle due componenti del diritto alle ferie annuali retribuite quale principio essenziale del diritto sociale dell'Unione, in quanto tale diritto alle ferie annuali retribuite comprende anche il diritto all'ottenimento di un pagamento. Infatti, l'espressione «ferie annuali retribuite», utilizzata dal legislatore dell'Unione, tra l'altro, all'articolo 7 della Direttiva n. 2003/88, significa che, per la durata delle ferie annuali ai sensi del medesimo, la retribuzione del lavoratore deve essere mantenuta. In altre parole, quest'ultimo deve continuare a percepire la retribuzione ordinaria nel corso di tale periodo di

13) (35). La Corte costituzionale, nella sentenza n. 29/2019, cit., ammette inoltre che il datore di lavoro, ove messo in mora dal lavoratore, ai fini dell'adempimento del suo obbligo di ottemperanza all'ordine del giudice, nel contesto della disciplina lavoristica ispirata al *favor praestatoris*, può andare, a sua volta, incontro alla richiesta risarcitoria secondo i principi generali delle obbligazioni (artt. 1206 e 1207, comma 2, c.c.), per il danno conseguente al mancato reinserimento nell'organizzazione del lavoro, nel periodo intercorrente dalla statuizione di annullamento del licenziamento a quello della sua successiva riforma.

La sentenza della Corte di Giustizia qui commentata si colloca nel solco tracciato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale ora menzionata in una prospettiva di consolidamento del diritto alle ferie e spettanza dell'indennità sostitutiva per ferie non godute. In attuazione dell'art. 7, par. 2 della Direttiva n. 2003/88, la Corte di Giustizia riconosce al lavoratore reintegrato nel posto di lavoro il diritto a un'indennità per le ferie annuali retribuite non godute e maturate nel periodo compreso tra il licenziamento illegittimo e la reintegrazione (36). Poiché solo la effettiva riammissione in servizio consente al lavoratore di poter beneficiare del diritto alle ferie, nell'ipotesi qui considerata di cessazione del rapporto di lavoro il datore di lavoro è obbligato a pagare l'indennità sostitutiva. A tal fine la Corte di Giustizia statuisce che l'articolo 7 della Direttiva n. 2003/88 deve essere interpretato nel senso che esso osta a disposizioni o a prassi nazionali secondo le quali un lavoratore non può riportare e, se del caso, cumulare, fino al momento in cui il suo rapporto di lavoro termina, i diritti alle ferie annuali retribuite non godute nell'arco di più periodi di riferimento consecutivi, a causa del rifiuto del datore di lavoro di retribuire tali ferie (37). Alla stregua della normativa e della relativa giurisprudenza, la Corte riconosce il diritto all'indennità sostitutiva delle ferie nel caso in cui il rapporto di lavoro sia ricostituito in virtù di un provvedimento giurisdizionale definitivo con efficacia *ex tunc* e il lavoratore sia nuovamente licenziato (punto 87). In questo caso il lavoratore, il quale non abbia potuto espletare la propria prestazione per un accadimento non imputabile a esso, ha diritto al pagamento della indennità sostitutiva per le ferie maturate ma non godute, limitatamente al periodo intercorrente tra il recesso e la reintegrazione: ciò a tutela di un diritto fondamentale del diritto sociale dell'Unione, riconosciuto dall'art. 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, di cui è titolare e che non ha potuto esercitare.

riposo e di svago: vd. sentenza 6.11.2018, cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Bauer e Willmeroth*, punto 39.

(35) Osserva Gagnoli (2019, 10): «Questa è la subordinazione, e il tempo ne è un parametro di comprensione e di qualificazione, per la natura continuativa del rapporto, fermo il necessario rinvio non al tempo cosiddetto vuoto, ma a quello storico. E l'orario non è misura del fare, ma solo della presenza in azienda».

(36) Per la C. Giust., il motivo alla base della cessazione del rapporto di lavoro non è rilevante per il diritto a un'indennità finanziaria previsto dall'art. 7, par. 2, della Direttiva n. 2003/88 (vd., in tal senso, sentenza 20.7.2016, *Maschek*, punto 28, e sentenza 6.11.2018, C-569/16 e C-570/16, *Bauer e Willmeroth e a.*, punto 45).

(37) Vd. C. Giust. 29.11.2017, *King*, punto 65. La Corte ha inoltre dichiarato che l'art. 7 della Direttiva n. 2003/88 non può essere interpretato nel senso che il diritto alle ferie annuali retribuite e, pertanto, quello all'indennità finanziaria di cui al par. 2 di detto art. possano estinguersi a causa del decesso del lavoratore, in quanto se l'obbligo di pagamento di una simile indennità dovesse estinguersi a causa della fine del rapporto di lavoro dovuta a decesso del lavoratore, tale circostanza avrebbe

Questa conclusione porta a ritenere superato l'orientamento della giurisprudenza italiana (38) secondo il quale, in caso di reintegrazione conseguente a licenziamento illegittimo a norma dell'art. 18 St. lav., l'attribuzione al lavoratore delle retribuzioni percepite dalla data d'intimazione del licenziamento fino alla effettiva reintegrazione o all'esercizio del diritto di opzione per l'indennità sostitutiva della reintegrazione non comprende anche l'indennità sostitutiva delle ferie non godute, attesa la loro natura sia retributiva sia risarcitoria. Secondo la giurisprudenza italiana l'indennità per ferie non godute (o dei permessi con cui viene normalmente fruita la riduzione mensile dell'orario di lavoro) spetta unicamente nel caso in cui il lavoratore, essendo in effettivo servizio, abbia svolto la propria attività lavorativa nel corso di tutto l'anno. Da quanto deciso dalla Corte di Giustizia emerge, invece, come non vi sia nessun automatismo tra diritto alle ferie ed espletamento dell'attività lavorativa quando questa sia resa impossibile da fattori esterni non imputabili alla volontà del lavoratore ai fini del riconoscimento del diritto alla indennità sostitutiva.

L'esito cui è possibile giungere grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, appena riferito, deve però essere messo in relazione con un'altra affermazione meno chiara nel ragionamento, e forse non adeguatamente argomentata, della stessa Corte, che con una sorta di *obiter dictum* limita il diritto all'indennità sostitutiva delle ferie all'ipotesi in cui il lavoratore interessato non abbia occupato un altro posto di lavoro nel periodo compreso tra la data del licenziamento illegittimo e quella della reintegrazione nel suo primo posto di lavoro. In tale ultima ipotesi, la Corte afferma che il lavoratore non può far valere, nei confronti del suo primo datore di lavoro, i diritti alle ferie annuali corrispondenti al periodo durante il quale egli ha occupato un altro posto di lavoro (punto 79). La Corte riprende le conclusioni dell'Avvocato Generale (punto 59), secondo il quale, in tali specifiche circostanze, percepire il pagamento *integrale* dell'indennità finanziaria da parte del primo datore di lavoro comporterebbe un accumulo di diritti alle ferie annuali retribuite che non riflette più la finalità effettiva del diritto (39). Si potrebbe aggiungere, sempre secondo l'Avvocato Generale, che in tali specifiche circostanze il lavoratore ha avuto l'opportunità di riposarsi rispetto allo svolgimento del lavoro cui era tenuto in forza del nuovo contratto di lavoro o ha, se del caso, il diritto di ricevere dal nuovo datore di lavoro l'indennità finanziaria per il periodo di lavoro svolto in forza di tale contratto (punto 61 delle conclusioni). In altri termini, secondo la Corte, nel caso del lavoratore licenziato, reintegrato dal giudice e non ammesso al lavoro, questi non ha alcuna altra fonte di reddito né garanzia del diritto alle ferie: ed è per questo motivo che in forza del ricostituito rapporto di lavoro può vantare il diritto alle ferie. Invece, nel caso in cui egli *medio tempore* lavora alle dipendenze di altro datore di

be la conseguenza che un avvenimento fortuito comporterebbe retroattivamente la perdita totale del diritto stesso alle ferie annuali retribuite, quale sancito dal suddetto art. 7 (vd., in tal senso, C. Giust. 12.6.2014, C-118/13, *Bollacke*, punti 25, 26 e 30).

(38) *Contra*: Cass. 29.11.2016, n. 24270, in *MGC*, 2016; T. Venezia 23.7.2020, n. 198, in *Redazione Giuffrè*, 2020.

(39) Secondo l'Avvocato Generale: «Ciò si spingerebbe anche oltre il principio stabilito dalla Corte in cause come la causa *Dicu*, segnatamente che il diritto del lavoratore alle ferie annuali retribuite non dovrebbe essere pregiudicato a causa di fatti indipendenti dalla sua volontà. Così come il lavoratore non dovrebbe essere penalizzato a tal riguardo a causa di un atto illecito commesso dal datore di lavoro che ha disposto il licenziamento, lo stesso lavoratore non dovrebbe essere compensato ottenendo un'indennità finanziaria per ferie annuali retribuite di importo superiore a quella cui avrebbe avuto diritto se non fosse stato in primo luogo licenziato» (punto 60 delle conclusioni).

lavoro, ne è retribuito e matura il diritto alle ferie, talvolta addirittura fruendone effettivamente, appare poco logico riconoscergli un secondo diritto alla maturazione delle ferie (che in questo modo si duplicano) a carico del primo datore di lavoro.

In conclusione, secondo la Corte la continuità giuridica del rapporto di lavoro fa sorgere il diritto alle ferie anche nei periodi di mancata attività lavorativa per causa addebitabile al datore di lavoro. Per il caso che il diritto alle ferie non sia più esigibile, il lavoratore ha diritto a un'indennità in denaro per le ferie annuali non godute soltanto al momento della cessazione del rapporto di lavoro (40) salvo la concomitante instaurazione di un rapporto di lavoro con un diverso datore di lavoro.

Riferimenti bibliografici

- Bellomo S. (2019), *La reintegrazione giudiziale fa «risorgere» il diritto alle ferie?*, in *RIDL*, II, 525 ss.
- Bologna S. (2018), *Mora del creditore, esternalizzazione e profili di legittimità costituzionale*, in *q. Riv.*, II, 330 ss.
- D'Addio F. (2019), *Le ferie annuali retribuite: diritto sociale essenziale o autonomo privilegio di status?*, in *ADL*, n. 4, 771 ss.
- Dalla Casa M. (2019), *Rileggendo Massimo D'Antona alla luce della giurisprudenza europea su subordinazione e autonomia collettiva*, in *RIDL*, I, 375 ss.
- Del Punta R. (1990), *Infortunio malattia gravidanza*, in P. Schlesinger, *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 367 ss.
- Fenoglio A. (2019), *È compatibile con il diritto Ue il mancato riconoscimento delle ferie tra il recesso illegittimo e la reintegrazione*, in *GI*, n. 4, 908 ss.
- Genovesi O. (2019), *Convergenze interpretative in tema di diritti retributivi del lavoratore nella mora credendi*, in *q. Riv.*, II, 355 ss.
- Ghera E., Liso F. (1976), voce *Mora del creditore (Diritto del lavoro)*, in *ED*, vol. XXVI, 983 ss.
- Ghezzi G. (1965), *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Giubboni S. (2017), *Diritto del lavoro europeo*, Cedam, Padova.
- Gragnoli E. (2018), *Un libro storico: Ghezzi, La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, in *q. Riv.*, n. 1, I, 3 ss.
- Greco M.G. (2019), *Mora del creditore e rapporto di lavoro: la Corte costituzionale avalla la svolta delle Sezioni Unite sulla natura retributiva delle pretese del lavoratore*, in *RIDL*, II, 406 ss.
- Ichino P. (1984), *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro. I. Continuità, elasticità e collocazione temporale della prestazione lavorativa subordinata*, Giuffrè, Milano.
- Lunardon F. (1998), *Subordinazione e diritto del lavoro in Europa*, in *Europa e Diritto*, n. 1, 3 ss.
- Luzzana M. (1999), *Nozione comunitaria di lavoratore subordinato e rinvio alla normativa degli Stati membri*, in *OGL*, 79 ss.
- Maretti S. (2003), *L'incorporazione del diritto comunitario del lavoro. Le nozioni di datore di lavoro, lavoratore e rappresentanze dei lavoratori*, Giappichelli, Torino.

(40) Sentenza del 6.11.2018, C-569/16 e C-570/16, *Bauer e Willmeroth*, cit., punto 58.

- Marinelli M. (2018), *Mora del datore di lavoro e risarcimento del danno nella somministrazione illecita*, in *LG*, 705 ss.
- Mazzanti C. (2019), *Il diritto alle ferie retribuite nel dialogo tra la Corte di Giustizia dell'Unione europea e la giurisprudenza nazionale*, in *Labor*, n. 3, 287 ss.
- Rescigno S. (2018), *Riforma della sentenza di reintegrazione e ripetibilità delle somme: l'indennità ex art. 18, comma 4, St. lav. supera il vaglio di costituzionalità*, in *RIDL*, II, 831 ss.
- Roselli F. (2020), *Funzione riparatoria e funzione sanzionatoria della condanna conseguente al licenziamento illegittimo*, in *q. Riv.*, n. 1, II, 3 ss.
- Speziale V. (1992), *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, Bari.
- Tria L. (2019), *La Corte di Giustizia Ue sul diritto di ogni lavoratore alle ferie annuali retribuite: nella duplice configurazione di pilastro del diritto sociale dell'Unione e di diritto individuale sancito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 1, 32 ss.

Lucia Valente
Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro
presso la «Sapienza» Università di Roma

[CORTE DI GIUSTIZIA, 23.4.2020, C-507/18, Grande Camera](#) – Avv. Gen. Sharpston – N.H. c. Associazione Avvocatura per i diritti Lgbti - Rete Lenford.

Discriminazioni – Discriminazione collettiva – Assenza di vittime identificabili – Accesso all’occupazione – Dichiarazioni pubbliche – Politica di assunzione – Irrilevanza di una procedura di selezione in corso – Libertà di espressione.

Discriminazioni – Legittimazione ad agire – Associazioni rappresentative dell’interesse collettivo – Sanzioni – Effettività – Dissuasività – Risarcimento del danno non patrimoniale.

La nozione di «condizioni di accesso all’occupazione e al lavoro» contenuta all’art. 3, par. 1, lett. a, della Direttiva n. 2000/78 deve essere interpretata nel senso che in essa rientrano delle dichiarazioni rese da una persona nel corso di una trasmissione audiovisiva secondo le quali tale persona mai assumerebbe o vorrebbe avvalersi, nella propria impresa, della collaborazione di persone di un determinato orientamento sessuale, e ciò sebbene non fosse in corso o programmata una procedura di selezione di personale, purché il collegamento tra dette dichiarazioni e le condizioni di accesso all’occupazione e al lavoro in seno a tale impresa non sia ipotetico. (1)

La Direttiva n. 2000/78 deve essere interpretata nel senso che essa non osta a una normativa nazionale in virtù della quale un’associazione di avvocati, la cui finalità statutaria consista nel difendere in giudizio le persone aventi segnatamente un determinato orientamento sessuale e nel promuovere la cultura e il rispetto dei diritti di tale categoria di persone, sia, in ragione di tale finalità e indipendentemente dall’eventuale scopo di lucro dell’associazione stessa, automaticamente legittimata ad avviare un procedimento giurisdizionale inteso a far rispettare gli obblighi risultanti dalla direttiva summenzionata e, eventualmente, a ottenere il risarcimento del danno, nel caso in cui si verificano fatti idonei a costituire una discriminazione, ai sensi di detta direttiva, nei confronti della citata categoria di persone e non sia identificabile una persona lesa. (2)

(1-2) IL CASO N.H. I RIMEDI DEL DIRITTO AGLI ATTI LINGUISTICI
DI DISCRIMINAZIONE E LA LIBERTÀ DI FARE COSE CON LE PAROLE (*)

SOMMARIO: 1. Il caso e i confusi dubbi della Cassazione. — 2. La risposta della Corte di Giustizia, con gli argomenti dell’Avvocata Generale. — 3. Continuità e novità: la Corte fa propria la teoria degli atti linguistici? — 3.1. Continuità. — 3.2. Novità. — 3.3. Quale libertà?

(*) Questo contributo è stato ultimato il 31 ottobre 2020. In data 15.12.2020 è stata pubblicata la sentenza della Corte di Cassazione n. 28646, con cui la Corte ha rigettato integralmente il ricorso di N.H.

1. — *Il caso e i confusi dubbi della Cassazione* — Nel corso della sua partecipazione a una trasmissione radiofonica nell'ottobre del 2013, un avvocato, docente universitario ed ex parlamentare italiano (il sig. N.H. nella sentenza in commento), dopo aver espresso commenti in merito all'omosessualità e alle persone omosessuali in generale, dichiarava: «io ad esempio nel mio studio faccio una cernita adeguata in modo tale che questo non accada». Conduttore (C): «cioè, non ho capito, lei, se uno è omosessuale, non lo assume nel suo studio?». N.H.: «ah sicuramente no, sicuramente no [...] beh vabbè sarà discriminazione, a me non me ne frega niente». C: «cioè non ho capito, lei lo chiede, se fa un colloquio chiede “ma lei è frocio?”» N.H.: «no, lo capisco da solo: non c'è bisogno. Io ripeto, come sempre ho detto, io rispetto queste persone, non ho nessuna discriminazione; però i cavoli miei per cortesia... ognuno stia a casa sua». C: «ognuno stia a casa sua, d'accordo, ma uno che vuole lavorare da lei, lei non può mettere il paletto “non deve essere frocio”, scusi professo». N.H.: «no, no, io metto questo paletto sì, eh c'è questo paletto».

L'associazione Avvocatura per i diritti Lgbt - Rete Lenford, un'associazione di avvocati che ha come scopo statutario la tutela giudiziaria e la promozione culturale dei diritti delle persone Lgbt, ricorreva avanti al Tribunale del lavoro ritenendo che le dichiarazioni inerenti al rifiuto di assumere o collaborare con persone omosessuali costituissero una discriminazione ai sensi del d.lgs. n. 216/03, che recepisce la Direttiva n. 2000/78.

Con ordinanza del 6.8.2014, il giudice del lavoro di Bergamo accoglieva il ricorso, condannando N.H. a versare all'associazione 10.000 euro a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale e ordinando la pubblicazione dell'ordinanza per estratto su un quotidiano nazionale (1).

La decisione faceva propri gli argomenti di due precedenti della Corte di Giustizia, i casi *Feryn* e *Accept* (2), nei quali la Corte aveva stabilito che, anche in assenza di una vittima identificata, dichiarazioni pubbliche con le quali si manifesti l'intenzione di non assumere persone per un fattore vietato di discriminazione costituiscono una discriminazione diretta in materia di occupazione ai sensi delle Direttive n. 2000/43 e n. 2000/78.

L'ordinanza di Bergamo veniva confermata in appello (3), e N.H. ricorreva in Cassazione. Pur a fronte del parere del procuratore generale che proponeva la conferma della sentenza ricorso, la Corte sospendeva il giudizio, chiedendo l'intervento della Corte di Giustizia su due quesiti (4): il primo attinente ai requisiti per valutare la legittimazione ad agire dell'associazione ricorrente e il secondo in merito all'applicabilità del divieto di discriminazione al caso di specie, dove non era in atto, al momento delle dichiarazioni, una procedura di selezione.

Le due domande sono mal poste, sia per quanto riguarda il merito che per la loro formulazione.

(1) Su cui vd. Ranieri 2015; sia concesso anche il rinvio a Rizzi 2014.

(2) C. Giust. 10.7.2008, C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contro Firma Feryn NV*, EU:C:2008:397, di seguito e nel testo, *Feryn*, e C. Giust. 25.4.2013, C-81/12, *Asociația Accept contro Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, EU:C:2013:275, di seguito e nel testo, *Accept*. Per prospettive diverse su *Feryn*, vd. Strazzari 2008 e Izzi 2008; su *Accept*, vd. il commento di Calafà 2014.

(3) Sulla quale vd. Tomasi 2015.

(4) Il testo dell'ordinanza è reperibile in <https://www.questionegiustizia.it/data/doc/2520/cassazione-2018-pregiudiziale-omofobia.pdf>.

La domanda inerente alla legittimazione ad agire chiede, in sostanza, alla Corte di risolvere una questione a cui non può rispondere, se non con le precisazioni che si diranno.

Il dubbio della Cassazione sorge per via del silenzio del d.lgs. n. 216/03 (5), che, a differenza del d.lgs. n. 215/03 sulle discriminazioni per razza e origine etnica o della l. n. 67/2006 sulle discriminazioni per disabilità, non rimanda ad alcun registro delle associazioni legittimate ad agire né, a monte, individua i requisiti di iscrizione (così l'ordinanza di rinvio, punto 4.2.1).

Il diritto dell'Unione però non impone agli Stati membri di introdurre la cd. *actio popularis*, ovvero di prevedere la legittimazione ad agire di associazioni ed enti esponenziali a tutela di interessi collettivi, laddove la vittima della discriminazione lamentata non sia identificata o identificabile. La Corte di Giustizia ha già riconosciuto in *Feryn e Accept* tale limite (se si vuole, tale incongruenza) delle previsioni delle Direttive n. 2000/43 e n. 2000/78, le quali, se da un lato fanno rientrare nella nozione di discriminazione anche le discriminazioni senza vittime identificabili o identificate, non impongono agli Stati membri di predisporre una tutela giudiziale in proposito. L'obbligo eurounitario (art. 9 e Considerando 29) si limita a prevedere che il diritto nazionale possa introdurre la legittimazione ad agire in giudizio per gli enti collettivi a sostegno o su delega del soggetto discriminato (6).

Ne consegue che, quando il diritto nazionale in sede di recepimento eleva lo standard di tutela riconoscendo alle associazioni un'azione autonoma (per l'Italia l'art. 5, c. 2, del d.lgs. n. 216/2003, per quanto riguarda, tra gli altri, il fattore dell'orientamento sessuale), i requisiti per stabilire quali soggetti siano titolati ad azionarla non possono che essere determinati dall'ordinamento di ogni singolo Stato membro.

Il quesito sembra anche sovrapporre la questione della legittimazione attiva con la questione del risarcimento del danno. Si tratta di profili diversi, ancorché connessi. La «domanda risarcitoria» – questione di certo rilevante a livello interno – cui si riferisce il quesito può avere origine e fondamento diversi da un caso all'altro. Può trattarsi di una domanda di risarcimento per un danno direttamente subito dall'associazione o può trattarsi di un risarcimento/indennizzo in funzione dissuasiva e sanzionatoria, e dunque, apparentemente, scollegato da una effettiva lesione subita da una associazione. La Cassazione non specifica a quale ipotesi si riferisca e menziona solo l'art. 9 della Direttiva, che non ha attinenza con la questione dei rimedi individuabili per ripristinare l'eguaglianza, che è disciplinata invece dall'art. 17, rispetto al quale invece non solleva alcun dubbio interpretativo.

Cercando di sbrogliare la matassa di questioni aggrovigliate nella domanda, si può dire che la Cassazione chiede alla Corte di Giustizia se il diritto dell'Unione può fornire criteri per determinare se un'associazione sia *automaticamente* qualificabile come portatrice di un interesse collettivo e quale associazione di tendenza laddove dichiara nel suo Statuto «il fine di promuovere la cultura e il rispetto dei diritti della categoria»; e se, per essere tale, debba essere un'associazione senza scopo di lucro.

Il dubbio inerente allo scopo di lucro sorge (punto 4.2.3 dell'ordinanza) dalla lettura

(5) L'art. 5 del d.lgs. n. 216/2003 ha una formulazione particolarmente ampia e attribuisce la legittimazione attiva alle «associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso» anche (c. 2) «nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione», senza prevedere criteri particolari.

(6) Sul punto, vd. Farkas 2010.

della Raccomandazione della Commissione europea dell'11.6.2013, relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione (7): la raccomandazione propone che le associazioni designate dagli Stati a proporre azioni rappresentative non dovrebbero (punto 4, lettera *a*) avere scopo di lucro.

La domanda, come formulata, è però un *nonsens*, posto che il fine di promuovere «la cultura e il rispetto dei diritti della categoria» non realizza alcun effetto (né automatico, né non automatico) rispetto alla finalità di lucro, ben potendo detto fine essere perseguito secondo criteri di economicità o secondo un criterio *no profit*. Né una indicazione può ricavarsi dal fatto che si tratta di associazione «composta da avvocati specializzati nella tutela giudiziale», posto che tale fine statutario non contrasta con quello della promozione della cultura e il rispetto dei diritti delle persone Lgbti, e gli avvocati, pur esercitando professionalmente la tutela in giudizio, ben possono operare senza scopo di lucro, eventualmente associandosi a tal fine.

Per superare delle difficoltà tutte *interne*, la Cassazione interroga la Corte di Giustizia in merito a questioni che possono trovare solo parziali indicazioni dal diritto eurounitario e senza formulare in modo chiaro i dubbi interpretativi a fondamento della richiesta di intervento.

La seconda domanda tratta del profilo di novità del caso *N.H.* rispetto ai due precedenti della Corte citati. La novità è però in parte solo apparente perché, come si dirà subito, riguarda elementi di fatto che distinguono la vicenda in esame da *Feryn* e *Accept*, ma non i principi di diritto elaborati dalla Corte, che avevano costituito la base argomentativa delle decisioni di Bergamo e Brescia.

È vero che, sia in *Feryn* che in *Accept*, i fatti di causa indicavano che le dichiarazioni oggetto di contestazione erano state rilasciate in concomitanza di una procedura di selezione del personale (*Feryn*) e l'ingaggio di un calciatore nella stagione del cd. calciomercato (*Accept*).

Una lettura più attenta delle due decisioni consentiva però di comprendere che tale elemento non fosse stato dirimente nel ragionamento della Corte. Il divieto di discriminazione veniva chiamato a dispiegare i suoi effetti sanzionatori non (solamente) perché le dichiarazioni avevano inciso o avrebbero potuto incidere su una determinata selezione, ma per la rilevanza che esse assumevano in relazione al corretto funzionamento nel mercato del lavoro (che non tollera discriminazioni), laddove siano associate a un soggetto economico che vi operi, «in quanto siffatte dichiarazioni sono idonee a dissuadere fortemente determinati candidati dal presentare le proprie candidature e, quindi, a ostacolarne l'accesso al mercato del lavoro» (8). Se in *Feryn* la Corte si era dovuta occupare di applicare questo principio alla fase della selezione (come si evince già dalla rubrica della sentenza, dove è indicato «criteri discriminatori di selezione del personale», in *Accept*, la Corte ne aveva già dato applicazione in riferimento alle «condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro». Sulla questione si ritornerà nel par. 4.1.

Proprio i fatti del caso *Accept* e la risposta data in quel caso dalla Corte di Giustizia potevano aiutare la Cassazione a comprendere l'irrelevanza della sussistenza di una selezione

(7) *GU Ue*, 2013, L 201, 60.

(8) *Feryn*, punto 28.

in corso al fine di qualificare come discriminatorie le dichiarazioni di N.H. In *Accept*, è pacifico che nella fase di apertura della sessione di calciomercato una società non sia tenuta a fare «acquisti» e che «il sistema di assunzione dei calciatori professionisti non si basa su un'offerta pubblica o su una trattativa diretta in seguito a una procedura di selezione che presuppone il deposito di candidature e una preselezione di queste in funzione dell'interesse che presentano per il datore di lavoro» (punto 45). Se fosse stato dirimente o meno l'ingaggio di un professionista in particolare, la questione non avrebbe avuto anche rilievo collettivo, ma la causa sarebbe stata promossa dal calciatore il cui ingaggio era saltato in ragione delle dichiarazioni rese dal patron. La Corte, in punto di prova liberatoria, non richiedeva che la società calcistica rivelasse l'omosessualità di alcuni suoi calciatori o dimostrasse in qualche modo di assumere persone omosessuali, ma semplicemente che si distanziasse in modo netto dalle dichiarazioni del suo patron, ovvero dimostrasse che quindi nessuno poteva essere dissuaso da esse.

Si potrebbe essere portati a pensare che un'analisi approfondita dei precedenti non sia stata effettuata dalla Cassazione, tanto da farle ritenere che la particolarità del caso giustificasse un coinvolgimento della Corte di Giustizia. È, di nuovo, l'argomentazione a fondamento della domanda a generare perplessità.

La Corte ritiene che l'assenza di una qualsivoglia selezione del personale in corso sia elemento decisivo a ritenere non sanzionabili le dichiarazioni di N.H., così da evitare che la «direttiva [...] sanzioni la mera manifestazione di un'opinione che, per quanto criticabile e non condivisibile, sia rimasta del tutto avulsa da una selezione discriminatoria del personale». La Corte, dunque, sembra ritenere che le dichiarazioni oggetto della vicenda principale non abbiano alcun potere lesivo e non siano idonee a influire negativamente sulle possibilità di accesso all'occupazione per le persone omosessuali, né che facciano presumere che tale sia la politica di assunzione praticata.

Nell'illustrazione della questione, la Cassazione chiarisce che, a suo dire, la normativa antidiscriminatoria «non appare volta ad apprestare i mezzi processuali per la tutela dell'onore, della reputazione o dell'identità personale di cui siano titolari i citati soggetti [le persone omosessuali: *n.d.a.*]». La normativa antidiscriminatoria non disporrebbe poi degli strumenti volti a tutelare la libertà di manifestazione del pensiero, né intenderebbe limitarla (ordinanza di rinvio, punto 5.2.2).

L'argomentazione risulta contraddittoria e non condivisibile. La Corte sembra anzitutto non capire che, se la fattispecie è estranea all'ambito di applicazione del divieto di discriminazione, quello che segue (la necessità di un bilanciamento) non si pone. E ancora, la Corte dimentica che la normativa antidiscriminatoria tutela proprio la dignità dei lavoratori e delle lavoratrici e la loro identità personale (e quindi anche la loro libertà di esprimere chi si è, come si dirà), e che le direttive antidiscriminatorie presuppongono esplicitamente l'insieme di principi e diritti fondamentali che devono essere bilanciati con il divieto di discriminazione (la salute e sicurezza pubbliche e l'insieme degli altri diritti fondamentali, previsti dalla stessa Direttiva all'art. 2, par. 5, e al Considerando 1).

Quello che si deve stabilire è se le dichiarazioni rese rientrano nell'ambito oggettivo di applicazione del divieto e costituiscano uno svantaggio in ragione di uno dei fattori vietati, e valutare – ma solo a questo punto – la necessità di bilanciamento con altre esigenze.

La Corte, dimenticando quanto detto già dalla Corte di Giustizia in merito al potere lesivo delle dichiarazioni discriminatorie inerenti alle politiche di assunzione, toglie a N.H. l'*habitus* del datore di lavoro, per vestirlo di quello del cittadino qualunque che esprime

un'opinione. Sembra poi rendersi conto che il passaggio è troppo sbrigativo e per ricondurre la questione nell'ambito del «lavoro» richiama la libertà di impresa e il precedente *Achbita* della Corte di Giustizia (par. 5.2.4 dell'ordinanza di rinvio). Facendolo, inciampa. In *Achbita* (9), la Corte di Giustizia aveva ritenuto che una politica (prestabilita) di neutralità che impedisse la visibilità di simboli di affiliazione religiosa per i dipendenti sul luogo di lavoro fosse compatibile con il divieto di discriminazione. La Corte aveva ritenuto che a prevalere fosse la libertà dell'impresa a dare, verso l'esterno, un'immagine di neutralità. Il paragone tra i due casi non regge, dato che non sussiste alcuna razionale analogia tra una (legittima, almeno secondo la Corte di Giustizia) politica di neutralità (che, secondo una concezione formale dell'eguaglianza, tratta tutti nello stesso modo) e una politica di assunzioni omofoba (che svantaggia le persone omosessuali). Ma soprattutto, la scelta della Corte di Giustizia di riferirsi in *Achbita* alla libertà di impresa (all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue) e non alla libertà di espressione (pur tutelata dall'art. 11 della Carta) doveva ricordare alla Cassazione che, come si dirà, le due libertà non sono sovrapponibili.

2. — *La risposta della Corte di Giustizia, con gli argomenti dell'Avvocata Generale* — La Corte di Giustizia tratta per prima la seconda questione prospettata dalla Cassazione: quella attinente alla riconducibilità delle dichiarazioni oggetto del procedimento nell'ambito di applicazione degli artt. 2 e 3 della Direttiva.

Le ragioni per invertire l'ordine prospettato dalla Cassazione possono essere due. Da un lato, se la questione dell'*actio popularis* riguarda solo alcuni Stati membri (quelli che l'hanno introdotta, andando oltre il dettato minimo del diritto dell'Ue), la riconducibilità delle dichiarazioni al divieto di discriminazione è tema generale che interessa l'interpretazione della direttiva per tutti gli Stati membri. Dall'altro, come detto, la Corte non può dare una risposta «piena» alla prima domanda e non ha neanche l'esigenza del giudice del processo di determinare anzitutto se sussiste la legittimazione ad agire.

La decisione e le conclusioni dell'Avvocata Generale (di seguito, A.G.) seguono un percorso identico, e la Corte fa proprie molte delle considerazioni dell'A.G.

Entrambe ribadiscono che è pacifico che, «qualora la Direttiva n. 2000/78 sia applicabile, i fatti della presente causa, così come presentati alla Corte, siano tali da integrare una discriminazione diretta. È evidente che una persona omosessuale interessata a lavorare nello studio legale di N.H. si vedrebbe accordare un trattamento meno favorevole, ossia non sarebbe assunta, a motivo del suo orientamento sessuale, rispetto a un'altra persona in una situazione analoga» (10).

La Corte ricorda subito che con la sua giurisprudenza ha attribuito un significato ampio all'espressione «accesso al lavoro», affermando che «la nozione di accesso a un lavoro non concerne solo le condizioni esistenti prima del sorgere di un rapporto di lavo-

(9) C. Giust. 14.3.2017, *Centrum voor Gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions*, conosciuta come *Achbita*, su cui si veda Protopapa 2017.

(10) Così l'A.G. al punto 33 delle sue conclusioni, mentre la Corte (punto 28) assume come pacifica tale valutazione: «nel procedimento principale viene in discussione non già la questione se le dichiarazioni rese da N.H. rientrino nella nozione di discriminazione, così come definita dalla prima delle disposizioni sopra citate, bensì se, tenuto conto delle circostanze nelle quali tali dichiarazioni sono state effettuate, esse rientrino nell'ambito di applicazione materiale di detta direttiva».

ro», ma anche i fattori che influenzano la decisione di una persona di accettare o meno un'offerta di lavoro (11).

La Corte, richiamati gli stessi rilievi dell'A.G. in merito a quanto già statuito nei precedenti *Feryn e Accept* (punti 40 e 41), arriva quindi rapidamente ad affermare che (punto 42) «neppure il fatto che nessuna trattativa ai fini di un'assunzione fosse in corso allorché le dichiarazioni in questione sono state rese esclude la possibilità che dichiarazioni del genere rientrino nell'ambito di applicazione materiale della Direttiva n. 2000/78».

Quello che si deve stabilire, nel caso di specie, è se esiste un nesso, un collegamento sufficiente, non ipotetico, tra le dichiarazioni rese e le politiche di assunzione di un determinato datore di lavoro. L'elemento più rilevante di *N.H.* sta nel fatto che «l'esistenza di tale collegamento deve essere valutata dal giudice nazionale adito nell'ambito di una valutazione globale *delle circostanze caratterizzanti le dichiarazioni in questione*» (12).

Sono tre i criteri che la Corte indica ai giudici nazionali per risolvere le controversie concrete sottoposte al loro giudizio. Lo *status* dell'autore delle dichiarazioni: si deve accertare se (punto 44) «egli stesso è un potenziale datore di lavoro, oppure che egli è, di fatto o in diritto, capace di esercitare un'influenza determinante sulla politica di assunzioni, ovvero su una decisione di assunzione, di un potenziale datore di lavoro, oppure che egli è, quantomeno, suscettibile di essere percepito dal pubblico o dagli ambienti interessati come capace di esercitare un'influenza siffatta, a prescindere dalla capacità giuridica di definire la politica di assunzioni».

Le dichiarazioni poi (punto 45) «devono essere riferite alle condizioni di accesso all'occupazione presso il datore di lavoro di cui trattasi e devono dimostrare l'intenzione di tale datore di lavoro di discriminare sulla base di uno dei criteri previsti dalla Direttiva n. 2000/78».

Infine, rileva il contesto in cui le dichiarazioni sono rese, il loro carattere pubblico o privato, o anche che esse siano state oggetto di diffusione tra il pubblico, quale che ne sia il mezzo.

A queste condizioni, esse non potranno essere qualificate come mere opinioni e beneficiare della tutela del diritto alla libertà di espressione. Tale diritto – precisa la Corte per rispondere ai dubbi della Cassazione – è, come si è detto, presupposto dallo stesso diritto antidiscriminatorio (13), ma incontra i limiti comuni alle norme nazionali e internazionali che trattano del diritto alla libertà di espressione (i principi di riserva di legge, della tutela del nucleo essenziale del diritto, di proporzionalità e necessità).

Nel caso di specie, è la direttiva a disporre una tale limitazione; essa interferisce con atti linguistici discriminatori limitatamente alle condizioni di lavoro; la limitazione è necessaria al fine di perseguire l'obiettivo della direttiva a rimuovere le discriminazioni in ragione dell'orientamento sessuale dal mercato del lavoro, senza eccedere quanto è necessario per raggiungere tali obiettivi (14).

Il datore di lavoro (nell'accezione di tale nozione individuata dal primo dei tre criteri

(11) Vd. C. Giust. 13.7.1995, *Meyers*, C-116/94, EU:C:1995:247, punto 22. In dottrina, vd. Ellis, Watson 2012, 287.

(12) *N.H.*, punto 43, corsivo mio.

(13) *N.H.*, punto 48.

(14) Si vd. anche la dettagliata ricostruzione della giurisprudenza della Corte in merito alla portata della deroga di cui all'art. 2, par. 5, della Direttiva al par. 74 delle conclusioni dell'A.G.

illustrati dall'A.G. e dalla Corte) che dichiara di non volere assumere persone in ragione del loro orientamento sessuale (ma potrebbe essere perché sono donne, persone con disabilità, oppure musulmani o cristiani o vecchi) non sta esprimendo un'opinione, ma sta esprimendo una politica di assunzione discriminatoria. Se tali dichiarazioni potessero sfuggire alla nozione di discriminazione ed essere ricondotte nella sfera della libera espressione di un'opinione, «l'essenza stessa della tutela concessa da detta direttiva in materia di occupazione e di lavoro potrebbe divenire illusoria» (punto 54).

Più sintetica è la risposta alla prima questione prospettata dalla Cassazione. La Corte riformula in parte il quesito della Cassazione, eludendo l'automatismo prospettato dal giudice del rinvio tra il fine di promuovere i diritti delle persone Lgbt e il carattere *no profit* dell'associazione (punto 59). La Corte ribadisce che è il diritto nazionale a stabilire quali siano i criteri per riconoscere ai soggetti collettivi la legittimazione ad agire nel caso di discriminazioni senza vittima identificabile. Ma ricorda anche che, se l'art. 9 della Direttiva non esige che sia prevista tale opzione, l'art. 8 (come la Corte ha già detto nei suoi precedenti) non osta a che gli Stati membri introducano o già prevedano una tale forma di tutela. Sono gli Stati a stabilire se l'associazione ricorrente debba avere o meno scopo di lucro (ma il diritto dell'Ue non osta né a che l'associazione abbia scopo di lucro né che non l'abbia). La Corte non tratta neanche della questione del risarcimento del danno (su cui ci aveva già dato indicazioni chiare ai punti 35 ss. di *Feryn*), limitandosi a ribadire che è lo Stato membro a prevedere, a norma dell'art. 17, quali siano le sanzioni in caso di discriminazione senza una vittima identificabile; ma anche che tale previsione impone che esse siano effettive, proporzionate e dissuasive.

3. — *Continuità e novità: la Corte fa propria la teoria degli atti linguistici?* —

3.1. — *Continuità* — Come è stato sottolineato, «il caso *N.H.* [...] non poteva che concludersi così» (15). La sentenza si pone certamente in una chiave di continuità con quanto affermato in precedenza dalla Corte.

Tra i dettagliati interventi già pubblicati (16), c'è chi ha efficacemente illustrato come i soggetti collettivi siano i protagonisti «dell'istituzionalizzazione, proceduralizzazione ed espansione» dei divieti di discriminazione dell'ordinamento dell'Ue (17), ricordandoci che il diritto (il contenuto e il significato delle norme e la loro elaborazione nei processi *giuridici*) è il risultato dell'azione di comunità normative – le *normic communities* di Robert Cover nel celebre saggio *Nomos and Narratives* del 1983 – e comunità politiche che correggono le ipotesi di «cattivo funzionamento» della negoziazione politica tra i gruppi (l'esclusione dei soggetti discriminati) (18).

Non si possono in questa sede approfondire i profili inerenti alla legittimazione ad agire e al risarcimento del danno. Sul primo, qualcosa in più si ritrova nelle conclusioni dell'A.G. (punti 93 ss.). Si tratta, per entrambi, di questioni in larga parte connesse al diritto interno che, con l'art. 5, c. 2, d.lgs. n. 216/03, riconosce in capo ai soggetti collettivi un interesse proprio collegato alle finalità generali perseguite in virtù dello scopo associativo. Come è

(15) Peruzzi 2020, 368.

(16) Recchia 2020.

(17) Passalacqua 2020.

(18) Barbera 2019, 10.

stato osservato, l'interesse del soggetto collettivo che agisce «coincide, in questo caso, con l'interesse dell'insieme di coloro che sono o possono essere destinatari del trattamento che si presume discriminatorio». È la constatazione che tali realtà si impegnano quotidianamente nella costruzione dei gradini della scala che conduce all'eguaglianza che i) attribuisce loro una sfera giuridica determinata, intaccata dalla condotta di chi prova a danneggiare quella scala per impedire che sia salita, e ii) rende predicabile la risarcibilità di un danno anche non patrimoniale a loro favore quale soggetto danneggiato dalla discriminazione. Vengono quindi in rilievo (ma, appunto, in un momento successivo) le ulteriori considerazioni in merito ai criteri per la quantificazione del risarcimento del danno non patrimoniale, ed esse impongono, stanti i parametri eurounitari di effettività e dissuasività, una riflessione che deve guardare, se non alla natura punitiva del danno, quantomeno alla funzione deterrente della responsabilità civile (19). Varrà la pena ritornare su entrambe le questioni anche all'esito del giudizio di Cassazione.

Nel merito della decisione, il motivo per cui le dichiarazioni costituiscono una discriminazione anche in assenza di una vittima identificabile risiede esattamente nella loro idoneità – a determinate condizioni – ad alterare le regole di funzionamento del mercato, dissuadendo gli appartenenti a determinati gruppi dal presentare una candidatura perché sanno già che verranno esclusi. Tanto basta a determinare uno svantaggio giuridicamente rilevante, che si pone in contrasto con l'obiettivo della direttiva stessa di assicurare l'occupazione su un piano di eguaglianza.

Non si tratta di trasfigurare (20) l'interesse protetto, spostandolo dal diritto fondamentale alla non discriminazione del soggetto discriminato al corretto funzionamento del mercato. L'ordinamento dell'Ue pone in costante relazione l'ideale del pieno rispetto della persona umana e delle differenti caratteristiche di cui è portatrice (l'eguaglianza) con la convenienza economica di un mercato del lavoro inclusivo. Ma non è una concezione mercantile dell'eguaglianza quella che la Corte ribadisce in *N.H.* La discriminazione in ambito lavorativo non è tollerata perché (punto 37) «l'occupazione e il lavoro costituiscono elementi chiave per garantire a tutti pari opportunità e contribuiscono notevolmente alla piena partecipazione dei cittadini alla vita economica, culturale e sociale e alla realizzazione personale [...] assicurano il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale, la solidarietà e la libera circolazione delle persone».

N.H. fa comprendere che la tutela antidiscriminatoria del libero accesso all'occupazione non inizia quando il datore di lavoro comunica un avviso di selezione (quando il datore di lavoro *chiama*) per due ragioni: una di *realtà* (è noto che l'avvio di una collaborazione tra uno studio legale e un professionista sia preceduta, nella maggior parte dei casi, dall'iniziativa del futuro collaboratore che trasmette il curriculum e si propone) e una che attiene al fatto *giuridico* che il rapporto di lavoro nasce dall'accordo tra due parti la cui libertà negoziale dovrebbe essere garantita non soltanto in ogni momento del processo stesso di formazione dell'accordo, ma anche nella fase prenegoziale.

L'ordinamento non assicura a ognuno/a la realizzazione delle proprie aspettative in campo professionale, ma assicura loro che il proprio orientamento sessuale non potrà incidere negativamente sull'esercizio della propria libertà negoziale e sulle *chances* di realizza-

(19) Malzani 2016. Sul punto, vd. Cass. 5.4.2017, n. 16601, S.U.

(20) Strazzari 2008, 780.

zione professionale né in termini qualitativi né in termini quantitativi. La dichiarazione di una politica di assunzione discriminatoria viola prima di tutto la libertà negoziale, condizionando illegittimamente il processo formativo della volontà di esercitarla.

È una concezione dell'eguaglianza che tutela la reale possibilità di scelta delle persone quella che emerge, con il conseguente obbligo per i poteri pubblici di rimuovere o prevenire gli ostacoli allo sviluppo delle capacità umane fondamentali e alla piena realizzazione dei progetti di vita delle persone (21).

La Corte non introduce una nuova tipologia di discriminazione (sempre di discriminazione diretta si tratta) (22) ma, come già fatto per esempio con la nozione di discriminazione per associazione, prende sul serio (23) il giudizio antidiscriminatorio, quale strumento di diagnosi sociale capace di intercettare tutte le modalità in cui la discriminazione si realizza, e poi i divieti di discriminazione, azionandoli come correttivi della diseguaglianza.

È vero però che la nozione di discriminazione diretta e di accesso al lavoro che la Corte propone in *Feryn*, *Accept* e *N.H.* non era stata immaginata dal legislatore dell'Ue. A questa conclusione possiamo arrivare per via dell'incongruenza in punto di legittimazione ad agire: la discriminazione senza vittime identificabili rientra nell'ambito di operatività del divieto, ma non ci sono gli strumenti per azionare la tutela. Nel nostro ordinamento, la questione non solleva peraltro difficoltà interpretative, posto che è il diritto positivo (art. 5, c. 2, d.lgs. n. 216/03) a riconoscere che la discriminazione può riguardare una platea non identificabile di soggetti, assicurando con la legittimazione ad agire delle associazioni e delle organizzazioni sindacali l'effettività dell'*enforcement* del divieto di discriminazione.

3.2. — *Novità* — A parere di chi scrive, è possibile individuare in *N.H.* elementi nuovi che innalzano il livello di protezione offerto dalla tutela antidiscriminatoria.

In *Feryn*, la Corte è in bilico tra due posizioni: tra l'affermare che le dichiarazioni sono discriminatorie in quanto dissuasive di per sé e il ritenere che lo siano in quanto idonee a dimostrare che tale sarebbe la prassi aziendale in materia di assunzioni seguita per la selezione annunciata. In *N.H.* (ma, in modo meno nitido, già in *Accept*), la Corte focalizza la sua analisi sulle condizioni che devono sussistere perché le dichiarazioni siano riconducibili all'ambito di applicazione del divieto di discriminazione. Che tale sia la politica di assunzione di *N.H.* è dato per assunto (perché è *N.H.* a dichiararlo), ma la valutazione del caso non riguarda l'applicazione della politica dichiarata a una selezione. È una fase precedente alla selezione, quella dell'accesso all'occupazione, sulla quale incidono le dichiarazioni e nella quale il diritto alla non discriminazione è invocato a dispiegare il suo effetto.

La Corte sembra accogliere nell'alveo del diritto antidiscriminatorio la teoria degli atti linguistici, che già l'A.G. Maduro aveva provato, senza riuscirci appieno, a far recepire alla Corte in *Feryn*.

Secondo la teoria degli atti linguistici ogni enunciato è un atto. Per quello che interessa e si può approfondire in questa sede, gli atti linguistici possono essere distinti in atti descrittivi o performativi; questi ultimi sono gli enunciati con i quali il soggetto che pronun-

(21) Così Barbera (2019, 13, nota 17), richiamando le tesi di Sen e Nussbaum.

(22) Come invece sostiene Bilotta (2018), parlando di discriminazione diffusa e di interessi diffusi.

(23) L'espressione è di Izzi (2008).

cia la frase non si limita a descrivere uno stato di realtà ma vuole incidere su di essa con una determinata *forza* e cambiarla. Si parla in particolare di atti performativi illocutori per indicare quegli atti a contenuto dichiarativo che realizzano un'alterazione della realtà in ragione della forza che è loro attribuita sulla base di elementi convenzionali. Dire «Piove» è l'azione di descrivere una condizione metereologica (descrittivo). L'enunciato «Io ti battezzo» pronunciato da un prete in una chiesa è l'atto del battezzare, e per il solo fatto che è pronunciato realizza il battesimo: è un atto illocutorio (24).

In *Feryn*, come si è anticipato, la Corte lasciava al datore di lavoro la possibilità di dimostrare che la politica discriminatoria dichiarata non corrispondeva alla prassi effettiva di assunzione praticata in azienda. L'atto linguistico costituiva una presunzione – sufficiente – per accertare giudizialmente la discriminazione. Poteva però sussistere un fatto in più, rispetto a quelli contenuti nell'atto linguistico, per non far scattare la tutela antidiscriminatoria.

In *N.H.*, la Corte non richiama la possibilità del datore di lavoro di dimostrare che la prassi aziendale di assunzioni non corrisponda alle dichiarazioni rese.

Le tre condizioni in base alle quali le dichiarazioni oggetto del procedimento costituiscono in sé una discriminazione (e non sono meramente ipotetiche) riflettono le cd. condizioni di felicità dell'atto linguistico illocutorio (realizzano la dissuasione), ovvero una serie di fatti attinenti all'atto pronunciato, che ne consentono l'efficacia (la felicità) (25). Per il diritto, la sussistenza delle tre condizioni individua i fatti che provano la discriminazione e, al tempo stesso, i fatti che il convenuto dovrà confutare. Non si deve più ricercare *altrove* la prova liberatoria, ma il convenuto dovrà dimostrare che non sussista anche una sola delle tre condizioni.

A parere di chi scrive, individuando le tre condizioni descritte, la Corte non nega il potere lesivo che l'atto linguistico produce nel momento stesso in cui è pronunciato (26), ma semplicemente individua i criteri e i limiti in base ai quali il suo potere lesivo diventa rilevante per l'ordinamento.

La verifica della non ipoteticità del collegamento tra le dichiarazioni e una determinata realtà di impresa non riguarda la prassi aziendale effettivamente praticata, ma la pertinenza delle dichiarazioni in relazione all'ambito di applicazione oggettivo in cui vige il divieto di discriminazione, allo svantaggio che esse contengono e, trattandosi di uno svantaggio determinato dalla capacità dissuasiva a presentare la propria candidatura, alla loro idoneità a raggiungere i soggetti che possono essere dissuasi. È quindi la necessità di ricondurre le dichiarazioni nell'ambito di applicazione del divieto di discriminazione della direttiva e nella definizione di discriminazione a imporre, condivisibilmente, al giudice di accertarne il carattere non ipotetico.

(24) Elaborata inizialmente da John L. Austin nel celebre *Come fare cose con le parole* (1962) e poi sistematizzata da John Searle in *La teoria degli atti linguistici* (1969), la teoria degli atti linguistici ha trovato applicazione in ambito giuridico nelle teorie della subordinazione della donna (anche in riferimento alla rappresentazione della donna nella pornografia) con Catherine A. MacKinnon in *Only words* (1993). Tale filone di analisi è stato ripreso in modo sistematico da Langton nei contributi citati nelle note seguenti ed esteso anche al tema del discorso d'odio (da ultimo 2018), su cui si veda anche Bianchi (2015).

(25) Se un enunciato costituisce un atto, esso non può essere vero o falso, ma può riuscire o meno. Le condizioni per la riuscita di un'azione sono definite da Austin come condizioni di felicità.

(26) Così invece Peruzzi 2020.

Quando la Corte si riferisce in *N.H.* alla riconducibilità delle dichiarazioni a un determinato datore di lavoro non intende riproporre la difesa *Feryn*, proprio perché non c'è alcuna selezione in corso e quindi il datore di lavoro mai potrà dimostrare che le dichiarazioni non corrispondono alla prassi effettivamente applicata alla selezione a cui si riferiscono. In *N.H.*, la Corte si limita a indicare che le dichiarazioni devono essere riconducibili al convenuto e al settore in cui egli opera, posto che il criterio dello *status* è interpretato in senso ampio e il divieto di discriminazione opera in relazione all'accesso all'occupazione. Non sarebbe così se la dichiarazione fosse resa da un bambino di dieci anni o da un fiorista, senza alcun legame con la categoria degli avvocati. Non sarebbe così se si trattasse di accesso a beni e servizi, e perciò dire «Nel mio bar non possono entrare persone omosessuali» non troverebbe sanzione nella direttiva antidiscriminatoria (altro discorso è se non trovi sanzione in altri settori dell'ordinamento, ma non è un aspetto che può trattarsi qui).

3.3. — *Quale libertà?* — I tre criteri a condizione dei quali le dichiarazioni di *N.H.* non sono da ritenersi ipotetiche identificano anche le garanzie della libertà di espressione, consentendoci di distinguere le opinioni discriminatorie che l'ordinamento tutela e quelle che non rientrano nella libertà di espressione.

Come ci insegna la teoria degli atti linguistici, l'*habitus* (l'*autorità*, nella tassonomia di Austin) che indossa il parlante cambia la tipologia dell'atto linguistico che è pronunciato e gli effetti che esso produce, e l'ordinamento quindi può prevedere diversi riflessi giuridici. Se un *reporter* scrive in un articolo «In Sudafrica, le persone di colore non possono votare» riferendosi all'*apartheid*, compie un atto linguistico descrittivo. Se lo stesso enunciato è formulato dal legislatore, esso compie un atto linguistico illocutorio, ovvero promulga una legge che vieta alle persone di colore di votare. È pacifica la legittimità giuridica dell'atto linguistico del *reporter*, mentre la legge promulgata dal legislatore sarebbe giudicata incostituzionale. Mentire non è, di per sé, illegale. Farlo in un processo quando si è un teste lo è.

L'ordinamento quindi attribuisce una rilevanza diversa alle stesse parole in ragione di una serie di elementi che riguardano le dichiarazioni (chi le pronuncia e il potere sociale di cui gode, in che contesto e il loro contenuto) perché esse possono avere un potere lesivo ritenuto giuridicamente rilevante oppure no.

In *N.H.*, non si tratta di sanzionare una mera intenzione. Se il bene giuridico protetto dal divieto di discriminazione è l'accesso al lavoro nell'accezione di cui si è detto, le dichiarazioni di una politica di assunzione discriminatoria già per il fatto di essere pronunciate da un soggetto che ha l'*autorità* di farlo producono effetti dissuasivi e incidono sul diritto di accedere all'occupazione in condizioni di eguaglianza.

Si può discutere del bilanciamento tra libertà di espressione e divieto di discriminazione compiuto dalla Corte, ma non si può negare che il risultato sia raggiunto seguendo un test di proporzionalità intellegibile e razionale, coerente con la normativa di riferimento.

Forse quello che, nella difesa del ricorrente, conduce a includere il diritto alla libertà di espressione nel ragionamento alla base del bilanciamento (che, diversamente, non verrebbe invocato) sta nel ritenere che il diritto non offra (non debba offrire) tutela contro la dissuasione che dichiarazioni di tipo discriminatorio comportano nell'accesso all'occupazione. Perché, magari, un tale ostacolo non è ritenuto equivalente a una esclusione.

Per il diritto antidiscriminatorio – già prima di *N.H.* – un tale pregiudizio è ritenuto sufficiente. Quale sarebbe il senso di una normativa che vieta le discriminazioni sul lavoro,

quando il datore di lavoro può dichiarare che quel luogo di lavoro non è accessibile? Il diritto consentirebbe così alla «più impudente strategia di assunzione discriminatoria» – quella che dichiara pubblicamente in anticipo che i criteri di selezione sono discriminatori – di diventare la più «premiante» (27). Se la tutela antidiscriminatoria non potesse essere invocata in assenza di una selezione in corso, si arriverebbe al paradosso che la sua effettività sarebbe subordinata alla disponibilità dell'iniziativa del soggetto che si vuol dissuadere a fare da cavia della discriminazione.

La scelta di offrire la protezione a questo tipo di dichiarazioni, invocando la libertà di espressione, non è né neutrale né pluralista, ma appare tanto politica quanto quella di sanzionarla, posto che implicitamente si schiera dalla parte di chi può discriminare.

Da ciò consegue un'osservazione a cui chi invoca la tutela della libertà di espressione dovrebbe replicare. Se concordiamo che diritto alla libertà di espressione è il diritto di fare cose con le parole (28), possiamo osservare che gli atti linguistici discriminatori hanno l'effetto di *silenziare* i soggetti discriminati (29). Una persona di colore negli anni dell'apartheid in Sudafrica poteva dire «voto Mandela», ma il suo voto non contava perché un altro atto linguistico – la legge che vieta alle persone di colore di votare – gli impediva di avere effetto. La libertà di un datore di lavoro di dire «non assumo una persona omosessuale» toglie a quella persona la libertà di dire «sono omosessuale e mi candido per questo posto». Perché l'enunciato «mi candido a questo posto» abbia successo – rispecchi quello che il parlante intende –, la prima parte deve essere taciuta. Le persone omosessuali possono proporsi come collaboratori nello studio di N.H. solo a patto di tacere chi sono.

Quella del silenzio è una non opzione per il diritto antidiscriminatorio e appare storicamente ancora più dolorosa se riferita a un gruppo che proprio grazie all'uscita dal silenzio sta lentamente costruendo la sua eguale soggettività politica e giuridica nelle società democratiche.

La questione così posta ci ricorda che – anche al di fuori della prospettiva egualitaria – prendere sul serio la tutela della libertà di espressione non si esaurisce nel rispetto di una libertà negativa in nome dell'autonomia individuale, ma significa preoccuparsi di assicurare le condizioni (conoscenza, istruzione, libertà di stampa) necessarie perché le persone possano esercitarla (30); perché le persone *possano* fare cose con le parole.

Riferimenti bibliografici

Barbera M. (2019), *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in M. Barbera, A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, Torino, 5 ss.

(27) Conclusioni dell'A.G., *Feryn*, cit., punto 17.

(28) Hornsby, Langton 1998.

(29) Nell'elaborazione di Langton (1993, 1998), la nozione di silenzio non riguarda solo il «tacere» (la volontà di non fare alcunché con le parole), ma altresì tutti quei casi in cui l'atto linguistico illocutorio che si intende compiere pronunciando un enunciato non raggiunge lo scopo del parlante pur rispettando le regole comunicative convenzionalmente intese perché non è così percepito da chi ascolta.

(30) *Ibidem*, ove l'Autore illustra in dettaglio questa concezione del diritto al *free speech*.

- Bianchi C. (2015), *Parole come pietre: atti linguistici e subordinazione*, in *Esercizi filosofici*, n. 10, 115 ss.
- Bilotta F. (2018), *La discriminazione diffusa e i poteri sanzionatori del giudice*, in *RCP*, n. 1, 69 ss.
- Borelli S. et al. (2019), *Le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, in M. Barbera, A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, Torino, 165 ss.
- Calafà L. (2014), *Dichiarazione omofobiche nel calcio: il caso FC Steaua Bucarest e la discriminazione per orientamento sessuale alla Corte di Giustizia*, in *RIDL*, II, 133 ss.
- Farkas L. (2010), *Limited enforcement possibilities under european anti-discrimination legislation – A case study of procedural novelties: actio popularis action in Hungary*, in *Erasmus Law Review*, vol. 3, n. 3, 181 ss.
- Hornsby J., Langton R. (1998), *Free speech and illocution*, in *Legal Theory*, n. 4, 21 ss.
- Izzi D. (2008), *Il divieto di discriminazioni razziali preso sul serio*, in *q. Riv.*, I, 765 ss.
- Langton R. (1993), *Speech Acts and Unspeakable Acts*, in *Philosophy & Public Affairs*, n. 22, 293 ss.
- Langton R. (1998), *Subordination, Silence and Pornography's Authority*, in R. Post (a cura di), *Censorship and Silencing: Practices of Cultural Regulation*, J. Paul Getty Trust and Oxford University Press, 261 ss.
- Langton R. (2018), *The Authority of Hate Speech*, in *Oxford Studies in Philosophy of Law*, 123 ss.
- Malzani F. (2016), *Licenziamento discriminatorio e danno «punitivo ragionevole»: verso il superamento di un (apparente) ossimoro*, in *NGCC*, n. 5, 719 ss.
- Passalacqua V. (2020), *Homophobic statements and hypothetical discrimination: Expanding the scope of Directive 2000/78/EC*, in *European Constitutional Law Review*, n. 16, 513 ss.
- Peruzzi M. (2020), *Dichiarazioni omofobe e diritto antidiscriminatorio: conferme e limiti della giurisprudenza Ue nella sentenza Taormina*, in *RIDL*, II, 368 ss.
- Protopapa V. (2017), *I casi Achbita e Bougnaoui. Il velo islamico tra divieto di discriminazione, libertà religiosa ed esigenze dell'impresa*, in *ADL*, n. 4-5, 1079 ss.
- Ranieri M. (2015), *Da Philadelphia a Taormina. Dichiarazioni omofobiche e divieto di discriminazione*, in *RIDL*, I, 125 ss.
- Recchia G.A. (2020), *Il peso delle parole: le dichiarazioni pubbliche omofobiche nell'accesso al lavoro al vaglio della Corte di Giustizia*, in *LG*, n. 7, 729 ss.
- Rizzi F. (2014), *Tre lezioni dal caso Taormina: il ruolo della società civile come strumento di empowerment dei soggetti discriminati*, in *articolo29.it*, 25 agosto.
- Strazzari D. (2008), *Corte di Giustizia e discriminazione razziale: ampliata la tutela della discriminazione diretta*, in *q. Riv.*, II, 776 ss.
- Tomasi L. (2015), *L'unico caso italiano di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale in materia di lavoro*, in *GenIUS*, I, 221 ss.

Francesco Rizzi
Avvocato, MPhil (School of Law, King's College London),
cultore di Diritto del lavoro e Diritto antidiscriminatorio presso l'Università di Brescia

I

CASSAZIONE, 1.6.2020, n. 10415 – Pres. Nobile, Est. Amendola, P.M. Celeste (diff.) – Alitalia - Società aerea italiana Spa (avv.ti M. Marazza, M. Marazza, De Feo) e Alitalia - Compagnia aerea italiana Spa (avv.ti M. Marazza, M. Marazza, De Feo, Di Peio) c. T.E. (avv.ti Marziale, Totaro). Cassa Corte d'Appello di Roma, 28.9.2018.

Trasferimento di azienda – Azienda in accertato stato di crisi – Continuazione del rapporto di lavoro in capo al cessionario – Deroghe – Art. 47, c. 4-bis, l. n. 428/1990 – Direttiva n. 2001/23/Ce – Incompatibilità – Interpretazione conforme.

In caso di trasferimento che riguardi aziende delle quali sia stato accertato lo stato di crisi aziendale ai sensi dell'art. 2, c. 5, lett. c, della l. 12.8.1977, n. 675, ovvero per le quali sia stata disposta l'amministrazione straordinaria in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività ai sensi del d.lgs. 8.7.1999, n. 270, l'accordo sindacale di cui alla l. n. 428/1990, art. 47, c. 4-bis, inserito dal d.l. n. 135/2009 (conv. in l. n. 166/2009), può prevedere deroghe all'art. 2112 c.c. concernenti le condizioni di lavoro, fermo restando il trasferimento dei rapporti di lavoro al cessionario in attuazione della Direttiva n. 2001/23. (1)

II

CASSAZIONE, 1.6.2020, n. 10414 – Pres. Nobile, Est. Blasutto, P.M. Celeste (diff.) – Alitalia - Compagnia aerea italiana Spa (avv.ti M. Marazza, M. Marazza, De Feo) c. C.K. (avv. Patrizi), intimata Alitalia - Società aerea italiana Spa / C.K. (avv. Patrizi) c. Alitalia - Società aerea italiana Spa (avv.ti M. Marazza, M. Marazza, De Feo) e Alitalia - Compagnia aerea italiana Spa (avv.ti M. Marazza, M. Marazza, De Feo). Cassa Corte d'Appello di Roma, 13.2.2018.

Trasferimento di azienda – Azienda in accertato stato di crisi – Continuazione del rapporto di lavoro in capo al cessionario – Deroghe – Art. 47, c. 4-bis, l. n. 428/1990 – Direttiva n. 2001/23/Ce – Incompatibilità – Interpretazione conforme.

In caso di trasferimento che riguardi aziende delle quali sia stato accertato lo stato di crisi aziendale ai sensi dell'art. 2, c. 5, lett. c, della l. 12.8.1977, n. 675, ovvero per le quali sia stata disposta l'amministrazione straordinaria in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività ai sensi del d.lgs. 8.7.1999, n. 270, l'accordo sindacale di cui alla l. n. 428/1990, art. 47, c. 4-bis, inserito dal d.l. n. 135/2009 (conv. in l. n. 166/2009), può prevedere deroghe all'art. 2112 c.c. concernenti le condizioni di lavoro, fermo restando il trasferimento dei rapporti di lavoro al cessionario in attuazione della Direttiva n. 2001/23. (2)

(1-2) IL TRASFERIMENTO DELL'AZIENDA IN CRISI:
LA CASSAZIONE PONE FINE A OGNI DUBBIO?

SOMMARIO: 1. Premessa: i nodi interpretativi arrivano al pettine. — 2. Il trasferimento delle aziende in crisi e la tutela dei diritti dei lavoratori: un'ambiguità normativa. — 3. La Direttiva n. 2001/23, le deroghe possibili e l'orientamento della Corte di Giustizia. — 4. L'art. 47, c. 4-*bis*, della l. n. 428/1990: l'interpretazione conforme della Cassazione. — 5. Verso una disciplina conforme più chiara?

1. — *Premessa: i nodi interpretativi arrivano al pettine* — La legislazione nazionale in materia di trasferimento d'azienda, specialmente nelle situazioni di crisi, è da sempre stata al centro di un vivace dibattito giuslavoristico per via della sua «dubbia» conformità al diritto europeo (1), e nonostante sia stata più volte oggetto di richiamo da parte dei giudici di Lussemburgo, le azioni conseguenti, quando adottate dal legislatore, non sono state risolutive. Infatti, il contrasto tra i due ordinamenti continua a persistere sebbene, negli anni, vi siano state diverse modifiche alla disciplina in questione su entrambi i versanti e momenti in cui il dialogo tra i due sistemi normativi ha dato perfino l'impressione di un condizionamento vicendevole (2).

Le incertezze normative sono state ampiamente dibattute dalla dottrina che si è cimentata, lungo gli anni, nel cercare possibili soluzioni interpretative che permettessero di giungere a una sostanziale conformità della norma interna alla disciplina dell'Unione europea. In particolare, nell'ultimo decennio la questione è tornata a far discutere vivacemente gli interpreti a seguito della novella introdotta all'art. 47 della l. n. 428/1990: il c. 4-*bis*, che nelle intenzioni dichiarate dal legislatore aveva proprio l'obiettivo di ottemperare a un monito della Corte di Giustizia, intervenuta a seguito di una procedura di infrazione intentata dalla Commissione europea verso l'Italia. All'esito della procedura la Corte di Lussemburgo, con sentenza 11.6.2009, C-561/07 (3), ha dichiarato la non conformità della disciplina italiana, in materia di trasferimento delle aziende in crisi, alla Direttiva n. 2001/23, che, come noto, regola la materia nel diritto dell'Unione.

La modifica normativa, nonostante la *voluntas legis*, non ha colto l'obiettivo di un adeguamento del diritto interno alla disciplina comunitaria, lasciando diversi nodi interpretativi irrisolti che, oltre ad animare il dibattito della dottrina, hanno avuto ampia risonanza nei tribunali di merito fino a giungere al vaglio dei giudici di legittimità.

La giurisprudenza di merito, soprattutto di recente, è stata interessata da molteplici contenziosi originati dalla operazione di ristrutturazione aziendale di Alitalia iniziata nel 2014, quando la compagnia di bandiera, Alitalia - Compagnia aerea italiana Spa (Alitalia Cai), concluse un Accordo quadro con la società Etihad Airways con l'obiettivo di sanare la grave situazione di crisi in cui versava. Nei termini dell'accordo era prevista la costituzione di una nuova società, la Alitalia - Società aerea italiana Spa (Alitalia Sai), a cui, per il buon esito dell'operazione di salvataggio, doveva essere trasferito l'intero complesso aziendale relativo al trasporto aereo al netto dei lavoratori considerati in esubero, che dovevano

(1) Cosio 2019; Lambertucci 2018; Tosi 2018; Tullini 2014; Aniballi 2012; meno recenti, vd.: Speciale 2006, spec. 3-5; Roccella 2004, spec. 5; Lambertucci 2002.

(2) Per un'ampia trattazione, vd. Serrano 2010 e Gaudio 2017.

(3) C. Giust. 11.6.2009, C-561/07, *Commissione c. Repubblica italiana*, in *Racc.*, 2009, I-4959.

essere licenziati a cura del cedente. Il procedimento, al termine del suo *iter*, ha dato il via a una serie di ricorsi da parte dei lavoratori che si ritenevano ingiustamente licenziati e che contestavano la mancata applicazione, nei loro confronti, della tutela prevista dalla Direttiva n. 2001/23 nei casi di trasferimento delle aziende in crisi. Tra i diversi casi all'attenzione delle Corti erano compresi anche i due ricorsi da cui sono originate le decisioni in esame, con le quali, per la prima volta dalla novella legislativa, i giudici di legittimità si sono trovati a dirimere l'annoso dubbio interpretativo sul comma 4-*bis* dell'art. 47 della legge del 1990 e la finalità dell'accordo collettivo ivi disciplinato.

Nello specifico, le due controversie hanno consegnato alla Suprema Corte proprio uno spaccato della situazione in essere, dal momento che i giudici di seconde cure si erano espressi in modo contrastante, rispecchiando esattamente i due filoni interpretativi della giurisprudenza di merito delineatisi in seguito alla vicenda Alitalia.

Il primo orientamento riteneva che un accordo concluso ai sensi dell'art. 47, c. 4-*bis*, l. n. 428 del 1990, potesse legittimamente limitare gli effetti dell'art. 2112 del codice civile soltanto al personale specificamente indicato nello stesso, dunque sostenendo che le parti possono manifestare la volontà di non estendere l'effetto successorio di cui all'art. 2112 a tutto il personale (4).

Il secondo orientamento, di fatto dominante, muovendo dal dovere incombente sui giudici nazionali di interpretare l'art. 47, c. 4-*bis*, l. n. 428 del 1990, conformemente al diritto europeo, ha inteso che l'accordo sindacale ivi previsto non possa dettare limitazioni al diritto dei lavoratori di essere trasferiti dal cedente al cessionario, potendo solo prevedere modifiche delle condizioni di lavoro con l'obiettivo di salvaguardare i livelli occupazionali (5).

La Suprema Corte, grazie a un ampio e articolato percorso ermeneutico, identico in entrambe le pronunce che si annotano, giunge a enunciare un principio di diritto che certamente offre una soluzione a una questione giuridica di particolare rilievo, non senza però sorvolare su qualche aspetto insidioso del contenuto letterale della norma, come si vedrà in seguito.

2. — *Il trasferimento delle aziende in crisi e la tutela dei diritti dei lavoratori: un'ambiguità normativa* — Le ragioni di contrasto tra la disciplina nazionale e la disciplina europea sul trasferimento delle aziende in crisi, come noto, si sono sviluppate nel corso dell'ultimo trentennio, sebbene il nostro legislatore, già in precedenza, non fosse stato proprio tempestivo nel recepire la fonte di matrice europea. Tant'è che la Direttiva n. 77/187 è stata traspunta nel nostro ordinamento solo con la legge comunitaria n. 428/90, art. 47, che aveva, e ha ancora oggi, la funzione di disciplinare il trasferimento d'azienda nelle sue due anime: da un lato il trasferimento di azienda *in bonis* e dall'altro il trasferimento di azienda che versa in condizioni patologiche.

Non vi è dubbio che, dal punto di vista delle tutele garantite, le due fattispecie siano

(4) T. Roma 27.5.2015, ord., in *ilgiuslavorista.it*, 11 settembre 2015; T. Roma 6.5.2016, in *DeJure*; C. App. Roma 11.1.2018, in *ilmerito.it*.

(5) Cfr., tra le molte: T. Milano 20.10.2015 e 19.11.2015, entrambe in *www.wikilabour.it*, newsletter n. 22 del 7.12.2015; T. Roma 15.1.2016, in *ilgiuslavorista.it*, 13 maggio 2016, con nota di Belligoli; C. App. Roma 1.6.2016, in q. *Riv.*, 2017, n. 1, II, 96 ss., con nota di Raimondi; T. Udine 7.6.2017, in *leggiditaliaprofessionale.it*; C. App. Roma 16.2.2017, in q. *Riv.*, 2017, n. 3, II, 455 ss., con nota di Cavallini.

profondamente diverse, se non addirittura contrapposte. Infatti, se da una parte si persegue la tutela dell'interesse individuale alla continuità del rapporto di lavoro mediante l'applicazione dell'art. 2112 del c.c., dall'altra, si prevede la disapplicazione della stessa norma per la tutela dell'interesse alla integrità del complesso aziendale a favore della sua commerciabilità e per la difesa, anche parziale, dei livelli di occupazione (6).

Nella versione originaria dell'art. 47, la disciplina derogatoria dell'art. 2112 era interamente contenuta nel comma 5, ed era prevista sia per le aziende o unità produttive per le quali fosse stato accertato «lo stato di crisi aziendale a norma della l. n. 675/1977, art. 2, c. 5, lett. c», sia per le imprese sottoposte a procedure concorsuali liquidative senza che vi fosse garanzia per la continuazione dell'attività o addirittura in presenza di cessazione della stessa.

Le due ipotesi, nonostante la loro evidente diversità sul piano sostanziale (7), erano essenzialmente assimilate dal punto di vista degli effetti del trasferimento d'azienda sui rapporti di lavoro. Il dettato normativo, infatti, prevedeva espressamente che nel caso fosse stato raggiunto un accordo, nel corso delle previste consultazioni sindacali, «circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione», ai lavoratori che proseguivano la loro attività alle dipendenze dell'acquirente non si applicava l'art. 2112 c.c., salvo condizioni di miglior favore assicurate dall'accordo stesso.

In altri termini, le tutele garantite dall'art. 2112 erano rese inefficaci dall'accordo sindacale che innescava il meccanismo derogatorio (8) sia in quelle situazioni in cui la cessione dell'azienda diveniva estremamente difficile per via del grave stato di crisi che determinava un concreto rischio di perdita occupazionale, sia nelle crisi d'impresa che comunque consentivano la prosecuzione dell'attività e la salvaguardia dell'occupazione.

Le vicende che hanno caratterizzato il profilo derogatorio dell'art. 47 della l. n. 428/90, c. 5, sono fin troppo note, ma ripercorrerne brevemente i tratti salienti è essenziale per avere una chiave di lettura sull'orientamento scelto dalla Cassazione nelle pronunce in esame.

La disciplina dettata dal c. 5 dell'art. 47, pur avendo la finalità di recepire la Direttiva n. 77/187, evidenziava in modo chiaro gli elementi di contrasto con la norma comunitaria che invece riconosceva ai lavoratori il diritto di passare automaticamente alle dipendenze del cessionario conservando tutti i diritti maturati in costanza del rapporto di lavoro, senza prevedere alcuna disposizione che consentisse di derogare alle tutele previste per i lavoratori, fatta salva la possibilità riservata agli Stati membri di prevedere disposizioni di maggior favore nei loro riguardi. Inoltre, la Corte di Giustizia con la nota sentenza *Abels* (9), ancor prima della emanazione della l. n. 428/1990, aveva stabilito che le tutele previste dalla direttiva potessero essere disapplicate solo nel caso di trasferimento di azienda sottoposta a procedure di fallimento o comunque a procedure destinate a concludersi con la liquidazione dei beni dell'impresa, nella incuranza del nostro legislatore in sede di recepimento.

Una prima censura all'art. 47 della legge n. 428 da parte della Corte di Lussemburgo arriva con la sentenza *Spano* (10), che stabilisce l'applicazione della Direttiva n. 77/187 per i casi di trasferimento d'azienda di cui sia stato accertato, in via amministrativa, lo stato di

(6) Orlandini 2005, 593.

(7) Lambertucci 1999, 50 ss.

(8) Carabelli 1995, 65; Menghini 2000, 210; Serrano 2010, 332; Allamprese 2014, 840.

(9) C. Giust. 7.2.1985, C-135/83, *Abels*, in *FI*, 1986, IV, 126 ss.

(10) C. Giust. 7.12.1995, C-472/93, *Spano*, in *RIDL*, 1996, II, 261 ss., con nota di Lambertucci; si vd. anche Leccese 1999.

crisi, sul presupposto che il relativo procedimento sia finalizzato a favorire la prosecuzione dell'attività di impresa nella prospettiva di una futura ripresa e non la sua liquidazione.

L'orientamento della Corte europea sollecitò un nutrito dibattito dottrinale in relazione alle ripercussioni che si sarebbero abbattute sull'ordinamento interno; dibattito che può ritenersi ancora attuale e senza dubbio rilevante per la lettura delle pronunce della Corte di legittimità, qui di interesse. Le ragioni della dottrina, muovendo dall'acclarato primato del diritto comunitario su quello nazionale, da un lato sostenevano la disapplicazione da parte del giudice italiano della previsione di deroga contenuta nell'art. 47, c. 5 (11), e dall'altro premevano sulla necessità di una interpretazione conforme della norma comunitaria (12). Vi erano altresì tesi a favore di un intervento da parte del legislatore per mettere fine al contrasto tra la disciplina interna e quella europea (13), poiché in assenza di un adeguamento normativo la prima doveva essere comunque applicata per via dell'efficacia verticale delle direttive comunitarie, ferma restando la possibilità di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia da parte del giudice nazionale.

È in un quadro così eterogeneo che arriva la seconda censura della disciplina nazionale da parte dei giudici di Lussemburgo, aprendo il varco a una possibile soluzione dei contrasti tra i due ordinamenti. La sentenza C-561/07 del 2009, seppur in un quadro normativo comunitario modificato – la fonte è la Direttiva n. 2001/23 – in linea con gli orientamenti precedenti e confermando le intuizioni della dottrina (14), ha stabilito che «mantenendo in vigore le disposizioni di cui alla l. n. 428 del 1990, art. 47, commi 5 e 6, in caso di “crisi aziendale” a norma della l. n. 675 del 1977, art. 2, comma 5, lett. c, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi su di essa incombenti in forza della Direttiva n. 2001/23».

La Corte europea censura il meccanismo derogatorio dell'art. 2112 c.c. poiché non conforme all'art. 4, n. 1, della Direttiva n. 2001/23, affermando che la dichiarazione di uno stato di crisi di impresa non può dar luogo «necessariamente e sistematicamente» a mutamenti sul piano occupazionale, poiché non rappresenta un motivo economico per la riduzione dell'occupazione. Così come neanche costituisce una possibilità di deroga al principio generale secondo cui il trasferimento di un'impresa, o di parte di essa, non può essere motivo di licenziamento da parte del cedente o del cessionario: i licenziamenti, infatti, devono essere giustificati da motivi economici, tecnici od organizzativi. Risulta pertanto condivisibile la censura operata dalla Corte di Giustizia, laddove le disposizioni contenute nel comma 5 dell'art. 47 della legge n. 428/90 non assicurano la stessa finalità che il diritto comunitario intende perseguire.

Questo secondo intervento della Corte di Giustizia, a differenza dei precedenti, ha visto la immediata reazione del legislatore, intervenuto con la modifica del testo normativo dell'art. 47 al fine dichiarato di adeguarlo alla disciplina comunitaria, ma il risultato si è dimostrato tutt'altro che risolutivo, come le stesse controversie, giunte innanzi alla Corte di legittimità, dimostrano.

3. — *La Direttiva n. 2001/23, le deroghe possibili e l'orientamento della Corte di Giustizia*
— L'analisi della Direttiva n. 2001/23, attraverso la particolare lente della Corte di

(11) Carabelli, Veneziani 1999, 155.

(12) Caiafa, Cosio 2008, 72.

(13) Lambertucci 1999, 71; Santoro Passarelli 2004, 81.

(14) Nuzzo 2009, 848.

Giustizia, ha rappresentato il fulcro del percorso ermeneutico tracciato dalla Suprema Corte nelle pronunce che si annotano. Infatti, sono state ripercorse in modo puntuale le argomentazioni sostenute dai giudici di Lussemburgo nella esegesi della fonte comunitaria, al fine di assicurare solidità alla interpretazione della disciplina interna in conformità al diritto dell'Unione e sciogliere, di conseguenza, il contrasto interpretativo legato alla novella legislativa dell'art. 47, seguita al monito della Corte europea.

L'intento che qui interessa non è quello di approfondire le questioni contenute nella sentenza della Corte di Giustizia, già fonte di notevoli (15) e ben più autorevoli (16) interpretazioni dottrinali, ma piuttosto quello di tracciare i tratti essenziali delle fonte comunitaria cui la disciplina interna «dovrebbe» conformarsi.

La finalità dichiarata della Direttiva n. 2001/23 è assicurare il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di impresa disponendo agli artt. 3 e 4 le regole generali e inderogabili, fatte salve le eccezioni espressamente previste dall'art. 5 della stessa norma.

Le disposizioni di cui agli artt. 3 e 4 garantiscono chiaramente il mantenimento dei rapporti di lavoro attinenti all'azienda o al ramo d'azienda ceduti, e dei relativi diritti in capo al cessionario; inoltre assicurano, seppur a determinate condizioni, la conservazione del contratto collettivo applicato dal cedente e infine stabiliscono che il trasferimento non è di per sé motivo di licenziamento né da parte del cedente, né da parte del cessionario.

La possibilità di derogare a tali disposizioni è affidata agli Stati membri solo nel caso di procedure di tipo liquidatorio che si svolgono sotto il controllo di un'autorità pubblica competente. In altri termini, la disciplina protettiva dei lavoratori potrà essere disapplicata solo se la procedura persegue la finalità di destinare il patrimonio aziendale alla soddisfazione dei creditori.

Più nello specifico, l'art. 5 della Direttiva concede agli Stati membri la possibilità di derogare alla norma generale identificando tre diverse ipotesi. La prima ipotesi derogatoria (art. 5.1) riguarda i casi di trasferimento d'azienda in cui sono avviate procedure fallimentari, o comunque procedure di insolvenza con carattere liquidatorio, sotto il controllo di un'autorità pubblica competente. In tali situazioni non si applicano gli artt. 3 e 4 della Direttiva, salvo previsioni di maggior favore lasciate alla facoltà degli Stati membri. La seconda ipotesi derogatoria (art. 5.2) concerne i casi di trasferimento d'azienda sottoposta a una procedura di insolvenza, indipendentemente dal carattere liquidatorio e a condizione che la stessa sia sotto il controllo di un'autorità pubblica competente. In tali casi, gli Stati membri possono stabilire: che gli obblighi del cedente, derivanti dal rapporto di lavoro, non vengano trasferiti al cessionario, a condizione che sia garantita ai lavoratori una protezione almeno equivalente a quella dettata dalla Direttiva n. 80/97 (17) nelle situazioni di insolvenza del cedente (art. 5.2, lett. *a*); oppure che il cedente, il cessionario e i rappresentanti dei lavoratori possano concordare la modifica delle condizioni di lavoro di questi ultimi con l'obiettivo specifico di tutelare l'occupazione assicurando la sopravvivenza dell'attività d'impresa (art. 5.2, lett. *b*). L'ultima ipotesi derogatoria (art. 5.3) riguarda il trasferimento d'azienda in situazione di grave crisi economica, secondo l'ordinamento nazionale,

(15) Per una puntuale ricostruzione si vedano Serrano 2010, 341-349; Allamprese 2014, 841-843; più di recente, Gaudio 2017, 20.

(16) Cester 2010.

(17) Norma sostituita dalla Direttiva n. 2008/94.

purché dichiarata da un'autorità pubblica competente e aperta al controllo giudiziario. In questa circostanza lo Stato membro può disporre nei termini di cui all'art. 5.2, lett. *b*.

Nell'interpretazione della direttiva, la Corte di Giustizia, nella sentenza C-561/07 del 2009, ha osservato, in particolare, come il legislatore comunitario in tutti i casi in cui ha inteso escludere l'applicazione degli artt. 3 e 4 lo ha previsto espressamente, come si evince chiaramente dall'art. 5.1 della stessa norma, e che debba escludersi che deroghe ai principi generali possano ricavarsi dalla lettera dell'art. 5.3 che «autorizza gli Stati membri a prevedere che le condizioni di lavoro possano essere modificate per salvaguardare le opportunità occupazionali garantendo la sopravvivenza dell'impresa, senza tuttavia privare i lavoratori dei diritti loro garantiti dagli artt. 3 e 4 della Direttiva n. 2001/23».

Con particolare riguardo proprio alle «condizioni di lavoro», escludendo tassativamente che possano riguardare il diritto del lavoratore al trasferimento, la Corte di Lussemburgo, richiamando un suo precedente (18), ha affermato: «Poiché le norme della direttiva sono imperative nel senso che non è consentito derogarvi in senso sfavorevole ai lavoratori, i diritti e gli obblighi in capo al cedente risultanti da un contratto collettivo in essere alla data del trasferimento si trasmettono *ipso iure* al cessionario per il solo fatto del trasferimento. Ne discende che la modifica delle condizioni di lavoro autorizzata dall'art. 5, n. 3, della Direttiva n. 2001/23 presuppone che il trasferimento al cessionario dei diritti dei lavoratori abbia già avuto luogo».

4. — *L'art. 47, c. 4-bis, della l. n. 428/1990: l'interpretazione conforme della Cassazione* — Il legislatore, dunque, per adempiere alle censure europee ha modificato l'art. 47 della l. n. 428/90 con l'art. 19-*quater* della l. n. 166/2009, di conversione del d.l. n. 135/2009, introducendo il nuovo comma 4-*bis* e modificando il comma 5.

Le due disposizioni sono distinte dal punto di vista delle finalità, questa volta in «apparente» osservanza delle deroghe di cui all'art. 5, parr. 1 e 2, della Direttiva n. 2001/23: mentre la prima disciplina i trasferimenti d'azienda nel caso di procedure che non abbiano carattere liquidatori, la seconda regola il trasferimento d'azienda in condizioni patologiche che presuppongono la cessazione dell'attività d'impresa o, comunque, la sua non continuazione.

Il legislatore, di fatto, ha espunto dal c. 5 dell'art. 47 le due ipotesi in cui è manifesta l'assenza del presupposto della liquidazione del patrimonio aziendale e della mancata continuazione dell'attività, in conformità alle indicazioni espresse dai giudici di Lussemburgo. Tuttavia è proprio la lettera del c. 4-*bis* che genera ulteriori perplessità quando afferma: «nel caso in cui sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, l'art. 2112 c.c. trova applicazione nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo».

Sembra evidente che l'accordo che condiziona l'applicazione dell'art. 2112 c.c. possa ancora produrre effetti derogatori di ampia portata (19) dal momento che la norma non definisce con esattezza gli spazi di intervento dei termini e delle limitazioni che l'accordo stesso può prevedere. Inoltre, il «mantenimento, anche parziale, dell'occupazione» può indurre l'interprete a ritenere che sia ammessa una deroga al principio di automatica conti-

(18) C. Giust. 9.3.2006, C-499/04, *Werhof*, punti 26 e 27.

(19) Marazza 2015, 65; Tullini 2014, 224; Anibaldi 2012, 358-359; Cester 2010, 243.

nuazione di tutti i rapporti di lavoro dal cedente al cessionario, con la conseguenza di un licenziamento motivato dal trasferimento di quei lavoratori non individuati dall'accordo poiché ritenuti in esubero per l'azienda del cedente.

Ed è questa interpretazione che ha dato il via alle diverse controversie del caso Alitalia, tra cui quelle giunte all'attenzione della Cassazione. Dai motivi di ricorso della Società si evince che l'operazione di trasferimento d'azienda sia stata imperniata proprio sul tenore letterale dell'art. 47, c. 4-*bis*, ritenendo che potesse giustificare ogni più ampia deroga all'art. 2112 c.c. Infatti, l'accordo sindacale concluso prevede chiaramente la possibilità di licenziare i lavoratori in esubero con la finalità di favorire il trasferimento dell'azienda e il mantenimento parziale dell'occupazione.

La tesi della Società ha trovato accoglimento nelle prime pronunce dei giudici di merito, ma, come anticipato in premessa, a questo orientamento giurisprudenziale se n'è contrapposto un altro, divenuto presto dominante, secondo il quale, di fronte a una palese violazione del diritto europeo, in virtù del dovere gravante sul giudice nazionale di interpretazione conforme della norma interna al diritto dell'Unione, l'accordo di cui all'art. 47, c. 4-*bis*, può solo prevedere modifiche delle condizioni di lavoro con l'obiettivo di salvaguardare i livelli occupazionali e non può ammettere deroghe alla tutela garantita dall'art. 2112 c.c. limitando il trasferimento dei lavoratori dal cedente al cessionario.

La Cassazione, nelle pronunce gemelle che si annotano, ha confermato l'orientamento maggioritario della giurisprudenza di merito optando per una interpretazione conforme al diritto europeo ed enunciando il principio di diritto secondo il quale, «in caso di trasferimento che riguardi aziende delle quali sia stato accertato lo stato di crisi aziendale, ai sensi dell'art. 2, c. 5, lett. c, della l. n. 675/77, ovvero per le quali sia stata disposta l'amministrazione straordinaria, in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività, ai sensi del d.lgs. n. 270/1999, l'accordo sindacale di cui alla l. n. 428/90, art. 47, c. 4-*bis*, inserito dal d.l. n. 135/2009, convertito in l. n. 166/2009, può prevedere deroghe all'art. 2112 c.c. concernenti le condizioni di lavoro, fermo restando il trasferimento dei rapporti di lavoro al cessionario».

A sostegno di tale interpretazione i giudici di legittimità conducono un puntuale e articolato percorso argomentativo, che certamente avvalorava la bontà dell'intenzione, rivelando l'assoluta coerenza della norma, così letta, sia con la Direttiva n. 2001/23, sia con l'orientamento della Corte di Giustizia, confermato anche da più recenti pronunce (20).

La Corte di legittimità afferma che l'inciso «nel caso in cui sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione», contenuto sia nel c. 4-*bis*, sia nel successivo c. 5 dell'art. 47, non può avere la stessa «valenza semantica» per entrambe le norme, poiché in tal modo verrebbe meno la «diversità dei casi disciplinati» vanificando l'operazione di adeguamento normativo voluto espressamente dal legislatore in esecuzione della condanna della Corte di Giustizia.

Muovendo da questo presupposto la Cassazione stabilisce che «non si può estrapolare l'inciso «anche parziale» per accreditare l'ipotesi che l'accordo sindacale possa disporre, in senso limitativo, dei trasferimenti dei lavoratori dell'impresa cedente, ove si tratti di azienda rientrante nell'ipotesi di cui al c. 4-*bis*» soprattutto se interpretato in modo non conforme al diritto europeo, e pertanto ritiene che non sia dirimente ai fini esegetici. Assume, invece,

(20) C. Giust. 16.5.2019, C-509/17, *Plessers*.

carattere risolutivo la contrapposizione dal punto di vista letterale tra le due fattispecie, poiché da un lato vi è l'inciso «trova applicazione» contenuto nel comma 4-*bis*, e dall'altro vi è l'espressione opposta «non trova applicazione» contenuta nel comma 5: entrambi riferiti all'art. 2112 c.c. Secondo la Cassazione, ne deriva che nel primo caso si ha una regola di ordine positivo, ovvero che le tutele *ex* art. 2112 c.c. si applicano sempre, mentre nel secondo caso vale la inapplicabilità a meno che l'accordo non disponga condizioni di miglior favore.

La Corte, avvalendosi ancora del dato letterale del c. 5, afferma che laddove il legislatore ha inteso che dovesse esservi un possibile trasferimento parziale dei lavoratori dal cedente al cessionario, come nei casi in cui non sia stata disposta la continuazione dell'attività oppure sia cessata, lo ha ammesso esplicitamente (21), cosa che non si rinviene nel c. 4-*bis*, a dimostrazione, a suo dire, che non vi era un chiaro intento di prevedere un passaggio parziale dei lavoratori nel corso della vicenda traslativa. Inoltre, a tal proposito, per i giudici di legittimità una siffatta ed esplicita previsione non può essere recuperata dall'espressione «nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo», poiché sarebbe «in contrasto con il criterio logico-sistematico e con l'intenzione del legislatore di dare attuazione alla sentenza della Corte di Giustizia», posto che, in attuazione dell'art. 5.3 della Direttiva, l'accordo deve riguardare «le condizioni di lavoro» che possono essere modificate senza privare i lavoratori delle tutele assicurate dal diritto europeo.

A dire il vero in questo passaggio esegetico sembra esserci una forzatura, poiché si potrebbe obiettare che laddove il legislatore parla dell'«accordo circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione», e prosegue affermando che c'è una parte dei lavoratori che vengono trasferiti al cessionario, di fatto sta ammettendo che l'inciso «anche parziale» sta proprio a indicare che l'accordo può limitare il numero dei lavoratori che passano da cedente a cessionario. La specifica in questione potrebbe aver avuto, nell'intento del legislatore, non tanto la funzione di esplicitare quanto quella di sgombrare il campo da ogni dubbio circa la possibilità di applicare l'art. 2112 c.c. ai trasferimenti di aziende soggette a procedure di tipo liquidatorio, ribadendo che le tutele non si applicano se non in caso di condizioni di miglior favore convenute tra le parti dell'accordo.

A ogni modo, nella sua funzione ermeneutica, la Corte ritiene che «a fronte di espressioni generiche» contenute nella norma, che potrebbero «condurre a risultati interpretativi diversi», si deve favorire l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione e agli orientamenti della Corte di Lussemburgo che, nel caso di specie, sono coerenti anche con «l'interpretazione logico-sistematica e con la *voluntas legis*». Pertanto, si deve ritenere che l'accordo concluso ai sensi del c. 4-*bis* dell'art. 47 «non consente di incidere sulla continuità del rapporto di lavoro», ma può stabilire deroghe unicamente per quanto concerne le «condizioni di lavoro» e, in linea con l'orientamento dei giudici di Lussemburgo, solo nel contesto di un rapporto di lavoro già trasferito.

In definitiva, dal ragionamento della Cassazione si può concludere che l'obbligo di in-

(21) Art. 47, c. 5: «Nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata e nel corso della consultazione di cui ai precedenti commi sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione, ai lavoratori il cui rapporto di lavoro continua con l'acquirente non trova applicazione l'art. 2112 c.c., salvo che dall'accordo risultino condizioni di miglior favore. Il predetto accordo può altresì prevedere che il trasferimento non riguardi il personale eccedentario e che quest'ultimo continui a rimanere, in tutto o in parte, alle dipendenze dell'alienante».

interpretazione conforme impone di ritenere che il legislatore del 2009, attraverso il comma 4-*bis*, abbia inteso riconoscere alle parti negoziali la possibilità di derogare all'art. 2112 c.c., ma che tale deroga contenga un limite implicito, costituito dalle norme della Direttiva n. 2001/23 nonché dai criteri interpretativi e dai principi fissati dalla Corte di Giustizia.

Lo sforzo esegetico della Cassazione è lodevole e l'interpretazione conforme al diritto europeo sembra essere la sola strada percorribile in presenza di una evidente violazione del diritto alla continuità del rapporto di lavoro, riconosciuto dalla disciplina dell'Unione. D'altra parte in dottrina (22), già nella vigenza del vecchio testo dell'art. 47, si era affermato il principio secondo il quale potevano ritenersi legittimi solo gli accordi sindacali finalizzati a mantenere interamente l'occupazione preesistente al trasferimento d'impresa e certamente non può che essere così.

Tuttavia è innegabile che se da una parte la Corte usa il dato letterale per giungere forzatamente alla interpretazione desiderata, dall'altra il percorso argomentativo condotto postula che vi sia una evidente incertezza nel testo della norma a cui soltanto il legislatore può porre rimedio. In alternativa, è stata ipotizzata in dottrina la percorribilità di un'altra via ritenuta «maestra», ovvero quella della rimessione alla Corte costituzionale, «da parte del giudice comune, della questione di costituzionalità per infrazione comunitaria» (23).

5. — *Verso una disciplina conforme più chiara?* — La Suprema Corte, a completamento del suo percorso ermeneutico, ha ritenuto opportuno sottolineare come il problema della interpretazione dell'art. 47, c. 4-*bis*, potesse ritenersi già superato grazie alle novelle introdotte dal d.lgs. n. 14/2019, ormai noto come «Codice della crisi di impresa», che all'art. 368, c. 4, con le lett. *b* e *c*, ha disposto la sostituzione sia del c. 4-*bis*, sia del c. 5 dell'art. 47.

Dalla lettera dei nuovi dispositivi, non si può che essere concordi con la Suprema Corte quando afferma che il legislatore ha «trasposto nella futura norma la sola possibile lettura che si potesse dare in conformità al diritto dell'Unione». Infatti, per la prima volta dal 1990 sembra risolto il contrasto tra la disciplina interna e quella europea in materia di trasferimenti di azienda in condizioni patologiche (24).

La soluzione all'annoso conflitto tra le due fonti, in realtà, poteva solo passare attraverso un intervento del legislatore che recepisce le indicazioni della giurisprudenza europea (25) in merito alla lettura dell'art. 5 della Direttiva n. 2001/23, ponendo in tal modo fine a tutte le incertezze interpretative che non sono state risolte dal primo tentativo del legislatore di superare la censura della Corte di Giustizia del 2009.

La via dell'interpretazione conforme al diritto europeo già proposta dalla dottrina (26), scelta dalla giurisprudenza di merito dominante e confermata dalla Suprema Corte con le pronunce gemelle in commento, seppur condivisibile nella misura in cui assicura l'intangibilità del diritto alla continuità del rapporto di lavoro nelle vicende traslative delle aziende in crisi, lascia ancora qualche dubbio legato al dato testuale della norma, che cer-

(22) Per tutti, vd. Carabelli, Veneziani 1999, 155.

(23) Tosi 2018, 8.

(24) Marciàno 2020, 461-469; Nicolosi 2020, 267; Novella 2019, 638-642; Gragnoli 2019, 626-627; Lambertucci 2019, 149-152.

(25) Alvino 2019, 445; Cosio 2020, 11.

(26) Per tutti, vd. Lambertucci 2018, 25.

tamente può essere interpretata in via restrittiva, ma non può subire una *emendatio* per via ermeneutica (27). La stessa Corte, nel porre attenzione all'intervento riformatore del Codice della crisi, ha sottolineato l'elemento insidioso contenuto nel dato letterale del precedente dispositivo, ancora vigente, ovvero il «mantenimento anche parziale dell'occupazione», definendolo «equivoco inciso», nonostante tutto il meritorio sforzo argomentativo per sostenere che si tratta di una espressione generica passibile di diverse interpretazioni tra cui opzionare.

In conclusione, sebbene sia pacifico che l'intervento del legislatore abbia finalmente accolto in modo conforme gli orientamenti del diritto dell'Unione, la nuova disciplina non è ancora vigente, poiché il termine di entrata in vigore è stato posticipato al 1° settembre del 2021. Resta il dubbio se la linea seguita dalla Corte di legittimità, dell'interpretazione conforme, riesca comunque a porre fine alle controversie interpretative ancora in corso, in attesa della futura e certa risoluzione.

Riferimenti bibliografici

- Allamprese A. (2014), *Contratto collettivo ex art. 47, l. n. 428/1990, nel trasferimento di azienda in crisi*, in q. Riv., I, 837 ss.
- Alvino I. (2019), *Continuità aziendale, trasferimento d'azienda e tutela dell'occupazione nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in RIDL, I, 431 ss.
- Anibaldi V. (2012), *Il trasferimento di «ramo d'azienda» nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, in RIDL, I, 345 ss.
- Caiafa A., Cosio R. (2008), *Diritto europeo: crisi d'impresa e sorte dei rapporti di lavoro*, Ipsoa, Trento.
- Carabelli U. (1995), *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nel trasferimento d'azienda: la dimensione individuale*, in RIDL, I, 41 ss.
- Carabelli U., Veneziani B. (1999), *Il trasferimento di azienda in Italia*, in Aa.Vv., *La transmisión de empresas en Europa*, Cacucci, Bari, 137 ss.
- Cester C. (2010), *Due recenti pronunzie della Corte di Giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda. Sulla nozione di ramo d'azienda ai fini dell'applicazione della direttiva e sull'inadempimento alla stessa da parte dello Stato italiano nelle ipotesi di deroga per crisi aziendale*, in RIDL, II, 232 ss.
- Cosio R. (2019), *Il trasferimento dell'impresa in crisi*, in R. Cosio, G. Vidiri, *Il trasferimento d'impresa in Italia nel quadro del diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 139 ss.
- Cosio R. (2020), *Il trasferimento dell'impresa in crisi nell'ordinamento complesso*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 3, 1 ss.
- Gaudio G. (2017), *Trasferimento d'azienda e crisi d'impresa: una eterogenesi dei fini da parte del legislatore italiano?*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 347.
- Gragnoles E. (2019), *La nuova disciplina del concordato preventivo*, in q. Riv., I, 622 ss.
- Lambertucci P. (1996), *La disciplina del trasferimento dell'azienda in crisi al vaglio della Corte di Giustizia*, in RIDL, II, 268 ss.

(27) Tosi 2018, 8.

- Lambertucci P. (1999), *Le tutele del lavoratore nella circolazione d'azienda*, Giappichelli, Torino.
- Lambertucci P. (2002), *Il trasferimento d'azienda in crisi fra diritto interno e diritto comunitario*, in *RIDL*, II, 114 ss.
- Lambertucci P. (2018), *Circolazione di impresa e rapporti di lavoro*, in *ADL*, n. 1, 25 ss.
- Lambertucci P. (2019), *La disciplina dei rapporti di lavoro nel trasferimento dell'impresa sottoposta a procedure concorsuali: prime note sul codice della crisi di impresa e dell'insolvenza del 2019*, in *RIDL*, I, 149 ss.
- Leccese V. (1999), *Giudici italiani e Corte di Giustizia sul trasferimento d'azienda: un dialogo a più velocità?*, in *DLRI*, 65 ss.
- Marazza M. (2015), *La circolazione del patrimonio aziendale e gli effetti sui contratti di lavoro*, in M. Marazza, D. Garofalo, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 43 ss.
- Marcianò A. (2020), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: le nuove tutele in caso di trasferimento d'azienda e di perdita involontaria dell'occupazione*, in *VTDL*, n. 2, 461 ss.
- Menghini L. (2000), *L'attenuazione delle tutele individuali dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda in crisi o soggetta a procedure concorsuali dopo la Direttiva 50/98 e il d.lgs. 270/99*, in *q. Riv.*, I, 210 ss.
- Nicolosi M. (2020), *Rapporti di lavoro e procedure liquidatorie dell'impresa*, Esi, Napoli.
- Novella M. (2019), *Diritti dei lavoratori e trasferimento d'azienda nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Vecchie e nuove questioni*, in *q. Riv.*, I, 638 ss.
- Nuzzo V. (2009), *Sul trasferimento di aziende in crisi: cronaca di una condanna annunciata*, in *DRI*, n. 3, 843 ss.
- Orlandini G. (2005), *Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale*, in *DLRI*, 593 ss.
- Rocella M. (2004), *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali, diritto del lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 49.
- Santoro Passarelli G. (2004), *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Serrano M.L. (2010), *Il trasferimento del trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?*, in *q. Riv.*, I, 325 ss.
- Speziale V. (2006), *Il trasferimento d'azienda tra disciplina nazionale ed interpretazioni «vincolanti» della Corte di Giustizia europea*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 46.
- Tosi P. (2018), *Circolazione dell'impresa in crisi e interpretazione comunitariamente orientata dell'art. 47, comma 4-bis, l. n. 428/1990*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 2, 1 ss.
- Tullini P. (2014), *Tutela del lavoro nella crisi d'impresa e assetto delle procedure concorsuali: prove di dialogo*, in *RIDL*, I, 199 ss.

Milena Anna Impicciatore

*Dottoressa di ricerca e docente di Diritto del lavoro
presso l'Università di Chieti-Pescara «Gabriele d'Annunzio»*

CASSAZIONE, 26.5.2020, n. 9789, ord. – Pres. Berrino, Est. Blasutto, P.M. (diff.) – P.A. (avv.ti Dante, Bianchini) c. Sicim Spa (avv.ti Silvagna, Belli). Cassa Corte d'Appello di Bologna, 1.10.2015.

Patto di prova – Durata superiore a quella stabilita dal contratto collettivo – Concreto interesse del lavoratore – Necessità – Onere della prova in capo al datore – Carenza – Sostituzione di diritto.

La clausola del contratto individuale che, per l'espletamento della prova, fissi un termine maggiore di quello stabilito dalla contrattazione collettiva di settore deve ritenersi più sfavorevole per il lavoratore e, come tale, è sostituita di diritto ex art. 2077, c. 2, c.c., salvo che il prolungamento si risolva in concreto in una posizione di favore per il lavoratore, con onere probatorio gravante sul datore di lavoro. (1)

(1) LA VALIDITÀ DEL PATTO INDIVIDUALE CHE PROLUNGI LA DURATA DELLA PROVA STABILITA DAL CONTRATTO COLLETTIVO

1. — La pronuncia in epigrafe va segnalata nella parte in cui ammette la possibilità che il patto di prova abbia una durata superiore a quella stabilita dal contratto collettivo di riferimento. Con specifico riguardo alla fattispecie concreta, il giudice di legittimità ha tuttavia escluso che ricorressero le condizioni indicate nella sentenza di secondo grado per estendere la durata fissata dalla contrattazione collettiva, rinviando al giudice d'appello per una nuova valutazione del merito della controversia.

2. — Più specificamente, le parti avevano fissato la sede di lavoro in un paese sudamericano e il lavoratore aveva agito in giudizio per far dichiarare la nullità del patto di prova di sei mesi, nonostante il contratto collettivo prevedesse, per il suo livello d'inquadramento, una durata inferiore pari a cinque mesi.

In primo e secondo grado, la domanda del lavoratore era stata respinta. Per quel che si legge nella pronuncia di legittimità, la Corte d'Appello di Bologna aveva ritenuto la clausola individuale valida alla luce delle «maggiori difficoltà di inserimento del dipendente in un contesto lavorativo di un paese diverso e distante dall'Italia» concludendo, quindi, che detta clausola «fosse sorretta da motivazioni plausibili e non fosse di per sé peggiorativa rispetto le previsioni del Ccnl».

Nel cassare la decisione di secondo grado, il Collegio di legittimità ha accolto il motivo di ricorso proposto dal lavoratore con cui questi lamentava la violazione e falsa applicazione dell'art. 2, d.l. n. 317/1987, convertito in l. n. 398/1987, oltre che della clausola collettiva sul patto di prova e di altre disposizioni di legge.

In particolare, la Suprema Corte si è dapprima soffermata sul trattamento riconosciuto dalla legge ai lavoratori operanti all'estero dall'art. 2 citato (ciò sia nella versione originaria, la quale richiedeva l'autorizzazione del ministero del Lavoro, deputato a verificare se il trattamento economico-normativo offerto fosse «complessivamente non inferiore a quello previsto dai contratti collettivi di lavoro vigenti in Italia per la categoria di appartenenza del lavoratore», sia alla luce delle modifiche di cui all'art. 18, d.lgs. n. 151/2015 che ha abro-

gato l'autorizzazione, ma che richiede comunque l'applicazione di «un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello previsto dai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative per la categoria di appartenenza del lavoratore»).

Dopo questi richiami, il Collegio di legittimità ha precisato che ai sensi dell'art. 2 citato (nel testo anteriore alle modifiche del 2015), anche nel caso a esso sottoposto, il trattamento economico-normativo doveva essere quello stabilito dal contratto collettivo. In proposito, la Cassazione ha lasciato intendere che il fatto di lavorare all'estero non è di per sé un valido motivo per inserire nel contratto individuale una prova più lunga. Si legge nella decisione: «l'istituto di cui si discute (patto di prova) è di carattere normativo e non economico e non presenta connotati tali da non potere essere applicato allo stesso modo sia in Italia che nel paese estero».

Svolti tali chiarimenti si rileva che il Collegio ha preso spunto da precedenti di giurisprudenza di cui si darà conto più avanti che si erano espressi esattamente nei medesimi termini.

3. — Dall'art. 2096 c.c. emerge sicuramente che il patto di prova è funzionale anche all'interesse del lavoratore. È noto, però, che molto spesso il prestatore di lavoro concretamente non nutre alcun interesse a valutare la convenienza del contratto o le attitudini del datore di lavoro (Tale precisazione è presente con varie sfumature in quasi tutte le trattazioni; vd., tra i tanti, Del Punta 1990, 1, e Ghera *et al.* 2017, 111). Ancor di più, è difficile immaginare un suo interesse a prolungare il tempo stabilito dalle parti sociali che, in linea di principio, deve ritenersi di per sé congruo.

Per altro verso, il patto di prova comporta sicuramente un'eccezione (così indicata anche nella decisione che si sta commentando), la quale è presidiata dall'inderogabilità *in peius* rispetto a quanto stabilito dalla contrattazione collettiva. Nella stessa decisione in epigrafe, la Cassazione ha dichiarato espressamente di far proprio il principio espresso da tempo in altre pronunce secondo cui «il lavoratore ha interesse a che il periodo di prova sia minimo, o comunque non superi il tempo strettamente necessario alla verifica della sua capacità tecnico-professionale», dal quale deriva, «in linea di principio, la nullità dei patti diretti a prolungare la durata della prova rispetto a quanto determinato dalle parti sociali» (Cass. 5.3.1982, n. 1354, in *OGI*, 1982, 1134 ss., e Cass. 25.10.1993, n. 10587, in *NGL*, 1994, 40 ss.).

4. — Questo, però, «in linea di principio», tanto che, subito dopo, la Cassazione ha aggiunto quanto sopra anticipato: l'effetto sostitutivo che discende dal contratto collettivo interviene «salvo che il prolungamento si risolva in concreto in una posizione di favore per il lavoratore, con onere probatorio gravante sul datore di lavoro».

Tale impostazione non è nuova. La motivazione offerta oggi dalla Cassazione è conforme a un precedente reso dalla medesima Corte ormai vent'anni fa (Cass. 19.6.2000, n. 8295, in *DeJure*). Per altro verso, echeggia il richiamo a quell'orientamento giurisprudenziale riguardante i contratti collettivi resi efficaci *erga omnes* che consente alle parti sociali di allungare la durata del patto di prova fissata in simili contratti, quando, nel complesso, vi sia un indubbio vantaggio per il lavoratore (Tra le meno risalenti nel tempo, T. Treviso 16.10.1992, in *MGL*, 1993, 17, e Cass. 22.5.1991, n. 5743, in *FI*, 1992, I, 1859 ss.; per ogni altro riferimento, anche contrario, si consenta il rinvio a: Del Punta 1990, 2; Lambertucci 2006, 463; Varesi 1990, 24).

5. — Nel limitato spazio di questa nota, non è possibile esprimersi compiutamente su questa soluzione interpretativa. Si può solo offrire una griglia molto approssimativa.

A differenza dei casi esaminati dalla giurisprudenza da ultimo citata, concernente l'intervento della contrattazione collettiva sulle previsioni dei contratti con efficacia *erga omnes*, la situazione che qui si sta esaminando non vede la mediazione delle parti sociali. La maggior durata della prova è fissata direttamente dalle parti individuali e ciò impone estrema cautela. Va al riguardo ripetuto quanto si diceva. Se è già difficile immaginare un concreto interesse del lavoratore all'apposizione del patto di prova, è ancor più difficile pensare a un suo interesse al prolungamento della durata massima del patto (che si presume risulti sapientemente calibrata dalle parti sociali, ciò anche in funzione delle mansioni e dei livelli di inquadramento). Nella stessa decisione che si sta commentando e in quella del 2000 citata, la Suprema Corte ha ricordato che è il datore di lavoro che «si avvantaggia di un tempo più lungo per l'esperimento, con una più ampia facoltà di poter licenziare il dipendente per mancato superamento della prova» (sia pure abilitando il primo alla prova contraria).

L'apertura della Cassazione verso i patti individuali che ampliano la durata della prova fa quindi sorgere delle perplessità. Nondimeno, in senso opposto depongono alcuni elementi che vanno anch'essi richiamati.

Si potrebbe osservare che, se è vero che il lavoratore non ha alcun interesse all'apposizione del patto di prova, è anche vero che ciò è quanto accade di solito e che, comunque sia, anche quando non abbia interesse a vagliare la sua convenienza al contratto, ci potrebbero essere dei casi – certo, molto rari – in cui lo stesso lavoratore potrebbe essere danneggiato da una durata della prova non troppo lunga.

Il dipendente, ad esempio, potrebbe avvertire la necessità di avere tutto il tempo necessario per dimostrare le sue capacità per un tempo maggiore rispetto a quello stabilito dalla contrattazione (Ciò prendendo spunto da T. Milano 31.5.1988, in *L80*, 1988, 941 ss., sul quale vd. Varesi 1990, 24, nota 64). Probabilmente, una delle ipotesi in cui ciò potrebbe accadere, come si legge nella decisione della Cassazione in epigrafe e in quella resa nel 2000, è rappresentata dall'affidamento al lavoratore di mansioni complesse, per le quali la durata della prova stabilita dalle Oo.Ss. si riveli concretamente poco adeguata (naturalmente, se la complessità delle incombenze affidate al dipendente comporta un diverso livello di inquadramento per il quale è stabilita una durata maggiore della prova, non superata dal patto individuale, come avverte la Cassazione, il problema su cui si sta discutendo non si pone affatto). Del resto, quando è così – se cioè il datore di lavoro riesce a dimostrare che per lo stesso lavoratore il periodo stabilito dalla contrattazione era inadeguato – si realizza un caso di applicazione della regola fondamentale della derogabilità *in melius*.

Questa impostazione, se condivisa, dovrebbe, però, implicare un effetto che finora non pare tratteggiato in dottrina e in giurisprudenza, sul quale è opportuno soffermarsi aprendo una breve parentesi.

Il patto individuale potrebbe stabilire che la durata convenuta rappresenti un «tempo minimo necessario», prima del quale, ai sensi dell'art. 2096, c. 3, c.c., non è possibile recedere. In mancanza di un'espressa previsione di tale genere, il fatto che il *surplus* temporale di cui si sta parlando si riveli funzionale all'interesse del lavoratore – che ha necessità di disporre di un tempo maggiore per dimostrare le sue capacità, data la complessità delle mansioni a lui affidate – dovrebbe comunque indurre a pensare che il tempo complessivo della prova è un «tempo minimo necessario». Se, infatti, il tempo X, stabilito dalla contrattazione, è inadeguato con specifico riferimento a una certa fattispecie concreta, dove le capacità

da sperimentare e da vagliare richiedono il tempo $X + 1$, per coerenza, si dovrebbe concludere che il datore di lavoro deve attendere il termine finale convenuto ($X + 1$) prima di interrompere il rapporto per il mancato superamento della prova. Nel silenzio del contratto individuale tutto questo è l'effetto di un'interpretazione della clausola contrattuale secondo buona fede e correttezza (art. 1366 c.c.). Naturalmente, però, se è il lavoratore che vuole avvantaggiarsi del vincolo così posto al recesso del datore di lavoro, denunciando l'illegittimità del licenziamento per mancato superamento della prova, perché disposto *ante tempus*, sarà lui e non il secondo a dover dedurre e provare in giudizio la sussistenza del suo interesse concreto per il prolungamento del tempo fissato dalla contrattazione collettiva.

A favore dell'apertura espressa dalla Cassazione verso un patto individuale che prolunghi la prova, si può aggiungere una riflessione svolta diversi anni or sono in tema di ampliamento, a opera delle Oo.Ss., della durata della prova stabilita dai contratti resi efficaci *erga omnes*. L'evoluzione tecnologica e la complessità dell'organizzazione imprenditoriale possono rivelare l'inadeguatezza dei tempi fissati per la prova dai contratti collettivi stipulati decenni prima (Montuschi 2004, 394). Questa inadeguatezza potrebbe manifestarsi anche nel rapporto tra il contratto collettivo e quello individuale. Infatti, sia per gli inquadramenti, sia per la durata del patto di prova, molti contratti collettivi non fanno che ripetere quanto era stato previsto dalle parti collettive ormai diversi decenni fa (a volte, perfino trenta o quarant'anni addietro).

6. — È opportuna qualche altra precisazione. L'onere della prova del datore di lavoro sull'interesse del prestatore a un prolungamento della prova deve ritenersi particolarmente rigoroso, proprio in ragione della condizione di debolezza in cui versa quest'ultimo specialmente al momento dell'assunzione e, altresì, dell'accentuata eccezionalità di detto prolungamento, che, per così dire, si aggiunge alla «normale» eccezionalità insita nel patto di prova.

Va infine osservato che, in ogni caso, le perplessità che potrebbe far sorgere l'indirizzo fin qui visto, oggi confermato dalla Cassazione, si ridimensionano almeno un po' alla luce del limite invalicabile di sei mesi posto dall'art. 10, l. n. 604/1966. Secondo la giurisprudenza si tratta infatti di un termine «perentorio», rispetto al quale non è possibile alcuna indagine sugli eventuali vantaggi che il lavoratore possa trarre dal suo superamento (Cass. 13.3.1992, n. 3093, in *DeJure*).

Lo stesso può dirsi per il tempo massimo di tre mesi valido per gli impiegati nel lavoro privato, posto dall'art. 4, r.d.l. n. 1825/1924, che diviene di sei mesi «per gli institori, procuratori, rappresentanti a stipendio fisso, direttori tecnici o amministrativi e impiegati di grado e funzioni equivalenti» (Disposizione che si ritiene vigente anche dopo la l. n. 604/1966: per tutte, Cass. 29.9.2008, n. 24282, e Cass. 27.10.2015, n. 21874, tutte in *DeJure*; vd. quest'ultima decisione anche per l'estensione del termine di sei mesi, in ragione dell'equivalenza dettata dalla legge, agli impiegati di prima categoria, con mansioni di concetto di particolare importanza e di collaborazione immediata e attiva nell'organizzazione aziendale, o impiegati con mansioni di responsabile dell'ufficio). Anche il termine introdotto nel 1924 infatti, come chiarito dalla giurisprudenza qui citata (Vd. anche T. Roma 17.1.2019, n. 351, in *DeJure*), è da intendersi inderogabile dalla contrattazione collettiva e tanto più dalle parti individuali (come s'intuisce già dal tenore dell'art. 4, cit.: «il periodo di prova non può in nessun caso superare»).

Riferimenti bibliografici

- Del Punta R. (1990), voce *Lavoro in prova*, in *EGT*, XVIII.
- Ghera E. *et al.* (2017), *Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Lambertucci P. (2006), *La costituzione del rapporto di lavoro*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Ipsoa, 460 ss.
- Montuschi L. (2004), *La costituzione del rapporto di lavoro e il collocamento*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro, Impresa e Lavoro*, 1, 394 ss.
- Varesi P.A. (1990), *Il patto di prova nel rapporto di lavoro*, in P. Schlesinger, *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano.

Giuseppe Cannati
Dottore di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Chieti-Pescara «Gabriele D'Annunzio»

CASSAZIONE, 24.2.2020, n. 4879 – Pres. Nobile, Est. Arienzo, P.M. Celentano (conf.) – C.S. Srl unipersonale (avv. Centofanti) c. M.P. (avv. Duranti). Conf. Corte d'Appello di Ancona, 21.5.2018.

Licenziamento individuale – Art. 7 St. lav. – Omessa preventiva contestazione – Insussistenza del fatto – Illegittimità del licenziamento – Reintegrazione – Art. 3, c. 2, d.lgs. n. 23/2015 – Art. 18, c. 4, St. lav.

Qualora il licenziamento disciplinare venga intimato senza preventiva contestazione, lo stesso continua, come in passato, a essere considerato ingiustificato e illegittimo ed è sanzionato con la tutela reintegratoria debole. La reintegra è prevista in caso di insussistenza del fatto «contestato», e tale ipotesi ricomprende anche quella di omissione della contestazione, la quale determina l'inesistenza dell'intero procedimento disciplinare, e non solo l'inosservanza delle relative norme procedurali. (1)

(1) L'INSUSSISTENZA DEL FATTO DISCIPLINARE NON CONTESTATO:
PROFILI DI TUTELA APPLICABILE

SOMMARIO: 1. Il caso oggetto della decisione della Corte. — 2. La sentenza annotata. — 3. I precedenti giurisprudenziali e la dottrina. — 4. La rilevanza della contestazione del fatto nell'attuale sistema sanzionatorio.

1. — *Il caso oggetto della decisione della Corte* — Il Tribunale di Fermo – dopo l'iniziale rigetto dell'impugnativa di licenziamento – accoglie il ricorso in opposizione del lavoratore, annullando per insussistenza del fatto contestato il licenziamento intimato, con condanna del datore di lavoro alla reintegrazione; la Corte d'Appello di Ancona conferma la sentenza di primo grado.

In particolare, la Corte d'Appello condivide l'opinione espressa dal Tribunale, ritenendo che nella fattispecie sia rinvenibile una violazione del principio di immutabilità della contestazione disciplinare, dal momento che, rispetto alla lettera di addebito, quella di licenziamento conteneva differenti e ulteriori circostanze. Escluso dunque che le condotte enunciate in quest'ultima fossero state debitamente contestate a norma dell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, anche il giudice di seconde cure ritiene il licenziamento annullabile per insussistenza dei fatti non contestati nell'originaria incolpazione (e anche di quelli ritualmente contestati, per difetto di rilievo disciplinare, in quanto non connotati da illiceità).

2. — *La sentenza annotata* — La società ricorre in Cassazione, sostenendo che la fattispecie andrebbe collocata nell'ambito del vizio procedurale, con riconoscimento della mera tutela indennitaria. La ricorrente sostiene, in particolare, che, dopo le modifiche dell'art. 18 a opera della legge Fornero, il datore potrebbe licenziare senza dare alcuna motivazione (come sarebbe ricavabile dal disposto degli artt. 18, c. 6, St. lav. e 4 del d.lgs. n. 23/2015); inoltre, sarebbe possibile dimostrare nel processo la ravvisabilità di ragioni sostanziali di giustificatazza dell'atto solutorio e, quindi, l'insussistenza di presupposti per tutele diverse

da quella meramente economica. Secondo la tesi della società, le locuzioni «fatto contestato» (art. 18, c. 4, St. lav.) e «fatto materiale contestato» (art. 3, c. 2, del d.lgs. n. 23/2015) si riferirebbero infatti a qualunque condotta di possibile rilievo disciplinare – anche se dedotta nel corso del giudizio quale presupposto sostanziale del licenziamento – e non soltanto a quella indicata nella lettera di avvio del procedimento ex art. 7 dello Statuto.

Dopo aver rilevato che, circa la questione oggetto di controversia, v'è sostanziale uniformità delle due citate discipline normative, la Suprema Corte evidenzia che la fattispecie è profondamente diversa dalle ipotesi riconducibili alle violazioni procedurali o formali, come la mancata audizione personale del lavoratore nel corso del procedimento, o la scarsa specificità di alcuni aspetti della descrizione della condotta contestata: in quei casi, invece, ricorre pur sempre una contestazione che delinea i fatti posti a fondamento dell'addebito; diverso è il caso in cui a difettare sia una preventiva, rituale incolpazione, che delinei i contorni del «fatto contestato» (ovvero del «fatto materiale contestato»).

In proposito, la Corte regolatrice richiama un proprio precedente, ove si è affermato che il radicale difetto di contestazione dell'infrazione determina l'inesistenza dell'intero procedimento, con conseguente applicazione della tutela reintegratoria (ai sensi dell'art. 3, c. 2, del d.lgs. n. 23/2015 o dell'art. 18, c. 4, St. lav.).

I magistrati di legittimità, poi, dopo aver ribadito l'importanza centrale della contestazione quale elemento essenziale di garanzia del procedimento disciplinare ed esplicazione del diritto di difesa costituzionalmente protetto, sottolineano che il regime delle tutele differenziate si distingue per una certa elasticità; così, lo stesso art. 18, c. 6, St. lav. – dedicato ai vizi formali o della motivazione – autorizza comunque la tutela reintegratoria per il caso in cui in giudizio sia dimostrato il difetto di giustificazione del recesso, con ripristino della tutela di cui al precedente c. 4, il quale peraltro consente di sanzionare con la reintegra anche un licenziamento di diverso genere che nel processo si riveli *ontologicamente* disciplinare, ove sia accertata l'insussistenza del fatto contestato.

Il passaggio fondamentale della pronuncia è quello in cui si statuisce che, a livello normativo, la distribuzione delle tutele – tra reintegrazione e tutela economica sostitutiva – poggia sulla valutazione dei fatti posti alla base del licenziamento e precisamente sulla valutazione del fatto *contestato*. Pertanto, non sarebbe coerente, con tale impostazione di sistema, ammettere che il datore di lavoro possa allegare – per la prima volta in giudizio e presa visione delle difese del lavoratore – i fatti posti a base del licenziamento già intimato, «potendo beneficiare, ove tali fatti siano provati e idonei a configurare un valido motivo di licenziamento, di un regime sanzionatorio contenuto se raffrontato alle ulteriori sanzioni previste dalla medesima disposizione. Appare preferibile, pertanto, la diversa interpretazione secondo la quale, ove il licenziamento venga intimato senza contestazione disciplinare, lo stesso continua, come in passato, a essere considerato ingiustificato ed è sanzionato con la reintegrazione a effetti risarcitori limitati».

In chiusura, la Cassazione rileva che l'insussistenza del fatto contestato ricomprende «implicitamente» anche l'ipotesi di inesistenza della contestazione; il fatto, la cui sussistenza o insussistenza deve essere scrutinata in giudizio, va necessariamente delineato «nei suoi esatti termini e contorni» già in sede di contestazione, «essendo evidente che il fatto da provare da parte del datore di lavoro risenta anche delle giustificazioni fornite dal primo, che, ove esaustive e dirimenti, potrebbero indurre il datore anche a desistere dal proseguire nel procedimento disciplinare e a non irrogare la sanzione espulsiva rispetto alla quale la contestazione dell'addebito era funzionale».

3. — *I precedenti giurisprudenziali e la dottrina* — La decisione in commento corrobora un netto indirizzo interpretativo, tracciato a partire da Cass. n. 25745/2016, così massimata: «In tema di licenziamento disciplinare, il radicale difetto di contestazione dell'infrazione determina l'inesistenza dell'intero procedimento, e non solo l'inosservanza delle norme che lo disciplinano, con conseguente applicazione della tutela reintegratoria, di cui al comma 4 dell'art. 18, l. n. 300 del 1970, come modificato dalla l. n. 92 del 2012, richiamata dal comma 6 del predetto articolo per il caso di difetto assoluto di giustificazione del provvedimento espulsivo, tale dovendosi ritenere un licenziamento disciplinare adottato senza alcuna contestazione di addebito» (1).

In quel caso, la Cassazione ha affermato che il necessario giudizio sull'insussistenza del fatto di cui al c. 4 dell'art. 18, St. lav. postula che esso sia ascritto mediante una specifica contestazione; se non v'è contestazione, il fatto rilevante disciplinarmente «non esiste *a priori*» e «non può in alcun modo ritenersi sussistente, non essendo peraltro ipotizzabile, in ambito di licenziamento disciplinare, che il giudice possa indagare sulla gravità di un fatto mai contestato». Tale pronuncia marca distintamente il confine tra i due tipi di violazione: altro è, infatti, la violazione che investe un procedimento disciplinare regolarmente instaurato; altro il radicale difetto di contestazione dell'infrazione – «elemento essenziale di garanzia del procedimento disciplinare, cfr. Cass. n. 1026/15, Cass. n. 2851/06, e costituente espressione di un inderogabile principio di civiltà giuridica, C. cost. n. 204/1982» – che determina «l'inesistenza della procedura». Soltanto nel primo caso è applicabile la tutela inderogabile, ma non nel secondo, che esige l'applicazione della tutela reale, dal momento che, se non v'è stata alcuna contestazione di addebiti, questi, «ancorché teoricamente ipotizzabili, non potrebbero, anche per l'impossibilità di attivazione delle successive garanzie a difesa del lavoratore, in alcun caso ritenersi idonei a giustificare il licenziamento».

Questo indirizzo interpretativo viene avallato anche da altre sentenze, rese sempre sotto la vigenza della nuova disciplina sui licenziamenti, con motivazioni che attengono ai principi e all'applicazione dell'attuale assetto normativo e che conducono alla somministrazione della tutela reale. Difatti, è diffusa la convinzione che, anche nel regime delle tutele differenziate o crescenti, il giudice non è tenuto a prendere in considerazione fatti diversi da quelli contestati; la conseguenza è che questi devono ritenersi insussistenti a stregua della normativa di riferimento.

Cass. n. 19632/2018 ha ribadito che l'atto d'inculpazione deve delineare l'addebito e, in maniera specifica, la condotta disciplinarmente rilevante, «in modo da tracciare il perimetro dell'immediata attività difensiva del lavoratore» (2). Le condotte che si pongono al di fuori di questo perimetro non possono costituire oggetto del vaglio del giudice; ai fini della verifica circa la legittimità, o meno, della sanzione, vanno scrutinati soltanto i fatti specificamente contestati, senza che una motivazione generica possa fungere strumentalmente da contenitore di altre, possibili condotte non esattamente delineate nella lettera d'inculpazione.

Anche per Cass. n. 17676/2018, se un fatto non è contestato nel rispetto delle garanzie procedurali dell'art. 7 St. lav. – quelle garanzie che sono state da ultimo richiamate e ri-

(1) Cass. 14.12.2016, n. 25745, in *RFI*, 2016, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1285. La massima riportata nel testo è tratta da *Ced Cassazione*, 2016.

(2) Cass. 24.7.2018, n. 19632, in *RFI*, 2018, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1137.

badite anche nella sentenza della C. cost. n. 194/2018, quali contrappesi al potere datoriale di recesso (3) – esso non può essere posto alla base del licenziamento e il giudice di merito non deve nemmeno prenderlo in considerazione: «la violazione di dette garanzie esclude la possibilità di valutare le condotte causative del recesso» (4).

Pervenendo alle stesse conclusioni, Cass. n. 21265/2018 si è occupata della discrasia tra le circostanze originariamente contestate e quelle poste alla base del recesso (5); più esattamente, «con riguardo a una situazione ove il fatto posto a base del recesso sia diverso da quello contestato perché comprendente un nuovo elemento costitutivo della fattispecie», è stata ritenuta applicabile unicamente la tutela reintegratoria.

Cass. 10853/2019 ha ribadito che è preclusa al giudice la possibilità di prendere in considerazione fatti addotti dal datore o comunque emersi soltanto in sede processuale (6). La necessaria correlazione dell'addebito con la sanzione va preservata anche nel giudizio, ove l'azienda è chiamata a dare conto dell'avvenuto corretto esercizio del potere disciplinare: «neanche in tale ambito le condotte del lavoratore sulle quali è incentrato l'esame del giudice di merito devono nella sostanza fattuale differire da quelle poste a fondamento della sanzione espulsiva». Analogamente, per Cass. n. 8293/2019, stante «il principio di immutabilità della contestazione di cui alla l. n. 300 del 1970, art. 7, devono essere considerat[e] ai fini del recesso disciplinare soltanto le condotte contestate in quella sede, non potendo assumere rilevanza le integrazioni giudiziali poste in essere dalla datrice di lavoro» (7).

In dottrina è nettamente maggioritaria l'opinione secondo cui il difetto di contestazione e il suo mutamento costituiscano violazioni di carattere sostanziale, con conseguente applicazione della tutela reintegratoria.

A polarizzare l'attenzione è il testo normativo di riferimento, ove il legislatore parla di sussistenza «del fatto contestato» e non semplicemente «del fatto»; a fronte di questa chiara opzione, il fatto disciplinare addotto quale ragione dell'atto solutorio non può essere svelato per la prima volta (addirittura) nel giudizio, ove non è nemmeno accertabile e dunque finisce per essere insussistente, con applicabilità della tutela reintegratoria attenuata (8). Il difetto di contestazione viene dunque equiparato all'insussistenza del fatto, il quale va debitamente identificato e fissato nei suoi specifici estremi nella contestazione, in modo da preservare la sua immutabilità negli stadi successivi del procedimento e anche nel processo (9); identica conclusione deve valere per il caso in cui la contestazione abbia avuto a oggetto un fatto meno grave di quello evocato nella motivazione del licenziamento (10).

Al di là del dato testuale, da una parte, si sottolinea l'importanza del contraddittorio in fase procedimentale, come invalicabile presidio costituzionale del diritto di difesa del lavo-

(3) C. cost. 8.11.2018, n. 194, in *FI*, 2019, n. 1, I, 70 ss. Vedi anche Martone 2018; Bollani 2019.

(4) Cass. 5.7.2018, n. 17676, in *NGL*, 2018, 539 ss.

(5) Cass. 28.8.2018, n. 21265, in banca dati *Leggi d'Italia*, inedita a quanto consta.

(6) Cass. 18.4.2019, n. 10853, in *RFI*, 2019, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1574.

(7) Cass. 25.3.2019, n. 8293, in *RFI*, 2019, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1575.

(8) Di Paola (2019, 302 ss.), il quale, però, ritiene che, se la motivazione è esplicitata nella lettera di licenziamento, si tratterebbe di un vizio meramente formale, passibile di tutela indennitaria.

(9) Carinci F. 2016a; *Id.* 2016b, 135. Così anche Corti 2018, 169; Peruzzi 2017, 67; Marinelli 2018, 79; Palladini 2012, 675, 676; Bolego 2016, 335. In senso analogo, ma ritenendo necessario un intervento correttivo, Alleva 2012, 6.

(10) Nogler 2015.

ratore anche in relazione all'art. 24 Cost., ritenendo che la sua violazione dovrebbe incidere sulla esistenza stessa del potere di recesso (11); dall'altra, sul piano processuale, si evidenzia che, laddove il presunto inadempimento del lavoratore non venga contestato, si configurerebbe un'ipotesi di insussistenza del fatto già documentalmente provata, senza necessità di ulteriori allegazioni in giudizio da parte del lavoratore (12).

Non mancano voci contrarie, ma il diverso indirizzo non ha trovato particolare seguito.

Vi è chi evidenzia il tenore letterale dell'art. 18, c. 6, St. lav., il quale si riferisce genericamente alla «violazione» delle procedure; per questa dottrina, si dovrebbe ritenere che il legislatore abbia inteso comprendere in tale disposizione qualsiasi tipo di vizio: non solo l'insufficienza o la genericità della contestazione dell'addebito, ma anche la completa omissione della medesima contestazione (13). Alla base di questa tesi v'è l'idea che, quando le disposizioni parlano del «fatto», si riferiscono al fatto comunque posto a base del licenziamento, nella contestazione, nella lettera di recesso o in giudizio, perché altrimenti non avrebbe senso la previsione che consente di accertare ugualmente, anche in presenza di tali vizi, la sussistenza o meno del fatto (14).

4. — *La rilevanza della contestazione del fatto nell'attuale sistema sanzionatorio* — Nel regime inaugurato con la riforma dell'art. 18 St. lav., e proseguito dal d.lgs. n. 23/15, l'applicazione pratica del sistema a «geometria variabile» ha alle volte risentito della promiscuità dei confini tra violazioni formali e violazioni sostanziali relative al licenziamento disciplinare, con conseguente incertezza sulla scelta della tutela somministrabile (15).

Il caso della tardività della contestazione è quello che ha avuto maggiore risonanza, grazie a pronunce di legittimità difformi e infine all'intervento delle Sezioni Unite (16). Il contrasto è stato composto con riconoscimento al lavoratore della così detta tutela indennitaria *forte*, ossia economicamente più consistente (17): lo scollamento temporale tra l'accadimento del fatto e la contestazione è stato ritenuto integrare non soltanto una violazione procedurale, ma anche un indice della volontà datoriale di sopraspedere all'esercizio del potere discipli-

(11) Speciale 2012, 11. Per i profili relativi all'art. 24 della Costituzione e al diritto di difesa del lavoratore, vedi De Mozzi 2015, 134 ss.

(12) Marazza 2015.

(13) Pisani 2014; *Id.* 2013; cfr. De Mozzi 2015, 140.

(14) Pisani 2013. Vedi anche Vallebona 2012, 65 e Tremolada 2012; secondo quest'ultima opinione, la tesi per cui «il fatto non contestato deve equipararsi al “fatto insussistente” è disattesa dal c. 6 dell'art. 18, ove si prevede che, in caso di accertamento dell'ingiustificatezza del licenziamento irritualmente intimato, operino le tutele stabilite dai cc. 4 e 5 e non esclusivamente quella reintegratoria di cui al c. 4». In tema, anche Maresca 2012, 433 ss. Per Cester (2017, 1001 ss.), il mutamento delle ragioni del licenziamento durante il giudizio «potrà determinare l'applicazione della sanzione prevista per il caso di insussistenza del fatto contestato dal datore di lavoro», mentre «l'ampia formulazione legislativa porta a ricomprendere nell'ambito sanzionatorio del comma 6 anche le ipotesi di mancata contestazione degli addebiti» in sede disciplinare.

(15) In tema, Cester 2016. Per una ricostruzione storica dei regimi di tutela succedutisi negli anni, De Luca M. 2015. Sulla riforma dell'art. 18 St. lav., tra gli altri, Cester 2012. Sul regime introdotto dal d.lgs. n. 23/2015, vd. Carinci F. 2016a e Mainardi 2017. L'espressione «a geometria variabile» è impiegata da Cester (2014).

(16) Al riguardo, vedi Tosi, Puccetti 2017; Lama 2017; Silvestri 2018.

(17) Cass. 27.12.2017, n. 30985, in *LG*, 2018, n. 4, 345 ss., con nota di De Luca G.

nare a fronte di accadimenti che, evidentemente, non integrano gli «estremi della giusta causa»; non (solo) una questione di forma, dunque, ma (anche) di sostanza. Discorso diverso per la mancata osservanza del termine stabilito dalla contrattazione collettiva per l'adozione del provvedimento espulsivo, la quale configurerebbe, invece, una mera irregolarità formale, legittimante la somministrazione della così detta tutela indennitaria *debole* (18).

Per queste due ipotesi, la tutela reintegratoria è stata in ogni caso accantonata, in quanto, a oggi, riservata ai casi di difetto di giustificazione *sostanziale* del recesso disciplinare e non certo alle mere violazioni formali/procedurali; per tale via, si è avuto un autorevole *endorsement* dei due più declamati tratti distintivi dell'attuale, intero apparato rimediale contro i licenziamenti illegittimi: la svalutazione del vizio formale e la centralità della tutela indennitaria nelle sue possibili declinazioni (19).

La casistica dei vizi meramente formali o procedurali del licenziamento disciplinare è, per vero, molto più nutrita, e attira tuttora l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza (20).

Come visto, si è posto concretamente il dubbio se anche il difetto assoluto di contestazione disciplinare ovvero il mutamento dell'originaria incolpazione possano far parte di tale casistica (con conseguente accesso al ristoro indennitario) o continuino a integrare piuttosto un vizio *sostanziale* (con possibilità di accedere alla tutela reintegratoria, sia pure depotenziata).

In aderenza a tutti i precedenti giurisprudenziali sul tema e alla dottrina maggioritaria, la sentenza in commento ha dissipato ogni dubbio, offrendo interessanti argomenti di riflessione e spunti per tracciare una disciplina comune della casistica, così compendiabile (21):

- il licenziamento disciplinare, od ontologicamente disciplinare, non preceduto da contestazione;
- il licenziamento comminato sulla base di un fatto diverso da quello contestato (e dunque mai contestato);

(18) Pisani 2018.

(19) Carinci F. 2013; Carinci M.T. 2013. Vedi anche Cass. 31.7.2015, n. 16265, in *Quotidiano giuridico*, 2015.

(20) Persiani 2017; Mocella 2018. Per una casistica sistematica dei vizi formali e procedurali del licenziamento, con relativi richiami giurisprudenziali, si rinvia al contributo di Parravicini 2019 e a quello di Mastinu 2019. Si vedano anche, per delle ipotesi particolari, Crudeli 2017 e Zilli 2018. La questione di illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.lgs. n. 23/15 è stata sollevata dal Tribunale di Bari, con ordinanza n. 214 del 18.4.2019, pubblicata in *G.U.*, n. 49, del 4.12.2019. La Consulta, con sentenza n. 150/2020 (in *DPL*, 2020, 2195 ss.), ha dichiarato l'illegittimità di tale disposizione nella parte in cui ha fissato nella sola anzianità di servizio il parametro per la liquidazione dell'indennizzo spettante in caso di licenziamento affetto da vizio formale. Si segnala anche la decisione, pubblicata in data 11.2.2020, del Comitato europeo per i diritti sociali, relativamente alla quale si rinvia a Perrone 2020.

(21) La sentenza in commento, Cass. 24.2.2020, n. 4879, è così massimata in *Ced Cassazione*: «In tema di licenziamento disciplinare, il radicale difetto di contestazione dell'infrazione determina l'inesistenza dell'intero procedimento, e non solo l'inosservanza delle norme che lo disciplinano, con conseguente applicazione della tutela reintegratoria, di cui al c. 4 dell'art. 18 St. lav., come modificato dalla l. n. 92 del 2012, richiamata dal c. 6 del predetto articolo per il caso di difetto assoluto di giustificazione del provvedimento espulsivo, tale dovendosi ritenere un licenziamento disciplinare adottato senza alcuna contestazione di addebito». La pronuncia è stata annotata da Servidio 2020 e da Mocella 2020.

– l'ipotesi in cui il datore di lavoro adduca (soltanto) nel giudizio fatti disciplinari diversi da quelli contestati e posti alla base del recesso;

– il licenziamento disciplinare immotivato, o motivato in maniera assolutamente generica.

Queste ipotesi meritano una *reductio ad unum* nel prisma dell'art. 7 St. lav. e della giurisprudenza costituzionale formatasi su tale primario riferimento normativo (22).

In materia di sanzioni disciplinari, la portata innovativa delle riforme succedutesi a partire dalla l. n. 92/2012 resta soggetta a interpretazioni consolidate che attingono direttamente la propria ragione giustificativa nelle regole generali e inderogabili del nostro ordinamento, come tali riconosciute nella fondamentale, sempre attuale e ineludibile sentenza della Corte costituzionale n. 204/1982 (23): «l'art. 7, c. 1, ha sancito il principio fondamentale per il quale chi è perseguito per una infrazione deve essere posto in grado di conoscere l'infrazione stessa e la sanzione. L'art. 7, commi 2 e 3, poi, raccoglie il ben noto sviluppo – a un tempo socio-politico e giuridico-formale – che ha indotto a esigere come essenziale presupposto delle sanzioni disciplinari lo svolgersi di un procedimento, di quella forma cioè di produzione dell'atto che rinviene il suo marchio distintivo nel rispetto della regola del contraddittorio: *audiatur* – lo si ripete – *et altera pars*. Rispetto che tanto più è dovuto per quanto competente a irrogare la sanzione è (non già – come avviene nel processo giurisdizionale – il giudice, per tradizione e per legge “*super partes*”, ma) la una *pars*. Una volta introdotta con i commi 2 e 3 l'osservanza del contraddittorio tra datore e lavoratore quale indefettibile regola di formazione delle misure disciplinari, l'escluderne il licenziamento disciplinare sol perché la sua normativa non richiama l'art. 7 suona offesa dell'art. 3 pur a prescindere dalla maggiore gravità del licenziamento rispetto alle altre misure disciplinari».

La perdurante valenza di siffatti principi ha ricevuto autorevole avallo nella recente pronuncia della Corte costituzionale n. 150/2020 (24), che così si esprime: «Le previsioni dell'art. 7 della legge n. 300 del 1970, richiamate dalla disposizione oggi censurata [art. 4, d.lgs. n. 23/2015] assegnano un ruolo centrale al principio del contraddittorio, più che mai cruciale nell'esercizio di un potere privato che si spinge fino a irrogare la sanzione espulsiva (sentenza n. 204 del 1982, cit., punto 11.1 del Considerato in diritto). La conoscibilità delle norme disciplinari, la preventiva contestazione dell'addebito, il diritto del lavoratore di essere sentito, non sono vuote prescrizioni formali, ma concorrono a tutelare la dignità del lavoratore, come traspare anche dalla collocazione sistematica della norma nel Titolo I dello Statuto dei lavoratori, denominato “Della libertà e dignità del lavoratore”. Dopo questo intervento del legislatore, il potere disciplinare, nient'affatto dimidiato né tanto meno sospeso, assume le cadenze di un procedimento: esso si estrinseca nel rispetto di precise regole e si snoda attraverso fasi successive [...] Le garanzie sancite dall'art. 2 della l. n. 604 del 1966 e dall'art. 7 St. lav. consistono nell'imporre alle parti di esternare le contrapposte ragioni, al fine di chiarire i punti controversi e favorire, ove possibile, composizioni stragiudiziali. Tali garanzie preludono a un esercizio più efficace del diritto di difesa nel corso della fase giudiziale che il lavoratore può scegliere di instaurare successivamente. La violazione delle

(22) Relativamente al principio di immutabilità della contestazione, si veda Cass. 18.4.2019, n. 10853, cit. Vedi anche Cass. 9.5.2018, n. 11159, in *RFI*, 2018, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 797.

(23) C. cost. 30.11.1982, n. 204, in *GC*, 1983, I, 15, con nota di Pera.

(24) C. cost. 16.7.2020, n. 150, in *LG*, 2020, n. 10, 964 ss., con commento di Cester.

prescrizioni formali e procedurali, all'origine di un possibile e più ampio contenzioso riferito al recesso del datore di lavoro, rischia di disperdere gli elementi di prova che si possono acquisire nell'immediatezza dei fatti e attraverso un sollecito contraddittorio e incide, pertanto, sull'effettività del diritto di difesa del lavoratore. L'obbligo di motivazione e la regola del contraddittorio sono riconducibili al principio di tutela del lavoro, enunciato dagli artt. 4 e 35 Cost., che impone al legislatore di circondare di "doverose garanzie" e di "opportuni temperamenti" il recesso del datore di lavoro (sentenza n. 45 del 1965, punto 4 del Considerato in diritto), come questa Corte ha ribadito da ultimo nella sentenza n. 194 del 2018, cit. (punto 9.1 del Considerato in diritto). Anche i vincoli di forma e di procedura rientrano nell'ambito delle garanzie prescritte dalle norme ora richiamate, lette congiuntamente, proprio perché volte ad ampliare il perimetro delle tutele che circonda la persona del lavoratore. Questa Corte ha affermato, sin da epoca risalente, che l'inosservanza del principio del contraddittorio e delle scansioni procedurali imposte dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori "può incidere sulla sfera morale e professionale del lavoratore e crea ostacoli o addirittura impedimenti alle nuove occasioni di lavoro che il licenziato deve poi necessariamente trovare. Tanto più grave è il pregiudizio che si verifica se il licenziato non sia posto in grado di difendersi e fare accertare l'insussistenza dei motivi 'disciplinari', peraltro unilateralmente mossi e addebitati dal datore di lavoro" (sentenza n. 427 del 1989). Il contraddittorio "esprime un valore essenziale per la persona del lavoratore" (sentenza n. 364 del 1991, punto 2 del Considerato in diritto) e anche l'obbligo di motivazione risponde ad analoghe esigenze di tutela. La violazione di tale obbligo, difatti, non solo preclude in radice il dispiegarsi del contraddittorio, ma reca offesa alla dignità del lavoratore, esposto all'irrogazione della sanzione espulsiva senza avere adeguata cognizione delle ragioni che la giustificano».

In coerenza con queste chiarissime e nette enunciazioni, deve sostenersi che violazioni quale l'omissione della preventiva contestazione, il mutamento dell'originaria contestazione e la contestazione assolutamente generica (che non consente minimamente al lavoratore di identificare la condotta che gli viene addebitata) non determinano una mera deviazione di tipo procedurale o formale rispetto al modello delineato dall'art. 7 St. lav.; al contrario, lo schema normativo può dirsi totalmente bypassato, nel senso che il vizio preclude persino l'attivazione del procedimento assicurato dallo Statuto. L'atto datoriale ne è investito a tal punto che il recesso si profila come esercitato in carenza assoluta di potere (25); e il fatto posto alla base di un recesso irrogato in assenza di potere – mai imputato al lavoratore quale addebito disciplinare all'interno dello schema procedimentale entro il quale il potere datoriale può essere legittimamente esercitato – non può concorrere a fondare una legittima causa risolutoria del rapporto. Come anche la dottrina aveva rilevato nel regime previgente, la forma di cui qui si discute costituisce un elemento ineliminabile e di garanzia per una valida espressione e attuazione unilaterale di volontà sanzionatoria: un presupposto dell'esercizio del potere, non semplicemente il veicolo per tale manifestazione (26). Nell'at-

(25) Speciale 2012, 11. Nel regime previgente, vedi Del Punta 2005, 40.

(26) Mazzotta (1994, 2710), il quale però criticava la tesi della carenza di potere, fatta eccezione per le ipotesi di sanzioni comminate nel caso in cui «il datore abbia ommesso di attivare i presupposti minimi previsti dalla legge per potere concretamente esercitare, per l'appunto, quel potere», mentre al di fuori di queste ipotesi si dovrebbe parlare di «cattivo esercizio» del potere disciplinare. A proposito dei vari tipi di forma (come manifestazione esteriore dell'atto e come *step* della sequela proce-

tuale sistema, conseguenza inevitabile di questa situazione patologica è che quel medesimo fatto è irrilevante e dunque inidoneo a fornire giustificazione dell'atto unilaterale, non potendo che risultare insussistente in giudizio (27). Diversamente opinando, si finirebbe per attribuire al giudice la potestà di surrogarsi al datore di lavoro nell'esercizio di un potere privato che è a quest'ultimo precluso. E ciò alla stregua sia della nozione di «insussistenza del fatto contestato», ai sensi dell'art. 18, c. 4, St. lav., sia della nozione di «insussistenza del fatto materiale contestato», ai sensi dell'art. 3, c. 2, del d.lgs. n. 23/2015, la cui sostanziale equivalenza descrittivo-assiologica è stata anche di recente ribadita dalla Corte di Cassazione (28).

Al di là del profilo teorico, le cui connotazioni sono state sopra trattate e si appalesano di per sé idonee per rifiutare un'interpretazione diversa rispetto a quella accolta dalla sentenza in commento, se all'imprenditore fosse consentito espellere un dipendente «per giusta causa», senza contestare alcun fatto, senza addurre alcuna motivazione, il lavoratore si troverebbe costretto a presentare un ricorso giurisdizionale *bendato*, difendendosi alla cieca, senza sapere per quale colpa o violazione è stato estromesso, se non dopo la costituzione in giudizio dell'azienda. Lo stesso accadrebbe nell'ipotesi in cui, dopo un'iniziale, precisa incolpazione disciplinare, sfociata in un recesso motivato proprio con l'infrazione contestata, il datore potesse per la prima volta nel processo addurre un fatto nuovo non riconducibile nell'ambito definitorio di quello già cristallizzato nell'incolpazione, spendibile come ulteriore giustificazione della sanzione irrogata. Anche in questo caso, la protezione del lavoratore ne uscirebbe menomata, dacché, costruita una difesa contro la giustificazione originaria, occorrerebbe ripiegare (non si sa come) su una difesa completamente diversa, a ragione del mutamento introdotto dalla controparte (29). Se tutto questo fosse possibile, lo scenario sarebbe paradossale: mentre al lavoratore (parte debole del rapporto) resterebbe preclu-

dimentale) del licenziamento disciplinare, vedi Cass. 1.2.1992, n. 1037, in *FI*, 1992, I, 1141 ss. In tema vedi anche Angiello 2005.

(27) *Contra*, Pisani (2020), per cui la sentenza in commento farebbe parte di un orientamento che esprime una «nostalgia per il passato» e in particolare per il «vecchio art. 18 St. lav.».

(28) Cass. 8.5.2019, n. 12174, in *Corriere giuridico*, 2019, n. 7, 1004 ss.

(29) A ben vedere, il lavoratore non avrebbe strumenti processualmente adeguati per difendersi dalle nuove accuse che gli vengono mosse in una *escalation* degna del... miglior Kafka. Di più, si incentiverebbero strategie elusive per non dire furbesche da parte del datore, il quale potrebbe inizialmente contestare in via disciplinare determinati fatti per poi, nel processo, introdurne altri, ad esempio più gravi – inventati *ex post* alla bisogna, o conservati scientemente nel cassetto –, proprio allo scopodi prevaricare le ragioni del lavoratore e aggravarne la posizione processuale, contando sull'effetto sorpresa. Nel rito Fornero, questo gioco delle tre carte potrebbe addirittura raddoppiarsi, nel senso che il datore di lavoro sarebbe legittimato a mutare l'originaria contestazione una prima volta nella memoria difensiva nella fase sommaria e una seconda volta nel giudizio di opposizione (da lui introdotto, o introdotto dal lavoratore); il lavoratore dovrebbe dunque difendersi da tre contestazioni diverse e, per la cronaca, la fase sommaria della controversia verrebbe letteralmente bruciata, con frustrazione delle finalità del rito speciale *ex l.* n. 92/12. Più in generale, in un simile, raccapricciante scenario, risulterebbero lesi tanto il diritto di difesa del lavoratore quanto il principio del contraddittorio e della parità delle armi. Si accrediterebbe quindi una scelta di campo non soltanto illogica, caustica e sovversiva, ma anche profondamente illegittima perché contraria: all'intero sistema del diritto del lavoro (sia processuale sia sostanziale), ove peraltro vige il principio del *favor laboratoris*; agli artt. 24 e 111 Cost.; al principio di effettività della tutela giurisdizionale sancito dalle Carte sovranazionali (art. 47 della Carta di Nizza; art. 13 della Convenzione Edu).

so, come gli è (di regola) da sempre precluso, addurre in giudizio ulteriori motivi di illegittimità del licenziamento, al datore di lavoro (parte forte) sarebbe invece consentito addurre in corso di causa ulteriori motivi di licenziamento.

Il nuovo sistema di tutele s'ispira alla necessità di espungere alcune disfunzioni in ordine ai licenziamenti e al processo del lavoro. Così, l'idea del legislatore del 2012 era più che altro quella di eliminare definitivamente le controversie così dette a piatto crescente, fissando dei limiti all'indennizzo riconoscibile anche in caso di reintegra, a prescindere dalla durata del giudizio (che si è tentato di contenere, introducendo un rito speciale con iniziale fase sommaria). Inoltre, il *leitmotiv* della riforma, accentuato dal legislatore del *Jobs Act*, era quello di evitare che un licenziamento disciplinare pienamente giustificato potesse essere invalidato del tutto, con ripristino del rapporto lavorativo, per mere irregolarità di rango inferiore, che attengono alla meccanica del procedimento *ex art.* 7 St. lav. Il proposito alla base dell'innovazione legislativa non era certo quello di permettere al datore di lavoro di addurre per la prima volta in giudizio la ragione giustificativa del licenziamento disciplinare o di saltare a piè pari la fase della contestazione e dunque l'attivazione dello schema procedimentale: diversamente opinando, l'art. 18, c. 4, St. lav. e l'art. 3, c. 2, del d.lgs. n. 23/2015, nel sancire l'importanza del vaglio circa la «sussistenza del fatto», non avrebbero mai parlato di «fatto contestato» o di «fatto materiale contestato», ma soltanto di fatto, come rilevato dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza.

Riferimenti bibliografici

- Alleva G. (2012), *Punti critici della riforma del mercato del lavoro in tema di flessibilità in entrata e in uscita. Interventi indispensabili*, in www.bollettinoadapt.it/old/site/home/bollettino-adapt/speciale/docCat16-aprile-2012-n-12.2260.1.100.1.html, 16 aprile, n. 12, 1 ss.
- Angiello L. (2005), *Riflessioni sulla forma del licenziamento individuale*, in *LG*, n. 2, 107 ss.
- Bolego C. (2016), *Il licenziamento immotivato alla luce del d.lgs. 23/2015*, in *DLRI*, 317 ss.
- Bollani A. (2019), *Le tutele avverso il licenziamento ingiustificato e la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale: dopo le scosse, l'assestamento?*, in *DRI*, n. 1, 214 ss.
- Carinci F. (2013), *Ripensando il «nuovo» art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *ADL*, n. 3, 461 ss.
- Carinci F. (2016a), *Il diritto del lavoro all'epoca delle nuove flessibilità. Dallo Statuto al contratto a tutele crescenti: il «cambio di paradigma»*, in *GI*, n. 3, 776 ss.
- Carinci F. (2016b), *Licenziamento e tutele differenziate*, in Aa.Vv., *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, a cura di O. Mazzotta, Giappichelli, Torino, 119 ss.
- Carinci M.T. (2013), *Fatto «materiale» e fatto «giuridico» nella nuova articolazione delle tutele ex art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 6, 1326 ss.
- Cester C. (2012), *La disciplina dei licenziamenti dopo la riforma Fornero: metamorfosi della tutela reale*, in *LG*, n. 10, 861 ss.
- Cester C. (2014), *Il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, in *GI*, n. 1, 194 ss.
- Cester C. (2016), *I licenziamenti tra passato e futuro*, in *ADL*, n. 6, 1099 ss.
- Cester C. (2017), *Le tutele*, in E. Gragnoli (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, 726 ss.
- Cester C. (2019), *Il Jobs Act sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?*, in *LG*, n. 2, 163 ss.

- Cester C. (2020), *Una pronuncia scontata: vizi formali e procedurali del licenziamento e inadeguatezza delle sanzioni*, in *LG*, n. 10, 964 ss.
- Corti M. (2018), *Flessibilità e sicurezza dopo il Jobs Act. La flexicurity italiana nell'ordinamento multilivello*, Giappichelli, Torino.
- Crudeli G.G. (2017), *Licenziamento e potere disciplinare – Indifferibilità dell'audizione se superflua ai fini dell'esercizio della difesa del lavoratore*, in *GI*, n. 11, 2449 ss.
- De Luca G. (2018), *La tardività allo specchio: natura procedimentale ma non troppo*, in *LG*, n. 4, 350 ss.
- De Luca M. (2015), *Contratto di lavoro a tutele crescenti e sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi*, in *LG*, n. 6, 545 ss.
- De Mozzis B. (2015), *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, in F. Carinci, C. Cester, *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, in *Adapt labour studies*, e-book series, n. 46, 134 ss.
- Del Punta R. (2005), *Il licenziamento disciplinare tardivo: quale sanzione?*, in *MGL*, n. 1-2, 40 ss.
- Di Paola L. (2019), *L'illegittimità del licenziamento individuale per vizi formali e procedurali*, in L. Di Paola (a cura di), *Il licenziamento*, Giuffrè, Milano, 287 ss.
- Giubboni S. (2019), *Il licenziamento nel contratto a tutele crescenti dopo la sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale*, in *FI*, n. 1, I, 92 ss.
- Lama R. (2017), *Licenziamento illegittimo per tardività della contestazione disciplinare: la questione rimessa alle Sezioni Unite*, in *Corriere giuridico*, n. 8-9, 1061 ss.
- Mainardi S. (2017), *L'ordinamento italiano e le «tutele crescenti» contro i licenziamenti illegittimi*, in *ADL*, n. 4-5, 845 ss.
- Marazza M. (2015), *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *ADL*, n. 2, 310 ss.
- Maresca A. (2012), *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, I, 415 ss.
- Marinelli M. (2018), *Lavoratore e processo dopo il Jobs Act*, in *ADL*, n. 1, 79 ss.
- Martone M. (2018), *Calcolabilità del diritto e discrezionalità del giudice: a proposito della illegittimità costituzionale del «Jobs Act»*, in *ADL*, n. 6, 1518 ss.
- Mastinu E.M. (2019), *Le irregolarità procedurali tipiche e atipiche nella disciplina di tutela contro i licenziamenti illegittimi*, in *ADL*, n. 4, 728 ss.
- Mazzotta O. (1994), *«La terra è piatta?» – «Forse» (A proposito del licenziamento disciplinare illegittimo e sanzioni conseguenti)*, in *FI*, n. 10, I, 2707 ss.
- Mocella M. (2018), *Le conseguenze dei vizi di forma e procedura nei licenziamenti individuali e collettivi / Las consecuencias de los vicios de forma y procedimiento en el despido individual y colectivo*, in *Revista jurídica de la Universidad de León*, n. 5, 65 ss.
- Mocella M. (2020), *Licenziamento disciplinare – Immutabilità della contestazione disciplinare dopo le riforme della disciplina dei licenziamenti*, in *GI*, n. 5, 1154 ss.
- Nogler L. (2015), *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. 23 del 2015*, in *ADL*, n. 3, 507 ss.
- Palladini A. (2012), *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in *RIDL*, I, 653 ss.
- Parravicini G.P. (2019), *I vizi formali del licenziamento individuale*, in *GI*, n. 12, 2771 ss.
- Pera G. (1983), *Il licenziamento come sanzione disciplinare*, in *GC*, n. 1, I, 19 ss.

- Perrone F. (2020), *La forza vincolante delle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali: riflessioni critiche alla luce della decisione Cgil c. Italia dell'11 febbraio 2020 sul Jobs Act sulle tutele crescenti*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 1, 1 ss.
- Persiani M. (2017), *Procedimento disciplinare e modalità dell'audizione personale – Un'ulteriore questione relativa al procedimento disciplinare*, in *GI*, n. 2, 410 ss.
- Peruzzi M. (2017), *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Giappichelli, Torino.
- Pisani C. (2013), *Le conseguenze dei vizi procedurali del licenziamento disciplinare dopo la legge n. 92 del 2012*, in *ADL*, n. 2, 264 ss.
- Pisani C. (2014), *Il licenziamento inefficace per vizio di forma*, in *GI*, 2014, n. 2, 441 ss.
- Pisani C. (2018), *Tardività del licenziamento disciplinare: le Sezioni Unite escludono la reintegrazione*, in *GI*, n. 2, 412 ss.
- Pisani C. (2020), *«Insussistenza del fatto contestato» diventa «insussistenza della contestazione del fatto»: giochi di parole per passare dall'indennità ex sexto comma alla reintegra ex quarto comma*, in *DRI*, n. 2, 546 ss.
- Servidio S. (2020), *Omessa contestazione disciplinare e licenziamento*, in *DPL*, n. 13, 822 ss.
- Silvestri M. (2018), *Immediatezza della contestazione disciplinare e relatività del concetto*, in *LG*, n. 1, 82 ss.
- Speziale V. (2012), *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 165.
- Tosi P., Puccetti E. (2017), *La dissoluzione di una riforma nella tardività della contestazione disciplinare*, in *GI*, n. 8-9, 1912 ss.
- Tremolada M. (2012), *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 St. lav. per la riforma Fornero*, in *LG*, n. 10, 873 ss.
- Vallebona A. (2012), *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino.
- Zilli A. (2018), *La comunicazione «scritta» del licenziamento nell'era digitale*, in *LG*, n. 6, 566 ss.

Nicolò Bertotto
Avvocato in Perugia
Luciano Brozzetti
Avvocato in Perugia

CORTE D'APPELLO ROMA, 28.4.2020 – Pres. ed Est. Garzia – R.S. (avv. ti Panici, Guglielmi, Mancuso) c. Acli e Us Acli (avv. Vallebona).

Comando e distacco – Illegittimità – Decadenza.

Licenziamento individuale – Licenziamento ritorsivo – Onere probatorio.

Nell'impugnazione del distacco illegittimo trova applicazione la disciplina di cui all'art. 39 del d.lgs. n. 81/2015 (che si riferisce alla fattispecie della somministrazione irregolare di lavoro), per il quale il termine decadenziale decorre dalla data in cui il lavoratore ha cessato di svolgere la propria attività presso l'utilizzatore. (1)

In tema di licenziamento nullo, perché ritorsivo, l'onere della prova grava sul lavoratore e deve essere assolto con la dimostrazione di elementi specifici tali da far ritenere con sufficiente certezza l'intento di rappresaglia; la volontà ritorsiva del datore di lavoro deve costituire il motivo unico e determinante del recesso. (2)

(1-2) BREVI NOTE IN TEMA DI DECADENZA NELL'IMPUGNAZIONE
DEL DISTACCO INFRAGRUPPO ILLEGITTIMO

1. — Con la sentenza in commento, la Corte d'Appello di Roma ritorna sul delicato tema del distacco illegittimo e dei requisiti di liceità del recesso intimato dal datore di lavoro distaccante, soffermandosi *in primis* sul regime decadenziale applicabile e confermando, *in secundis*, il principio giurisprudenziale secondo il quale, affinché il licenziamento debba considerarsi nullo perché ritorsivo, è necessario che l'intento di rappresaglia costituisca l'unica ed effettiva ragione posta alla base del recesso.

Nel caso di specie la reclamante negava che fosse decorso il termine di decadenza applicabile e chiedeva fosse accertata l'illegittimità del distacco e l'esistenza di un rapporto di lavoro di natura subordinata direttamente con il distaccatario; accertamento dal quale sarebbe derivata l'illegittimità del licenziamento intimato da un soggetto diverso dall'effettivo datore di lavoro; la lavoratrice, infine, contestava, in subordine, la legittimità del licenziamento effettuato dal datore di lavoro distaccante, affermando che fosse stato intimato dal distaccante per motivo illecito, in quanto basato su ragioni esclusivamente ritorsive.

Un primo nodo da risolvere, quindi, è quello relativo all'applicabilità alla fattispecie del distacco illegittimo del regime decadenziale di cui all'art. 6 della l. n. 604/66 e all'individuazione del *dies a quo* a cui collegare la decorrenza del termine di decadenza.

Non può condividersi il ragionamento della Corte che, riconducendo l'ipotesi del distacco privo dei requisiti di legittimità alla fattispecie della somministrazione irregolare di lavoro, ritiene applicabile la norma speciale prevista dall'art. 39 del d.lgs. n. 81/2015: anche se in concreto pare condivisibile, pur con diverso ragionamento, la soluzione raggiunta per la quale il lavoratore, al fine di chiedere la costituzione del rapporto di lavoro con il distaccatario, deve impugnare, con un qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, entro il sessantesimo giorno dalla data di cessazione dell'attività resa presso il datore di lavoro di fatto.

L'impugnazione della legittimità del distacco che avvenga al di fuori dei requisiti di legittimità previsti dall'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003 deve invece essere ricondotta alla previsione dell'art. 32, c. 4, lett. *d*, della l. n. 183/2010, con cui il legislatore ha esteso il termine decadenziale di 60 giorni a tutte le ipotesi di contestazione dell'imputazione del rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal formale titolare del contratto, e tra queste è pacificamente riconducibile quella del distacco illecito. Si pone così il problema di individuare correttamente il *dies a quo* sulla base del quale calcolare la decorrenza del termine e che deve essere determinata sulla base delle peculiarità della specifica fattispecie e delle relative modalità di perfezionamento (Putaturo Donati 2018, 273).

Nel caso del distacco illegittimo, in particolare, non sembra possibile assumere come riferimento né il momento in cui si realizza l'illegittimità né il momento della cessazione del contratto di lavoro con il distaccante. L'esclusione del primo criterio può essere fondata essenzialmente sulla base di due ordini di ragioni: sotto un primo profilo è necessario valutare l'asimmetria informativa delle parti contrattuali e la difficoltà che potrebbe avere il lavoratore a entrare in possesso delle informazioni necessarie a una corretta valutazione della legittimità della situazione, stante il fatto che, non essendo previsto uno specifico requisito di forma, il provvedimento di distacco potrebbe anche non avere data certa; una seconda osservazione, invece, sottolinea la possibile inibizione del lavoratore a far valere un proprio diritto in costanza di svolgimento del rapporto di lavoro con il distaccatario. In tal senso si può considerare l'estensione alle ipotesi di decadenza *ex* art. 32, c. 4, lett. *d*, di quanto sancito dalla Corte costituzionale in tema di prescrizione e di soggezione del lavoratore a rivendicare i propri diritti nei confronti di un soggetto dal quale dipende per il proprio sostentamento (Nicolini 2013, 631).

Il secondo criterio, invece, deve essere considerato incompatibile con la *ratio* stessa della norma, in quanto collegare la decorrenza del termine di decadenza a un elemento esterno e, con tutta probabilità, successivo al rapporto intercorrente tra lavoratore e distaccatario sottoporrebbe quest'ultimo a un'alea indeterminabile; la fattispecie del distacco, in particolare, è fortemente caratterizzata dall'elemento della temporaneità; caratteristica che invece non appartiene al rapporto di lavoro subordinato intercorrente tra lavoratore e datore di lavoro distaccante. Al termine del periodo del distacco il lavoratore non interrompe il rapporto con il datore di lavoro ma viene riammesso a rendere la prestazione nei suoi confronti e l'interruzione del rapporto potrebbe avvenire in un momento di molto successivo a quello in cui è cessato il distacco di cui si vuole accertare l'illegittimità. Appare quindi evidente come un tale criterio altro non farebbe che svuotare completamente di significato la norma sulla decorrenza, tesa a dare certezza del diritto seppur contraendo nel tempo la possibilità del lavoratore di far valere i suoi diritti (Mutarelli 2014, 564).

Il *dies a quo* del decorso del termine decadenziale deve quindi essere individuato nel momento in cui il lavoratore cessa di rendere la propria prestazione nei confronti del distaccatario, ovvero nel momento in cui viene estromesso dall'organizzazione del datore di lavoro nei confronti del quale si chiede di accertare l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato (Scarpelli 2010, 53; Ianniruberto 2011, 231).

Stante il fatto che, in materia di distacco, il legislatore non prevede alcun requisito di forma, l'esatta identificazione di tale momento potrebbe non essere agevole (Lamberti 2011, 251); infatti, anche la comunicazione amministrativa del termine del distacco potrebbe non essere a conoscenza del lavoratore o potrebbe non rispecchiare l'effettiva interruzione della prestazione lavorativa in favore del datore distaccatario.

Graverà, quindi, sul lavoratore l'onere di provare che non siano trascorsi 60 giorni dall'estromissione dall'organizzazione del datore di lavoro distaccatario. Nel caso in esame il momento di interruzione del distacco è stato formalizzato attraverso la riconsegna del materiale cartaceo in possesso della lavoratrice al datore di lavoro distaccatario e, quindi, sarebbe spettato alla reclamante dimostrare che nei fatti la prestazione lavorativa si fosse estesa oltre quel momento, in particolare fino all'interruzione del rapporto di lavoro con il datore distaccante, a nulla valendo in tale ricostruzione la mancata riammissione presso l'organizzazione di quest'ultimo.

L'effetto caducatorio del termine decadenziale investe tutti i diritti connessi, direttamente o meno, all'accertamento e alla costituzione del rapporto di lavoro, inclusa la possibilità di impugnare la legittimità del licenziamento che si assume essere stato irrogato da un soggetto diverso dal reale datore di lavoro. La pronuncia sull'accertamento del rapporto di lavoro non può infatti che essere considerata prodromica a quella sulla validità del recesso, non potendosi considerare applicabile a tale fattispecie quella ricostruzione secondo la quale l'accertamento dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra il prestatore e il distaccatario potrebbe essere svolto dal giudice *incidenter tantum*, al fine di conferire effettività a quei diritti del lavoratore, ad esempio retributivi o risarcitori, che non siano gravati direttamente da un termine di decadenza (In tema di decadenza dall'impugnazione del contratto a termine, si veda Preteroti 2016, 823 ss.).

Il recesso intimato dal datore distaccante, quindi, non potrà essere considerato inesistente in quanto posto in essere da un soggetto estraneo dal rapporto di lavoro, bensì dovrà essere valutato con riferimento all'ambito aziendale del datore di lavoro nella sua interezza; la cessazione dell'interesse al distacco o la soppressione del posto presso la società distaccataria non costituiscono, infatti, una valida ragione su cui fondare il licenziamento (Cass. 11.12.2013, n. 27651, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*).

La Corte d'Appello, nella sentenza in commento, ha ritenuto che il licenziamento intimato non possedesse il carattere della ritorsività, perché da un lato la lavoratrice non era riuscita a dimostrare l'esistenza di un motivo illecito determinante, mentre dall'altro il datore di lavoro aveva assolto l'onere probatorio comprovando l'esistenza di un giustificato motivo oggettivo – la soppressione del posto di lavoro della ricorrente – capace di poter da solo sorreggere il licenziamento.

La Corte, infatti, aderisce chiaramente a quella giurisprudenza secondo la quale la sussistenza di un comprovato giustificato motivo oggettivo consentirebbe di prescindere dall'analisi del preteso motivo illecito determinante, perché lo priverebbe del necessario carattere dell'esclusività (Da ultimo, Cass. 31.8.2020, n. 18136, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*), e si sofferma correttamente sull'effettività e non pretestuosità della causale del licenziamento nonché sul nesso causale con il recesso, giungendo a sancirne la fondatezza.

L'assoluzione dell'onere della prova da parte del datore di lavoro deve, inoltre, concernere la concreta sussistenza delle ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al suo regolare funzionamento, a causa delle quali è dipesa la fuoriuscita del lavoratore dall'azienda, nonché l'impossibilità di utilizzare il lavoratore licenziato in altre mansioni, riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte, oppure al livello immediatamente inferiore (cd. obbligo di *repêchage*).

La valutazione della correttezza di questa seconda operazione, necessaria per ritenere

il ricorso al licenziamento una *extrema ratio* per il datore di lavoro, deve tenere conto dell'ulteriore elemento della compagine aziendale, articolata in un sistema di imprese complesso, all'interno del quale devono essere stabiliti i confini di operatività dei diversi soggetti coinvolti.

Affinché possa ritenersi che l'obbligo di ricollocazione debba superare i confini aziendali non è sufficiente che vi sia un mero collegamento economico-funzionale tra imprese, bensì è necessario dimostrare la sussistenza di un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro attraverso stringenti requisiti quali l'unicità della struttura organizzativa e produttiva, l'integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo e il correlativo interesse comune, 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 e l'utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte delle varie società titolari delle distinte imprese (*Ex pluribus*, Cass. 26.8.2016, n. 17368, in *LG*, 2016, n. 12, 1121 ss.).

Nel caso di specie, prima del licenziamento il datore di lavoro ha provveduto a offrire alla ricorrente due diverse posizioni compatibili con la sua qualifica professionale all'interno di altre società appartenenti al gruppo e solo successivamente ha proceduto al licenziamento della stessa, dato che all'interno dell'azienda datrice di lavoro, invece, non risultava possibile ricollocare la lavoratrice in posizioni disponibili. Appare anche soddisfatto, quindi, l'esperimento dell'obbligo di *repêchage*, anche nella sua più ampia interpretazione concernente tutte le aziende del gruppo.

La Corte, inoltre, nonostante escluda la ritorsività del licenziamento sulla base della sussistenza delle ragioni oggettive poste alla base dello stesso, si sofferma sul preteso motivo illecito determinante escludendone la fondatezza. I comportamenti contestati, infatti, erano riconducibili esclusivamente alla società distaccataria, quindi a un soggetto diverso da quello che aveva intimato il recesso, ed erano avvenuti in un tempo risalente.

Nella valutazione del carattere ritorsivo del recesso datoriale, un elemento essenziale è quello della volontà del datore; infatti, seppur non ci si possa spingere fino ad affermare che il lavoratore debba provare l'elemento soggettivo della condotta, è necessario dimostrare che il licenziamento derivi dalla volontà del datore di licenziare il dipendente esclusivamente come reazione a un comportamento legittimo del prestatore stesso. Appare così evidente come non possano ricondursi alla volontà del datore distaccante eventi accaduti in relazione al rapporto col distaccatario e non quelli connessi allo svolgimento della prestazione presso il distaccatario se non direttamente influenti sulla formazione della volontà del datore.

In conclusione è possibile affermare che in caso di lamentato distacco illegittimo opera il termine decadenziale di 60 giorni con decorrenza dall'estromissione del lavoratore dall'organizzazione aziendale della distaccataria e, per la valutazione della legittimità di un successivo licenziamento, verrà in rilievo esclusivamente l'ambito aziendale dell'effettivo datore di lavoro nella sua interessezza.

Riferimenti bibliografici

Ianniruberto G. (2011), *Il nuovo regime delle decadenze nell'impugnazione degli atti datoriali*, in M. Cinelli, G. Ferraro (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4.11.2010, n. 183*, Giappichelli, Torino, 221 ss.

- Lamberti M. (2011), *L'estensione del regime delle decadenze (lavoro a termine, trasferimento d'azienda e rapporti interpositori)*, in M. Cinelli, G. Ferraro (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183*, Giappichelli, Torino, 251 ss.
- Mutarelli M.M. (2014), *Il «dies a quo» per l'impugnazione nei rapporti interpositori*, in *RIDL*, II, 560 ss.
- Nicolini C.A. (2013), *L'evoluzione del regime delle decadenze nei rapporti di lavoro*, in *RIDL*, I, 609 ss.
- Preteroti A. (2016), *Questioni in tema di decadenza dall'impugnazione del contratto a termine e regimi sanzionatori, tra vecchi e nuovi problemi*, in *q. Riv.*, n. 4, I, 819 ss.
- Putaturo Donati F.M. (2018), *Decadenza e posizione del lavoratore*, Esi, Napoli.
- Scarpelli F. (2010), *Il nuovo regime delle decadenze*, in O. Mazzotta (a cura di), *Il diritto del lavoro dopo il «Collegato» (l. 4.11.2010, n. 183)*, Jurismaster editore, Montecastrilli, 34 ss.

Flavia Schiavetti
Avvocata.
Dottoranda di ricerca
presso «Sapienza» Università di Roma

TRIBUNALE LECCE, 19.6.2020 – Est. Carbone – D.A.G. e M.P. (avv. Chironi) c. G.F.L. Srl (avv.ti Gallozzi, Tondi, Tolomeo).

Licenziamento individuale – Contratto a tutele crescenti – Licenziamento per g.m.o. – *Repêchage* – Oneri a carico del datore di lavoro – Obblighi formativi ex art. 2103 c.c. – Costi formativi non eccessivamente onerosi – Correttezza e buona fede – Violazione dell’obbligo di *repêchage* – Illegittimità del recesso.

Licenziamento individuale – Licenziamento per g.m.o. – Regime sanzionatorio ex art. 3, c. 1, d.lgs. n. 23/2015 – Corte costituzionale n. 194/2018 – Criteri di quantificazione dell’indennizzo – Condotta e condizioni delle parti – Decisione Ceds – Illegittimità del recesso anche per violazione dell’obbligo di *repêchage* – Risarcimento in funzione dissuasiva.

*In caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, l’obbligo formativo previsto dalla riforma del 2015 appare una relevantissima aggiunta normativa all’art. 2103 c.c. che si ritiene influenzi direttamente gli oneri datoriali in vista del *repêchage*, ampliando anche quelli di allegazione e prova del datore. Pertanto, il possibile ripescaggio dei dipendenti mediante un iter formativo deve considerarsi come un contraltare della maggiore flessibilità in uscita consentita dal d.lgs. n. 23/2015, che ha escluso, ad esempio, l’ipotesi di manifesta insussistenza del g.m.o. e ha rimodulato il sistema degli indennizzi. (1)*

La quantificazione dell’indennizzo previsto dall’art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015, in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, deve tener conto della condotta del datore anche con riferimento alla possibilità di salvaguardare il posto di lavoro e le condizioni delle parti. Tutti questi elementi devono essere valutati complessivamente al fine di stabilire un indennizzo avente funzione effettivamente dissuasiva anche alla luce della decisione del Comitato europeo dei diritti sociali dell’11.2.2020. (2)

(1-2) JOBS ACT E LICENZIAMENTO PER G.M.O.: OBBLIGHI FORMATIVI, *REPÊCHAGE* E QUANTIFICAZIONE DELL’INDENNIZZO IN FUNZIONE DISSUASIVA

1. — La sentenza oggetto di commento consente alcuni spunti di riflessione sulla fattispecie dei contratti a tutele crescenti e sul regime sanzionatorio previsto dall’art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015, in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Il provvedimento in analisi, infatti, tratta due argomenti: da una parte, l’obbligo di *repêchage*, dando risalto alla tematica dei relativi oneri di allegazione, con specifico riferimento anche alla formazione prevista dall’art. 2103 c.c., da considerarsi alla stregua di un dovere a carico del datore; dall’altra, le modalità per la quantificazione dell’indennizzo conseguente al recesso

illegittimo dopo l'arresto della Corte costituzionale n. 194 del 2018 (In q. *Riv.*, 2019, n. 1, II, 3 ss., con nota di Speciale; in *RIDL*, 2018, II, 1059 ss., con nota di Carinci), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015, nella parte in cui fa esclusivo riferimento all'anzianità di servizio. Secondo la sentenza in analisi, al fine di stabilire una sanzione avente funzione effettivamente dissuasiva, devono essere valutati complessivamente i seguenti criteri: il tipo di violazioni che hanno determinato il recesso, la condotta del datore, anche con riferimento alla possibilità di salvaguardare il posto di lavoro (soprattutto in contesti di grandi realtà aziendali) e le condizioni delle parti. Venendo al caso di specie, la vicenda prende le mosse da un licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo e disposto dalla società in quanto l'appaltante aveva comunicato la cessazione del servizio. In particolare, i lavoratori rappresentavano di aver svolto, in ragione dell'appalto, attività di addetti al trasporto di emoderivati e medicinali in favore del committente. La motivazione addotta a sostegno del provvedimento espulsivo faceva quindi riferimento alla dismissione di una parte dell'attività economica a cui erano addetti i ricorrenti.

2. — Ricostruiti in breve i passaggi essenziali della sentenza, occorre prendere posizione sulle questioni che appaiono di maggiore interesse ai fini della presente annotazione. Il giudice, a sostegno delle proprie argomentazioni, ha effettuato un'articolata e puntuale ricostruzione della giurisprudenza in tema di *repêchage* e dei relativi oneri di allegazione a carico del datore di lavoro (Per una completa disamina in materia di licenziamento per g.m.o. e violazione dell'obbligo di *repêchage*, si veda: Maresca 2019, 553; Persiani 2016, 1164 ss.; Santoro Passarelli 2013, 236). Il Tribunale di Lecce, richiamando espressamente gli indirizzi giurisprudenziali formatisi sul punto (Tra le tante: Cass. 2.5.2018, n. 10435, pubblicata rispettivamente in *LPO*, 2018, 7-8, 481 ss., con nota di Salvagni, nonché in *DML*, 2019, I, 909 ss., con nota di Ammassari; Cass. 5.1.2017, n. 160, Cass. 9.11.2016, n. 22798, e Cass. 21.12.2016, n. 26467, tutte pubblicate in q. *Riv.*, 2017, II, 245 ss., con nota di Calvellini; Cass. 10.5.2016, n. 9467, in *ADL*, 2016, n. 4-5, 88 ss.), ha stabilito l'illegittimità del recesso per violazione di tale obbligo, in quanto il datore non ha dimostrato in giudizio l'insussistenza di altre posizioni in cui ricollocare i lavoratori licenziati, anche con riferimento all'adibizione a mansioni inferiori [Cfr., sull'obbligo di *repêchage* anche in mansioni inferiori, *ex multis*: Cass. 26.5.2017, n. 13379, in q. *Riv.*, 2017, II, 577 ss., con nota di Salvagni (2017a); Cass. 19.11.2015, n. 23698, in q. *Riv.*, 2016, II, 182 ss., con nota di Giordano; Cass. 22.5.2014, n. 11395, in *D&G*, 2014; Cass. 23.10.2013, n. 24037, in *RIDL*, 2014, II, 296 ss.; per una ricostruzione sull'evoluzione giurisprudenziale in tema dell'obbligo di *repêchage* in mansioni inferiori, si rimanda a Salvagni 2017b, 254 ss.]. Risulta, poi, particolarmente significativa la parte della motivazione in cui il magistrato salentino dà ampio risalto alla fattispecie dell'obbligo di formazione previsto a carico del datore di lavoro dall'articolo 2103 c.c., comma 3 (come modificato dal d.lgs. n. 81/2015), in caso di mutamento di mansioni. Infatti, il provvedimento in commento afferma che, poiché «la previsione legale amplia lo spettro delle soluzioni che il datore deve intraprendere» per tentare una riconversione del prestatore in posizioni alternative, il giudice deve verificare se l'imprenditore, in caso di recesso, abbia adempiuto esattamente, secondo i canoni della correttezza e buona fede, all'obbligo di formazione purché ciò non comporti un costo eccessivamente oneroso. A giudizio del Tribunale, l'inadempimento di tale dovere incide sulla decisione in merito alla violazione del *repêchage*. Secondo la dottrina tale obbligo for-

mativo, a seguito della novella del 2015, assume una rilevanza maggiore rispetto al passato e, anche se non «assume a elemento costitutivo del contratto [...], costituisce generale espressione degli obblighi di correttezza e buona fede ex artt. 1175 e 1375 c.c. nell'esecuzione dello stesso» (Buconi 2016, 92-93). In dottrina, tuttavia, è stato sostenuto che in caso di recesso non esiste un vero e proprio obbligo di formazione dei dipendenti ai fini della loro ricollocazione, se non in posizioni libere, perché l'imprenditore non può sopportare un carico economico eccessivo per mettere in condizione il lavoratore di espletare nuove mansioni [In tal senso, Pisani (2015, 150), secondo cui ciò sarebbe in contrasto con l'art. 41 Cost., imponendo al datore un «doppio costo» sia per la formazione sia per la retribuzione]. La sentenza in analisi, invece, risulta innovativa in quanto qualifica il dovere formativo previsto dalla riforma del 2015 come «una relevantissima aggiunta normativa all'articolo 2103 c.c. che si ritiene influenzi direttamente gli oneri datoriali in vista del *repêchage*, ampliando anche gli oneri di allegazione e prova del datore in simili ipotesi». A riguardo, nella vicenda *de qua* la società ha argomentato l'impossibilità di ripescare i ricorrenti per mancanza di posizioni fungibili. Tuttavia, in base alla documentazione prodotta in giudizio, è emerso che vi erano altri dipendenti con il medesimo inquadramento di quelli licenziati che, però, erano adibiti ad altre attività (addetti «*vending*» e addetti parafarmacie). A parere del giudice, il recesso è illegittimo in quanto la società avrebbe dovuto effettuare un investimento formativo al fine di ricollocare i prestatori in mansioni alternative esistenti nella compagine aziendale. Infatti, la società non ha dimostrato che sarebbero stati necessari tempi e costi particolarmente onerosi per la formazione dei lavoratori oppure il conseguimento di uno specifico titolo per consentire ai dipendenti licenziati di svolgere mansioni differenti. Sul punto, il magistrato osserva che il possibile *repêchage* dei dipendenti mediante un *iter* formativo deve «considerarsi come un contraltare della maggiore flessibilità in uscita consentita dal d.lgs. n. 23/2015, che ha escluso, ad esempio, l'ipotesi di manifesta insussistenza del g.m.o. e ha rimodulato (Anche se cfr. C. cost. n. 194/2018, cit.) il sistema degli indennizzi». Si tratta di una posizione che fa eco a quanto sostenuto in dottrina, laddove si osserva che, «una volta travolto l'argine della tutela reale del posto di lavoro con il contratto a tutele crescenti», l'attuale formulazione dell'art. 2103 c.c., mediante un allargamento della mobilità orizzontale, limita indirettamente il ricorso ai licenziamenti per g.m.o., poiché «viene contestualmente ampliato l'onere di *repêchage* posto in capo al datore di lavoro» (Corti 2016, 65). Pertanto, il recesso è illegittimo tutte le volte che, utilizzando il potere datoriale di variare le mansioni in orizzontale o in basso, si possano trovare spazi all'interno della organizzazione aziendale per l'utilizzo alternativo del dipendente (Brollo 2015, 42). Per concludere, a giudizio del Tribunale, attribuire all'obbligo formativo il valore di rimedio qualificato per evitare la perdita del posto del lavoro rappresenta un'adeguata contropartita al fatto che il d.lgs. n. 23/2015 ha eroso notevolmente la tutela reintegratoria (Per una disamina sulla tematica dell'erosione della tutela reale a seguito del *Jobs Act*, si vd. Barbieri 2020, 85).

3. — Appare poi di rilievo e ben argomentata anche la parte del provvedimento in commento relativa alla valutazione dei criteri da prendere in considerazione per stabilire la misura dell'indennizzo previsto dal d.lgs. n. 23/2015 per i contratti a tutele crescenti. Il magistrato, a sostegno della propria motivazione, richiama non solo i principi espressi da C. cost. n. 194 del 2018, cit., ma anche, con argomentazione svolta a quanto consta per la prima volta in una sentenza, la decisione del Comitato europeo dei diritti sociali dell'11.2.2020,

promossa dalla Cgil contro l'Italia (Cfr.: Buffa 2020, 1; Tomassetti 2020, 209). Per completezza di esposizione, si evidenzia che la Cgil, mediante il ricorso al Comitato, ha sostenuto che il combinato disposto degli articoli 3, 4, 9, 10 del d.lgs. n. 23/2015, con riferimento alla fattispecie di licenziamento per g.m.o. dichiarato illegittimo, risulta in contrasto con l'art. 24 della Carta sociale europea (ossia il «diritto a un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione»), essendo inadeguata una tutela che prevede solo un indennizzo nei limiti della legge (cd. tetto massimo). In merito, il Comitato ha affermato che le norme del d.lgs. n. 23/2015 non sono in alcun modo adeguate a scoraggiare il datore a effettuare recessi illegittimi e, non rappresentando un valido deterrente, sono contrarie a quanto stabilito nell'art. 24 della Cser, in quanto «sproporzionate e prive di carattere sufficientemente dissuasivo» (In merito si veda Perrone 2020, 3). Come sostenuto dal Comitato, un rimedio efficace contro tale «stortura» normativa del d.lgs. n. 23/2015, che stabilisce appunto un limite massimo al risarcimento, è quello di dare maggiore risalto sia ai criteri per la quantificazione del danno sia alla misura dello stesso mediante il riconoscimento «di una indennità di importo sufficientemente elevato» (cfr. punto 87 della decisione) che abbia lo scopo di sanzionare, in funzione dissuasiva, condotte apertamente ingiustificate da parte del datore di lavoro.

4. — Tornando all'esame della sentenza in analisi, il Tribunale di Lecce, ispirandosi ai principi espressi sia da C. cost. n. 194 del 2018, sia dal Comitato europeo per un giusto bilanciamento degli interessi contrapposti, ha valutato con peculiare scrupolosità, ai fini della quantificazione dell'indennizzo, le circostanze di causa come l'infondatezza delle ragioni del recesso (insussistenza di una crisi economica) e la condotta datoriale con specifico riferimento alla violazione dell'obbligo del *repêchage*. Tali comportamenti – è il senso del ragionamento motivazionale del Tribunale di Lecce – devono essere condannati in maniera più efficace.

Il magistrato, poi, ha utilizzato eziologicamente nella determinazione del danno ulteriori criteri quali: il requisito dimensionale (stante l'elevato numero di dipendenti); la difficoltà di ricollocazione dei lavoratori (vista anche la loro età anagrafica); la disparità economica tra le parti. D'altronde, i primi arresti della giurisprudenza di merito, dopo la citata sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018, hanno evidenziato come i giudici, ai fini della definizione dell'indennizzo, si stiano orientando nel senso di valutare la condotta delle parti e, soprattutto, la gravità del recesso, le dimensioni aziendali e la consistenza economica della società per una «riconnotazione del danno in funzione dissuasiva per il datore» (Cfr. T. Genova 21.11.2018 – Est. Basilico –, in q. *Riv.*, 2019, II, 276 ss., con nota di Magnifico, nonché T. Roma 19.5.2020 – Est. Pascarella –, inedita a quanto consta). Tale chiave di lettura risulta in linea con quanto affermato dalla citata Corte costituzionale n. 194/2018, secondo cui «non possono che essere molteplici i criteri da offrire alla prudente discrezionale valutazione del giudice» che risponde all'esigenza di personalizzazione del danno subito dal lavoratore (cfr. par. 11) al fine di ristorare adeguatamente le conseguenze economiche subite dalla perdita del posto di lavoro. In virtù di tali principi, il Tribunale di Lecce ha ritenuto equo fissare in 12 mensilità l'indennizzo risarcitorio.

5. — In conclusione, secondo il Tribunale di Lecce, l'indennizzo *de quo*, proprio alla luce della citata decisione del Comitato europeo dei diritti sociali, deve essere determinato in funzione dissuasiva rispetto all'uso distorto del potere di recesso datoriale. La sentenza è

condivisibile in quanto tenta «un equilibrato componimento degli interessi in gioco: la libertà dell'organizzazione dell'impresa da un lato e la tutela del lavoratore ingiustamente licenziato dall'altro» (Cfr. C. cost. n. 194/2018, cit.). Pertanto, il rimedio della sola sanzione indennitaria deve trovare un equo contemperamento (ossia un adeguato ristoro economico) a fronte della perdita della tutela reale stabilita dall'ordinamento. Per questo motivo è opportuno che, in caso di licenziamento per motivo oggettivo, vi sia da parte del magistrato un'attività di indagine molto rigorosa, affinché si evitino episodi di risoluzione del rapporto aventi natura pretestuosa. In un certo senso, l'ampliamento della possibilità delle ipotesi di *repêchage*, per un verso, da ultimo elaborate dalla giurisprudenza anche con provvedimenti innovativi (In tal senso, Cass. 3.8.2018, n. 20497, in q. *Riv.*, 2019, II, 67 ss., con nota di Del Biondo, nonché Cass. 5.12.2018, n. 29376, in q. *Riv.*, 2019, II, 211 ss., con nota di Carbone) e, per un altro, codificate dalla novella del 2015 (possibilità di demansionamento di un livello in caso di riorganizzazione aziendale, patti di demansionamento, oneri formativi, scomparsa del principio di equivalenza), impegna il datore in una ricerca di posizioni lavorative alternative, non solo nel medesimo livello, ma anche in mansioni inferiori al fine di ricollocare il dipendente, preservandone così l'occupazione. In effetti, a parere di chi scrive, l'incremento dell'indennizzo in base ai criteri della sentenza come sopra citati, in caso di un recesso non solo privo delle ragioni poste a fondamento dello stesso ma disposto anche in violazione del *repêchage*, può scoraggiare il datore di lavoro dal porre in essere scelte inappropriate. D'altronde, anche la citata sentenza della C. cost. n. 194 del 2018 ha ritenuto che l'indennità deve avere una funzione dissuasiva per il datore «allontanandolo dall'intento di licenziare senza valida giustificazione» (par. 12.2): una sorta di «danno punitivo» avente efficacia deterrente rispetto alla perpetrazione di illeciti e operante mediante un modello sanzionatorio volto ad assicurare «la effettività della normativa giuslavoristica» (In tal senso, Balletti 2019, 11; sulla tematica del danno punitivo, cfr. Cass. 5.7.2017, n. 16601, S.U., in *FI*, 2017, I, 2613 ss.; sul danno da illegittima precarizzazione nel pubblico impiego, cfr. Panetta 2016, 565). Un'impostazione che trovi riscontro negli orientamenti giurisprudenziali sanzionando il datore con indennizzi disposti in funzione dissuasiva e, comunque, adeguati rispetto a una condotta illegittima, e in alcuni casi addirittura ingiustificata (adottata in palese violazione del *repêchage*), potrebbe indurre il datore a porre effettivamente in essere tutti i rimedi del caso al fine di salvaguardare il posto di lavoro.

Riferimenti bibliografici

- Ammassari G. (2019), *L'oggetto del giudizio di impugnazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, I, 909 ss.
- Barbieri M. (2020), *Statuto e tutele contro i licenziamenti illegittimi. Erosione e necessità della reintegrazione*, in q. *Riv.*, n. 1, II, 85 ss.
- Brollo M. (2015), *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in F. Carinci (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81: le tipologie contrattuali e lo ius variandi*, Adapt labour studies, e-book series, n. 48, 42 ss.
- Buconi L. (2016), *Il nuovo art. 2103 c.c. e licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in I. Piccinini et al. (a cura di), *La nuova disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, Edizioni Lpo, 92 ss.
- Buffa F. (2020), *Licenziamenti illegittimi: la pronuncia del Comitato europeo dei diritti sociali*, in www.questionegiustizia.it, 12 novembre.

- Calvellini G. (2017), *Obbligo di repêchage: vecchi e nuovi problemi all'esame della Cassazione*, in q. Riv., n. 2, II, 245 ss.
- Carbone M.A. (2019), *L'obbligo di repêchage va assolto con riferimento a un congruo arco temporale successivo al licenziamento*, in q. Riv., n. 2, II, 211 ss.
- Carinci M.T. (2018), *La Corte costituzionale ridisegna le tutele del licenziamento ingiustificato nel Jobs Act: una pronuncia destinata ad avere impatto di sistema*, in RIDL, II, 1059 ss.
- Corti M. (2016), *Jus variandi e tutela della professionalità dopo il «Jobs Act» (ovvero cosa resta dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori)*, in VTDL, n. 1, 65 ss.
- Del Biondo D. (2019), *Non viola l'obbligo di repêchage l'assunzione di un dipendente in epoca precedente al licenziamento*, in q. Riv., n. 1, II, 67 ss.
- Gaudio G. (2016), *Repêchage tra riforma Fornero e Jobs Act*, in ADL, n. 4-5, 887 ss.
- Giuliani A. (2020), *La disciplina delle tutele crescenti alla luce del dialogo instaurato tra Corte costituzionale e Comitato europeo dei diritti sociali*, in LPO, n. 7-8, 492 ss.
- Magnifico S. (2019), *Prime soluzioni giurisprudenziali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 sul contratto a tutele crescenti*, in q. Riv., n. 2, II, 276 ss.
- Maresca A. (2019), *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento negli approdi nomofilattici della Cassazione*, in MGL, n. 3, 553 ss.
- Panetta R. (2016), *Il danno comunitario: emblema di giustizia sostanziale*, in LPO, n. 9-10, 565 ss.
- Perrone F. (2020), *La forza vincolante delle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali: riflessioni critiche alla luce della decisione Cgil c. Italia dell'11 febbraio 2020 sul Jobs Act sulle tutele crescenti*, in Lavoro Diritti Europa, n. 1, 3 ss.
- Persiani M. (2016), *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repêchage*, in GI, n. 5, 1164 ss.
- Pisani C. (2015), *La nuova disciplina del mutamento di mansioni*, Giappichelli, Torino.
- Salvagni M. (2017a), *Repêchage in mansioni inferiori dopo il Jobs Act: obbligo o facoltà?*, in q. Riv., n. 4, II, 577 ss.
- Salvagni M. (2017b), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l'obbligo di repêchage anche in mansioni inferiori nell'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale prima o dopo il Jobs Act*, in LPO, n. 5-6, 254 ss.
- Salvagni M. (2018), *La Cassazione in funzione nomofilattica: l'obbligo di repêchage fa parte del fatto e la sua violazione può comportare l'applicazione della tutela reale*, in LPO, n. 7-8, 481 ss.
- Santoro Passarelli G. (2013), *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in ADL, n. 2, 236 ss.
- Speziale V. (2019), *La sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in q. Riv., n. 1, II, 3 ss.
- Tomassetti P. (2020), *Il Jobs Act viola l'art. 24 della Carta sociale europea anche dopo il cd. decreto Dignità e la sentenza n. 194/2018. Prime note sulla decisione del Comitato europeo dei diritti sociali sul ricorso Cgil c. Italia*, in DRI, n. 1, 209 ss.

Michelangelo Salvagni
Avvocato in Roma

TRIBUNALE ROVIGO, 16.6.2020 – Est. Ferrari – X (avv. Moro) c. Sefitalia Srl, Sefitalia Job Srl (avv.ti Fortunat, Tallarico, Mariotti).

Retribuzione – Appalto privato – Retribuzione sufficiente – Minimi retributivi – Pertinenza del contratto collettivo applicato al settore di attività – Non sussiste – Rappresentatività delle organizzazioni sindacali firmatarie – Non sussiste.

La questione relativa al contratto collettivo applicabile ai lavoratori impiegati nell'ambito di un appalto privato e alla conformità del loro trattamento economico all'art. 36 Cost. va risolta verificando la pertinenza del Ccnl applicato allo specifico settore di attività svolto dall'appaltatore e la rappresentatività delle organizzazioni sindacali firmatarie. (1)

(1) LA GIUSTA RETRIBUZIONE VERSO LA STELLA POLARE DEI CONTRATTI *LEADER*

SOMMARIO: 1. Il caso. — 2. Minimo costituzionale e Ccnl applicabile, tra rappresentatività delle parti e coerenza di settore. — 3. Possibili osservazioni critiche.

1. — *Il caso* — La sentenza in commento riguarda il caso di una lavoratrice impiegata nell'ambito di appalti privati aventi a oggetto la fornitura di servizi di inserimento merce e riordino scaffali per supermercati della grande distribuzione. All'iniziale applicazione del Ccnl Safi, con inquadramento al quinto livello, seguiva dal 1.1.2017 l'applicazione del contratto collettivo aziendale Sefitalia, con riconoscimento di un apposito superminimo assorbibile volto a colmare il divario tra la più bassa paga base ivi fissata per il quinto livello e il trattamento retributivo precedente.

La lavoratrice ricorreva in giudizio per contestare il trattamento economico ricevuto e chiedere il pagamento delle differenze retributive maturate. A tal fine, non solo deduceva l'illegittimità delle modalità di calcolo dei compensi (numero di colli da posizionare anziché ore lavorative), la non corrispondenza con l'effettivo orario di lavoro svolto (superiore al regime *part-time* stabilito dal contratto) e un inquadramento non aggiornato all'acquisizione del ruolo di caposquadra, ma soprattutto chiedeva fossero accertati l'illegittimità della scelta del datore di applicare il Ccnl Safi, prima, e il Ccal Sefitalia, poi, in violazione delle garanzie costituzionali sulla giusta retribuzione di cui all'art. 36 Cost., e il suo diritto a essere inquadrata e retribuita ai sensi del Ccnl multiservizi «applicabile in ragione del settore di competenza della convenuta».

È quest'ultimo il punto nodale su cui si concentra l'attenzione del giudice e che rappresenta il profilo di maggior interesse della pronuncia (1).

Il giudice accoglie il ricorso, affermando come entrambi i contratti collettivi applicati dal datore di lavoro «non siano adeguati allo specifico settore di attività svolto dalla convenuta e non soddisfino il parametro previsto dall'art. 36 Cost.».

(1) Si segnala che la questione, per la Sefitalia Job Srl, non è più comunque attuale, giusta la prevista applicazione, da inizio 2019, del Ccnl terziario distribuzione e servizi (Tds) e la firma con Fisascat Cisl di un contratto integrativo aziendale in vigore dal 1.12.2018 al 31.12.2021.

Gli elementi sulla cui base perviene a tale conclusione possono essere ascritti a due linee argomentative: una focalizzata sulla fonte del trattamento economico, una sul suo contenuto.

Segnatamente, da un lato, il giudice pone una questione di selezione del contratto collettivo applicabile all'intero rapporto intercorso tra la lavoratrice e la società resistente, individuando tale fonte in quella dedotta dalla ricorrente, ossia il Ccnl multiservizi, quindi, in un contratto differente da quelli scelti da parte datoriale; dall'altro, convalida la valutazione di insufficienza e incongruità della retribuzione, quantomeno quella prevista dal contratto aziendale, trovandone conferma nella stessa scelta datoriale di riconoscere un superminimo a copertura del divario con quella precedente, ed evidenzia come in ogni caso, anche con il superminimo, il corrispettivo netto fosse «decisamente inferiore al valore netto del “voucher” previsto per le prestazioni di natura accessoria da Inps».

Prima di approfondire l'analisi di tali linee argomentative, pare opportuno soffermarsi su un dato.

Dal testo della sentenza si evince come la società convenuta abbia precisato in giudizio che il Ccnl Safi era sottoscritto da associazioni facenti capo a Federsicurezza-Concommercio, per parte datoriale, e dalla federazione per il settore del commercio, servizi, turismo della Uil - Uiltucs, per parte sindacale; mentre il contratto aziendale era stato sottoscritto con Ugl Terziario nazionale, ai sensi dell'art. 8, d.l. n. 138/2011. Rinviando a quanto segue la questione concernente la corrispondenza di settore e la rappresentatività delle parti firmatarie, preme qui osservare come la qualificazione del contratto aziendale come accordo di prossimità ai sensi della normativa legislativa indicata mal si attagli a un contratto che disciplina e fissa anche i minimi retributivi, visto che questa materia non rientra tra quelle di competenza degli accordi *ex art. 8*; di certo detta qualificazione non può rilevare per valutare la possibilità che l'accordo aziendale preveda quel livello retributivo per la mansione svolta dalla ricorrente.

2. — *Minimo costituzionale e Ccnl applicabile, tra rappresentatività delle parti e coerenza di settore* — Nella varietà e oscillazione degli orientamenti che connotano la vasta elaborazione giurisprudenziale sulla giusta retribuzione *ex art. 36 Cost.*, è utile evidenziare, ai fini del commento che ci occupa, alcuni aspetti (2).

Anzitutto, non vi è univocità nell'individuazione degli elementi retributivi che compongono il minimo costituzionale (ad esempio, per quanto riguarda gli scatti di anzianità, le posizioni giurisprudenziali sono contrastanti) (3).

Salvo non sia diversamente disposto dal legislatore, il giudice non è di per sé vincolato nella scelta degli strumenti per attualizzare i principi di proporzionalità e sufficienza. Per quanto inoltre il parametro, rispetto a cui è effettuato il confronto sul minimo, sia individuato nell'ambito della contrattazione collettiva del settore di appartenenza (4), l'operazio-

(2) Cfr., *ex multis*: Pascucci 2019; Ballestrero 2019.

(3) *Ex multis*, in senso inclusivo, cfr. T. Modena 16.4.2019, n. 71, in *DeJure*; in senso opposto, T. Roma 15.3.2018, n. 1970, in *DeJure*.

(4) Cfr. T. Milano 9.1.2020, n. 23, in *DeJure*, dove si rileva come secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità «la retribuzione prevista dal contratto collettivo acquista, pur solo in via generale, una “presunzione” di adeguatezza ai principi di proporzionalità e sufficienza, tuttavia l'eventuale inadeguatezza della retribuzione può essere accertata solo attraverso il parametro di cui all'art. 36 Costituzione, che è “esterno” rispetto al contratto». Cfr. C. App. Perugia 3.7.2020, n. 102, in

ne non è necessariamente volta a selezionare un unico contratto di riferimento, né vincolata al criterio della rappresentatività delle parti firmatarie (5). È, infatti, riconosciuta l'applicabilità di un Ccnl diverso da quello firmato dalle parti comparativamente più rappresentative (di seguito, c.p.r.) se il divario negativo non è eccessivo (6) e lo stesso Ccnl firmato da parti c.p.r. è sottoposto al vaglio della garanzia costituzionale (7).

Anche una volta individuato lo standard di confronto del settore, è infine ammessa la possibilità per il giudice di discostarsene in ragione di alcune variabili, se con adeguata motivazione (8).

La pronuncia in commento, nell'affrontare la questione dell'illegittimità del trattamento economico per violazione delle garanzie minime costituzionali, articola l'indagine partendo dall'impostazione della doglianza di parte ricorrente, «che si riferisce alla ridotta rappresentatività» delle parti firmatarie dei contratti applicati. In questa prospettiva, il giudice sviluppa il proprio discorso lontano da alcuni orientamenti citati, affermando come la giurisprudenza «più risalente abbia sancito la stretta connessione tra l'art. 36 Cost. e la libera scelta delle parti sociali in ordine al contratto da applicare», ma «la giurisprudenza più recente, sia amministrativa che di legittimità, [sia] giunta a conclusioni ben diverse». L'*iter* argomentativo così sviluppato a motivazione della condanna della convenuta per violazione dell'art. 36 Cost. sarà di seguito analizzato. Già si può segnalare, tuttavia, come l'orientamento a cui la pronuncia approda tenti di mutuare il meccanismo di rinvio mobile utilizzato nelle ipotesi di regolamentazione legislativa del salario minimo, vigenti nel nostro ordinamento, al di fuori del loro ambito di applicazione, anticipando per via interpretativa alcune soluzioni proposte da disegni di legge in materia. Si pensi, in particolare, al d.d.l. n. 1132 – Nannicini – del 2019 (9), ma, se vogliamo, anche ai disegni di legge che individuano una specifica soglia minima, considerato il riferimento della sentenza ai 7,5 euro netti del *voucher*, presi a parametro per evidenziare l'insufficienza dei 5,8 euro netti corrisposti alla ricorrente.

DeJure, dove si osserva che il giudice assume un contratto collettivo di categoria non vincolante tra le parti come «criterio orientativo».

(5) Cfr. Santoro Passarelli (2010, 495), secondo cui il giudice può ritenere «insufficiente la retribuzione determinata dai contratti siglati dai sindacati non rappresentativi per violazione dei criteri indicati dall'art. 36 Cost. senza per questo applicare in funzione parametrica il contratto nazionale stipulato da sindacati maggiormente rappresentativi».

(6) Cfr. Orlandini 2018.

(7) Cfr.: Recchia 2019; Centamore 2019; Imberti 2019; Bellomo 2020. In giurisprudenza, cfr.: T. Torino 9.8.2019, n. 1128, in *RIDL*, 2020, n. 1, II; C. App. Milano 23.10.2017, in q. *Riv.*, 2019, II, 480 ss.; T. Milano 30.6.2016, n. 1977, in *FI*, 2016, I, 3611 ss.

(8) Cfr., di recente, T. Roma 25.6.2019, n. 6266, in *DeJure*. Cfr. T. Modena 16.4.2019, n. 71, in *DeJure*, ove si afferma altresì che «costituisce specifico onere del datore di lavoro quello di indicare gli elementi dai quali risulti la inadeguatezza, in eccesso, delle retribuzioni contrattualmente previste in considerazione di specifiche situazioni locali o della qualità della prestazione offerta dal lavoratore». In tal senso: Cass. 4.12.2013, n. 27138, in *MGC*, 2013; Cass. 13.11.2009, n. 24092, in *RCDL*, 2010, 237 ss.

(9) Tale disegno di legge prevede, all'art. 1, comma 1, che «al fine di dare attuazione al diritto di ogni lavoratore a una retribuzione proporzionata alla quantità e alla qualità del suo lavoro, come sancito dall'art. 36 Cost., si fa riferimento ai contratti collettivi nazionali stipulati dalle associazioni di rappresentanza dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, individuate come tali ai sensi della presente legge».

La posizione adottata dal giudice è condivisibile nell'obiettivo, soprattutto se si considera la stringente necessità di contrastare il *dumping* contrattuale nel contesto degli appalti e così evitare che «i processi di frammentazione organizzativa – che siano determinati vuoi da processi di specializzazione produttiva e di integrazione contrattuale implementati in ambito privato, vuoi da politiche di dismissione di servizi e funzioni in ambito pubblico – possano dar luogo a un gioco concorrenziale poco virtuosamente fondato su esclusive considerazioni di carattere economico» (10).

La linea argomentativa sviluppata rischia, tuttavia, di esporsi ad alcune osservazioni critiche.

Si può evidenziare, anzitutto, come le sentenze utilizzate per rispondere alla doglianza della ricorrente e affrontare la questione del contratto applicabile concernano l'interpretazione di due disposizioni legislative: l'una relativa al trattamento dei lavoratori impiegati negli appalti pubblici (*ratione temporis* il d.lgs. n. 163/2006, oggi il d.lgs. n. 50/2016); l'altra al trattamento del socio lavoratore di cooperativa.

L'elemento comune di tali disposizioni è il meccanismo di individuazione della fonte contrattuale-collettiva di riferimento per il trattamento economico da applicare. Tale fonte funge da mero parametro esterno, a salvaguardia della libertà *ex art. 39 Cost.*, per quanto concerne il socio lavoratore di cooperativa, come chiarito dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 51/15 (11), se non anche, per parte della dottrina, nel contesto degli appalti pubblici (12). Trattasi del contratto collettivo cd. *leader* nel settore, qualificato dalla maggiore rappresentatività comparativa delle parti firmatarie (13).

È importante ricordare che la tecnica utilizzata dalle fonti legislative che prevedono il citato meccanismo di selezione non è sempre la stessa, nemmeno in quelle richiamate dal giudice nella pronuncia in commento. Alla diversa formulazione conseguono differenze in

(10) Lo Faro, Scarpelli 2017, 384.

(11) Per un'analisi della sentenza si rinvia a Barbieri 2015 e Orlandini 2018.

(12) Cfr.: Novella 2020; Izzi 2017; *Id.* 2018; Borgogelli 2016; Varva 2014; Scarpelli 2011; *Id.* 2006.

(13) Si rinvia ad altra sede l'esame della questione, in realtà dirimente, della misura di tale rappresentatività: basti qui rilevare come il sistema previsto dal Testo Unico della rappresentanza del 2014 e dagli accordi similari sconti i limiti derivanti dalla natura pattizia della fonte, dalla partecipazione solo di alcune confederazioni datoriali (ad es., Confindustria, Confcommercio, Confesercenti) e soprattutto dalla circoscrizione del meccanismo di misurazione all'ambito di applicazione del singolo contratto collettivo. Il fenomeno del *dumping* contrattuale si correla, infatti, alla fuga dalle confederazioni datoriali tradizionali e alla presenza di organizzazioni alternative che mirano a offrire alle imprese contratti più convenienti; il meccanismo di scelta di un contratto *leader* nel settore presuppone, inoltre, una misurazione che non sia limitata al singolo contratto, bensì a un perimetro più ampio, a cui siano riconducibili più contratti collettivi dall'ambito di applicazione omogeneo. Cfr.: Del Punta 2019; Marazza 2018; Scarpelli 2014. Per quanto riguarda l'utilizzo in sede giurisprudenziale di indici «sintomatici» o «presuntivi» di maggiore rappresentatività comparativa, cfr., di recente, C. App. Milano 14.2.2020, n. 2007, dove tali indici sono mutuati anche dalla lettera circolare del ministero del Lavoro del 1.6.2012, n. 10310, e tra di essi è inclusa la sottoscrizione di un Protocollo d'intesa col Governo nazionale; il giudice conclude affermando che «tutti questi elementi portano a ritenere che il Ccnl stipulato dalle predette Oo.Ss. debba essere preso come riferimento [...] spettando, semmai, a chi ritiene possibile prendere come parametro un altro Ccnl dare la prova contraria della maggiore rappresentatività, in termini comparativi, delle Oo.Ss. firmatarie del diverso contratto collettivo». Con riferimento alla giurisprudenza amministrativa, cfr. Forlivesi 2019.

termini di unicità o possibile pluralità dei contratti parametro, così come di rilevanza del numero delle organizzazioni firmatarie.

In alcuni casi il legislatore rinvia ai contratti sottoscritti *da* organizzazioni sindacali c.p.r., ciò consentendo che siano individuabili più contratti, sia sufficiente la firma di alcuni (anche uno solo) fra i sindacati c.p.r., e al contempo la parte datoriale possa essere poco rappresentativa (così l'art. 51, d.lgs. n. 81/2015; l'art. 8 del d.l. n. 138/2011, convertito in l. n. 148/2011). In altri, l'individuazione riguarda i contratti sottoscritti *dalle* organizzazioni sindacali c.p.r., con conseguente necessaria selezione di un solo *leader*, pur persistendo l'irrelevanza della rappresentatività di parte datoriale (così l'art. 87 del d.lgs. n. 163/2006, applicabile *ratione temporis* al caso di cui alla pronuncia del Consiglio di Stato n. 276/2018, richiamata dalla sentenza in commento). In altri ancora, il contratto è indicato in quello sottoscritto *dalle* organizzazioni sindacali e associazioni datoriali c.p.r.: qui il tasso di selettività è talmente alto che i requisiti di rappresentatività richiesti potrebbero addirittura non risultare perfezionabili in un determinato settore (14). È quest'ultimo il caso della vigente disposizione sui contratti pubblici, di quella relativa al socio lavoratore di cooperativa, della normativa sui contributi previdenziali (art. 2, c. 23, l. n. 549/95) e dell'art. 1, c. 1175, l. n. 296/2006, sui benefici normativi e incentivi economici.

Questa precisazione consente di evidenziare come la selezione di uno o più contratti collettivi come fonte parametro sulla base della maggiore rappresentatività comparativa delle parti firmatarie sia un'operazione che il legislatore compie in specifici contesti, con precise finalità e modalità differenti. È vero che la dottrina conferma la possibilità di estendere un siffatto intervento anche in altri ambiti, se non a tutte le imprese nazionali, considerando come la medesima *ratio* di contrasto al *dumping* salariale, così pressante nel settore delle cooperative, sia ravvisabile anche altrove, in ragione delle «caratteristiche strutturali del nostro sistema di contrattazione» (15). Si tratta, tuttavia, di una considerazione riferita e rivolta a interventi legislativi, come quelli proposti dal summenzionato d.d.l. n. 1132, non all'interpretazione giurisprudenziale. D'altra parte, è la stessa dottrina a osservare che, se non ci fosse uno scarto tra quanto introdotto dal legislatore e quanto già argomentabile dalla giurisprudenza a livello interpretativo, non si comprenderebbe l'utilità della normativa citata, né, quindi, la necessità dei disegni di legge in discussione.

Gli stessi interventi legislativi conducono solo in alcuni casi a selezionare un unico contratto *leader* nel settore o a richiedere la firma della pluralità delle parti c.p.r., ben potendo il meccanismo, per come formulato, consentire che più di un contratto sia «qualificato» e che possa teoricamente bastare la presenza anche di un solo sindacato c.p.r. (si vedano, come già detto, l'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015 e l'art. 8 sulla contrattazione di prossimità).

Come detto, la pronuncia in commento pare voler superare le incertezze date in giurisprudenza sull'applicazione del principio costituzionale della giusta retribuzione, estendendo il meccanismo di selezione dei contratti collettivi in base alla maggiore rappresentatività comparativa delle parti, utilizzato in più sedi dal legislatore, anche al di fuori del relativo ambito di applicazione.

A tal riguardo, procede menzionando una pluralità di disposizioni che utilizzano detto meccanismo e la circolare Inl n. 3/18, nella parte in cui afferma, con riferimento ai rinvii,

(14) Cfr. Delfino 2016.

(15) Orlandini 2018, 16.

interni al d.lgs. n. 81/2015, alle fonti «qualificate» ex art. 51 (vd. *supra*), che «gli interventi di contratti privi del requisito della maggiore rappresentatività in termini comparativi non hanno alcuna efficacia».

Prosegue quindi richiamando, come già si è anticipato, due sentenze, relative all'applicazione di normative caratterizzate dal meccanismo più «rigido» di selezione, tale da escludere che la firma di un solo sindacato c.p.r. possa qualificare il contratto.

Nel caso della disciplina sui contratti pubblici, la specificità della normativa si evidenzia anche rispetto alla questione della coerenza del contratto al settore di attività svolto, come chiarito dalla fonte vigente, il d.lgs. n. 50/2016, che all'art. 30 richiede l'applicazione del contratto *leader* «il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto» (16). Detta specificità si correla alla *ratio* della disciplina, che non è soltanto di tutela del lavoratore, ma anche di perseguimento dell'interesse pubblico di cui all'art. 97 Cost. Parafrasando la Corte costituzionale, tale interesse si realizza garantendo sia la concorrenza tra le imprese, così da consentire alla p.a. di ottenere le condizioni più favorevoli, sia la parità di trattamento tra i concorrenti, in grado di assicurare il miglior risultato della procedura concorsuale (17). In tal senso, si pone la necessità che il trattamento dei lavoratori «sia identificato in modo eguale per tutti i concorrenti attraverso la selezione di una fonte collettiva privilegiata», scongiurando l'applicazione di contratti «innaturali» rispetto all'oggetto dell'appalto (18). Proprio per questo, e a riprova della specificità della normativa, il contratto da applicare non è «necessariamente quello dell'attività prevalente esercitata, in generale, dall'impresa (così come prevederebbe l'art. 2070 c.c.) ma quello relativo all'attività (strettamente) connessa all'oggetto del contratto di appalto» (19). La medesima *ratio* spiega la previsione del sistema delle tabelle ministeriali, che di fatto implica una definizione dei settori merceologici e delle differenti aree territoriali di cui sopra, a superamento delle incertezze sulla perimetrazione del settore, derivanti dalla «disarticolazione delle categorie» e dalla «loro parziale sovrapposizione» nei contratti collettivi (20).

3. — *Possibili osservazioni critiche* — L'operazione effettuata dalla sentenza in commento pare prescindere dalle specificità, di *ratio* e di formulazione, della normativa rilevante nel contesto considerato dalle sentenze richiamate, trasponendo invece le conclusioni interpretative ivi adottate nel contesto diverso di una società a responsabilità limitata (21) e di un appalto privato. Si ribadisce la condivisibilità dell'obiettivo: la necessità di trovare una bussola, in un contesto di persistente proliferazione di contratti e organizzazioni di rappresentanza, declinata secondo variabili di convenienze e di difficile contenimento in assenza di interventi statuali di matrice legislativa, è sempre più stringente.

Non si possono, tuttavia, tacere le possibili obiezioni al percorso argomentativo svolto dal giudice.

(16) Già prima del 2016 la giurisprudenza amministrativa individuava nella natura dell'attività oggetto d'appalto il criterio per l'identificazione del settore. Cfr.: Caffio 2017; Orlandini 2013.

(17) C. cost. 19.6.1998, n. 226, in *GC*, 1998, I, 2324 ss., con nota di Pera.

(18) Novella 2020, 274

(19) *Ibidem*; Caffio 2017, spec. 857.

(20) Novella 2020, 274.

(21) Sul passaggio opportunistico dalla forma cooperativa alla Srl semplificata, per eludere la normativa, cfr. Centamore 2019.

Si potrebbe obiettare, infatti, come la censura del Ccnl applicato per il fatto di essere firmato da un solo sindacato c.p.r. (Uiltucs) richiederebbe l'applicabilità dei meccanismi «rigidi» di selezione previsti, in alcuni casi, dal legislatore (22). Potrebbe, quindi, valere nel contesto delle cooperative, ma non anche, ad esempio, ai fini dei rinvii interni del d.lgs. n. 81/2015. Si ricordi peraltro che per le imprese straniere che impiegano lavoratori in un appalto trova applicazione, ai sensi del combinato disposto dell'art. 2, c. 1, lett. e, e dell'art. 4, c. 1, del d.lgs. n. 136/2016, proprio il diverso meccanismo di selezione utilizzato da quest'ultima fonte, posto il rinvio (23), per determinate materie, tra cui la retribuzione (da interpretarsi in termini di «giusta retribuzione» ex art. 36 Cost.), a quanto previsto «dai contratti collettivi di cui all'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015», ovvero quelli firmati da organizzazioni sindacali c.p.r. (24). È sì vero che la disciplina richiamata, nonché la nuova normativa Ue in materia (25), confermano la necessità di un intervento legislativo sul punto, che consenta anche di appianare le differenze tra imprese interne e straniere (26), nonché di chiarire quali voci della retribuzione «sono da considerare di obbligatoria applicazione per tutte le imprese che operano in un determinato settore» (27). Il percorso intrapreso dal giudice nella pronuncia *de qua*, tuttavia, nell'utilizzo di un criterio di selezione differente e più rigido, rischia di non risolvere, ma al contrario marcare alcune criticità di sistema. Per non tacere poi del fatto che il criterio quantitativo del numero dei firmatari pare funzionale a eludere la ben più critica questione della prova della (asserita) maggior rappresentatività comparativa dei firmatari del Ccnl di cui si chiede l'applicazione (28). Al riguardo, pare interessante osservare come in alcune pronunce il ricorso proposto da chi richiede l'accertamento di una violazione (si noti) delle disposizioni legislative che prevedono l'adeguamento al contratto *leader* (ad esempio, Inps o soci lavoratori di cooperativa) sia respinto proprio per la mancata produzione in giudizio di dati numerici verificabili che dimostrino la mag-

(22) Si rinvia ad altra sede l'analisi della questione con riguardo al Ccnl Assodelivery-Ugl, anche solo perché collegata, in questo caso, a una contrattazione collettiva concernente lavoratori autonomi. Si consenta, tuttavia, di segnalare come, a fronte della formulazione del rinvio di cui all'art. 47-*quater*, d.lgs. n. 81/15, la lettera del ministero del Lavoro del 17.9.2020 affermi che «è la stessa lettera della previsione normativa, laddove fa riferimento espresso ai contratti sottoscritti “dalle organizzazioni sindacali...”, a suggerire la necessità che a stipulare il contratto stesso non possa essere una sola organizzazione, se non nel caso limite in cui detta organizzazione non realizzi – da sola – una rappresentanza largamente maggioritaria a livello nazionale. Ne consegue, quindi, che la sottoscrizione da parte di una sola sigla sindacale non sembrerebbe *prima facie* idonea a soddisfare il requisito».

(23) Definito «in sé opinabile» da Orlandini (2020, 291), ma il d.lgs. n. 122/2020 ha ora modificato la disposizione di rinvio specificando l'esclusione dei contratti aziendali.

(24) Allamprese *et al.* 2019, 137.

(25) Direttiva n. 96/71 modificata dalla Direttiva n. 2018/957: quest'ultima recepita in Italia con il d.lgs. n. 122/2020.

(26) È interessante notare come nel sistema degli appalti pubblici l'impatto della normativa Ue sul distacco determini, al contrario, una disparità di trattamento a vantaggio delle imprese straniere: cfr. Orlandini 2020.

(27) Allamprese *et al.* 2019, 138.

(28) Cfr. Bellomo (2020, 35), che rileva la propensione della giurisprudenza a risolvere la valutazione di rappresentatività comparata «nel semplice raffronto del numero delle organizzazioni firmatarie dei contratti collettivi sottoposti a comparazione (di per sé assai poco indicativo [...]). Atteggiamento rinunciatario che si presta indubbiamente a essere letto come l'ennesima spia [...] della sempre più evidente indifferibilità di un provvedimento legislativo».

giore rappresentatività comparativa delle parti firmatarie. Come precisa la giurisprudenza, «la maggiore rappresentatività delle organizzazioni sindacali o datoriali» non è «un fatto notorio ex art. 115 c.p.c.» e costituisce, tra l'altro, «un dato che può anche variare nel corso del tempo» (29). In questi casi, tuttavia, la maggiore rappresentatività comparativa delle parti firmatarie costituisce un fatto costitutivo della fattispecie legale dedotta in giudizio: è questo che espone il ricorrente alla regola di giudizio derivante dal corrispondente onere di prova. Diversamente, nell'ipotesi di cui alla pronuncia in commento, a essere dedotta è (solo) la violazione dell'art. 36 Cost., ed è il giudice – seguendo l'impostazione della doglianza di parte ricorrente – a scegliere di operare una valutazione basata sul criterio della maggiore rappresentatività comparativa, mutuando il meccanismo dalle fattispecie legali che lo utilizzano: il ricorrente non dovrebbe quindi essere esposto alla regola di giudizio di cui sopra, posto che la giurisprudenza sull'art. 36 Cost. è pacifica nel ritenere che allo stesso sia richiesto di provare solo l'entità della retribuzione, dovendo essere il giudice a verificare la sua inadeguatezza rispetto ai principi costituzionali (30).

Si potrebbe obiettare, ancora, come la censura del Ccnl applicato per il (solo) fatto di non essere coerente con lo specifico settore di attività svolto dall'appaltatrice possa giustificarsi nel contesto degli appalti pubblici per la *ratio* concretata dalla normativa, dove tale profilo è valorizzato dalla giurisprudenza amministrativa anche per evitare un confronto diretto con la spinosa questione dell'obbligo normativo per le imprese aggiudicatrici di applicare un determinato Ccnl e della sua compatibilità con i principi costituzionali (31).

Si potrebbe, infine, sollevare qualche dubbio sulla possibilità di traslare il meccanismo di scelta di un unico possibile contratto parametro di riferimento al di fuori dell'ambito di incidenza degli interventi legislativi che lo prevedono, senza consentire che l'individuazione dello standard di settore possa avvenire anche attraverso una comparazione a più voci, ossia prendendo in considerazione più contratti collettivi. Una siffatta comparazione al plurale – che invero in alcune sentenze è spiegata dalla documentazione prodotta in giudizio dalle parti (32), ma che può essere comunque effettuata dal giudice nella sua ricerca di parametri guida ai fini dell'applicazione dell'art. 36 Cost. – si rende peraltro tanto più necessaria in un contesto di categorie contrattuali sovrapposte o di attività produttive che rifuggono una rigida categorizzazione di settore (33). Paradossalmente, a rendere preferibile questo confronto tra più fonti sono le stesse ragioni che, allo stato attuale, rendono problematica l'individuazione del Ccnl *leader* e una misurazione della rappresentatività delle parti firmatarie che sia funzionale a tale individuazione. La comparazione a più voci si può ritenere preferibile anche in considerazione del fatto che oggi «l'acquisizione di nuove tutele, per i lavoratori, non passa necessariamente per la “via maestra” del trattamento retributivo minimo»,

(29) T. Pavia 26.2.2019, n. 80, in *DRI*, 2019, 1215 ss., concernente il calcolo dei contributi previdenziali; in tal senso, cfr., di recente: T. Milano 28.5.2020, n. 596, inedita a quanto consta, con riferimento al contesto degli appalti pubblici; T. Napoli 12.5.2020, n. 1717, inedita a quanto consta, con riguardo a un contratto di prossimità ex art. 8. In dottrina, cfr. Alvino, Imberti 2018; Centamore 2018.

(30) Cfr., di recente: T. Roma 6.3.2020, n. 2337, in *DeJure*; T. Roma 28.2.2020, n. 2093, in *DeJure*. Sul tema, cfr. Centamore 2018.

(31) Novella 2020.

(32) T. Milano 30.6.2016, n. 1977, cit.; T. Torino 9.8.2019, n. 1128, cit.

(33) Cfr.: Gottardi 2016; Bellardi 2013.

su cui invece in sede di contrattazione potrebbero verificarsi concessioni in cambio di altri elementi aggiuntivi della retribuzione (si pensi alle misure di *welfare*) (34). Una visione più complessiva, non focalizzata su un'unica fonte, che è comunque legata alle specificità della sua negoziazione, consente di meglio individuare uno standard minimo di riferimento nell'ambito considerato (35).

Peraltro, il ragionamento del giudice non pare operare, quantomeno espressamente, una verifica basata sulla comparazione tra il trattamento applicato e quello previsto dal Ccnl *leader* e coerente con l'oggetto dell'appalto (quasi interpretasse e applicasse in modo rigido il modello della clausola di equo trattamento previsto dalla normativa sugli appalti pubblici): più che sui contenuti, il confronto è effettuato sulla rappresentatività (o numero) dei firmatari. La comparazione sui contenuti è realizzata, invece, mettendo a confronto i diversi contratti collettivi applicati, a riprova dell'insufficienza dei livelli retributivi del contratto aziendale, ovvero, e questo profilo è di indubbio interesse, prendendo a parametro il valore, nominale e netto, dei *voucher*, identificato come una sorta di soglia di salario minimo legale del nostro ordinamento.

Riferimenti bibliografici

- Allamprese A. *et al.* (2019), *La nuova Direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori*, in q. Riv., I, 133 ss.
- Alvino I., Imberti L. (2018), *Contratto collettivo leader e rappresentanza datoriale*, in LLI, n. 2, 1 ss.
- Ballestrero M.V. (2019), *Retribuzione sufficiente e salario minimo legale*, in q. Riv., 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 q. Riv., I, 493 ss.
- Bellardi L. (2013), *Il sistema di rappresentanza imprenditoriale e la struttura della contrattazione collettiva*, in M. Carrieri, T. Treu (a cura di), *Verso nuove relazioni industriali*, il Mulino, Bologna, 241 ss.
- Bellardi L. (2016), *Relazioni industriali e contrattazione collettiva: criticità e prospettive*, in LD, n. 4, 939 ss.
- Bellomo S. (2020), *Determinazione giudiziale della retribuzione e individuazione del contratto collettivo-parametro tra art. 36 Cost. e normativa speciale applicabile ai soci lavoratori di cooperative*, in RIDL, II, 28 ss.
- Borgogelli F. (2016), *Appalti pubblici e dumping salariale: un caso di subordinazione dell'autonomia collettiva*, in LD, n. 4, 985 ss.
- Caffio S. (2017), *Appalto, costo del lavoro e contratto collettivo di riferimento*, in D. Garofalo (a cura di), *Appalti e lavoro. Disciplina pubblicistica*, Giappichelli, Torino, 849 ss.

(34) Centamore 2018, 474.

(35) Cfr. T. Torino 9.8.2019, n. 1128, cit. (massima in *ilgiuslavorista.it*, 11 novembre 2019, con nota di Zappia), ove d'altra parte si rileva la necessità, al fine di valutare l'effettiva conformità al dettato costituzionale del trattamento retributivo stabilito in sede di contrattazione collettiva, di «tenere conto anche del contenuto globale del Ccnl applicato dal datore, nonché delle ragioni esterne che hanno indotto le parti a prevedere una retribuzione inferiore, rispetto a quella applicata nel settore di riferimento, ed eventualmente idonee a costituirne fondamento giustificativo».

- Centamore G. (2018), *Contratti collettivi o diritto del lavoro «pirata»?*, in VTDL, 487 ss.
- Centamore G. (2019), *La giusta retribuzione nell'art. 36 Cost. o i dilemmi del giudice*, in q. Riv., II, 272 ss.
- Del Punta R. (2019), *Diritto del lavoro*, Giuffr , Milano.
- Delfino M. (2016), *La regolazione del mercato del lavoro tra recenti riforme, principi costituzionali e prassi. Legge e contrattazione collettiva sui minimi salariali nel prisma dei principi costituzionali*, in DRI, 335 ss.
- Forlivesi M. (2019), *Sulla funzione anticoncorrenziale del Ccnl*, in DRI, 838 ss.
- Gottardi D. (2016), *La contrattazione collettiva tra destrutturazione e ri-regolazione*, in LD, n. 4, 877 ss.
- Imberti L. (2019), *Art. 36 Costituzione: in assenza di interventi legislativi chi   l'autorit  salariale?*, in Lavoro Diritti Europa, n. 3, 1 ss.
- Izzi D. (2017), *Le clausole di equo trattamento dei lavoratori impiegati negli appalti: i problemi aperti*, in q. Riv., I, 451 ss.
- Izzi D. (2018), *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Giappichelli, Torino.
- Lo Faro A., Scarpelli F. (2017), *La regolarizzazione degli appalti tra normativa nazionale ed europea, giurisprudenza, prassi. Introduzione*, in q. Riv., I, 381 ss.
- Marazza M. (2018), *Perimetri e rappresentanze sindacali (dei datori di lavoro e dei lavoratori)*, in LLI, n. 2, 1 ss.
- Novella M. (2020), *Costo del lavoro e retribuzione negli appalti pubblici di servizi. Il quadro normativo e qualche numero*, in LD, n. 1, 261 ss.
- Orlandini G. (2013), *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, FrancoAngeli, Milano.
- 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.
- Orlandini G. (2020), *Salari e contrattazione alla prova dei vincoli del mercato interno*, in LD, n. 1, 285 ss.
- Pascucci P. (2019), *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro, oggi*, in *La retribuzione*, Atti del XIX Congresso nazionale Aidlass, Palermo, 17-19 maggio 2018, Giuffr , 59 ss.
- Recchia B. (2019), *Se anche il Ccnl comparativamente pi  rappresentativo si rivela inadeguato a garantire la retribuzione sufficiente ex art. 36 Cost.*, in q. Riv., II, 480 ss.
- Santoro Passarelli G. (2010), *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, in RIDL, I, 487 ss.
- Scarpelli F. (2006), *Regolarit  del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in q. Riv., I, 762 ss.
- Scarpelli F. (2011), *La dimensione sociale nella regolazione degli appalti pubblici*, in M.T. Carinci et al. (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettivit *, Wolters Kluwer, Milano, 307 ss.
- Scarpelli F. (2014), *Dissensi e consensi sul Testo Unico sulla rappresentanza: un bilancio tra politica e diritto*, in q. Riv., I, 651 ss.
- Varva S. (2014), *Il lavoro negli appalti pubblici*, in M. Aimo, D. Izzi (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino, 193 ss.

Marco Peruzzi
Professore associato di Diritto del lavoro
presso l'Universit  di Verona

TRIBUNALE MILANO, 27.5.2020, S. misure di prevenzione, decr. – Pres. Roia – Uber Italy Srl (avv. Mandaglio).

Lavoro schiavile – Reato di intermediazione illecita e di sfruttamento – Art. 603-bis c.p. – Caporalato – Riders – Lavoro autonomo – Esercizio dei poteri del datore di lavoro – Codice antimafia – Applicazione della misura preventiva dell'amministrazione giudiziaria.

Sussistono indizi gravi, precisi e concordanti di violazione dell'art. 603-bis c.p., reato di intermediazione illecita e di sfruttamento dei lavoratori, da parte degli amministratori di due società collegate nell'attività di reclutamento di riders per consegne di cibo a domicilio; pertanto, viene disposta l'amministrazione giudiziaria della sede italiana di una multinazionale che utilizza altre società della propria «galassia» per reclutarli sfruttando il loro stato di bisogno. (1)

(1) SIAMO UOMINI O MULTINAZIONALI?

SOMMARIO: 1. «Con un piede nel passato e lo sguardo nel futuro». — 2. Caporalato e lavoro forzato: due facce, una razza. — 3. Caporalato e riders: così lontani e così vicini. — 4. Alla ricerca del datore di lavoro genuino.

1. — «Con un piede nel passato e lo sguardo nel futuro» — Se c'è un settore che in questo periodo storico riesce ad attirare l'attenzione dei *media* quando si parla di sfruttamento del lavoro precario, è certamente quello dei *riders*, anche grazie al protagonismo acquisito durante la quarantena; tuttavia, la notizia che il 27.5.2020 è rimbalzata sulle prime pagine di molti giornali nazionali era un po' diversa dalle solite perché la «moderna» tematica del lavoro dei ciclofattorini collegati a un'*app* si incrociava con una molto più «antica» (1): quella del caporalato. La sede italiana della nota multinazionale Uber era stata sottoposta ad amministrazione giudiziaria in applicazione dell'art. 34 del d.lgs. n. 159/2001 (cd. Codice antimafia) da parte della Sezione misure di prevenzione del Tribunale di Milano per il reclutamento di *riders* per il ramo Uber Eats in ben quattordici città italiane. I giudici meneghini hanno, infatti, ritenuto sussistenti indizi gravi, precisi e concordanti circa la violazione dell'art. 603-bis c.p., integrando il reato di «intermediazione illecita e di sfruttamento» modificato appunto dalla l. n. 199/2016, cd. legge sul caporalato, che costituisce una delle fattispecie che possono dar luogo all'applicazione di questa misura preventiva, della durata di almeno un anno.

Pur non trattandosi della prima volta che il Tribunale di Milano usava questa misura al di fuori della casistica più tradizionale (2), si ha l'impressione che stavolta si attendesse che essa avrebbe dato vita a polemiche, anche perché rivolta nei confronti di Uber. E, in

(1) Galardi 2020, 1.

(2) Vd. T. Milano 7.5.2019, n. 59, S. misure di prevenzione, decr., che stabiliva l'amministrazione giudiziaria per un'azienda multinazionale che si occupa di logistica per il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, con nota di Merlo 2019.

effetti, il decreto del Tribunale (3), sorprendente per la tipologia delle norme applicate al caso, ha scatenato un notevole dibattito, sui *media* (anche *social*) e in dottrina, per il fatto che entrambe le leggi che avevano portato all'applicazione della misura cautelare erano state approvate con la finalità prioritaria della lotta alla mafia mentre l'impresa destinataria era una multinazionale. Forse anche per questo motivo, in un passaggio iniziale del decreto è possibile cogliere una sorta di *excusatio non petita* dello stesso Tribunale, che ha inteso sottolineare e rafforzare teoricamente la propria decisione sostenendosi su una «lettura costituzionalmente orientata» (4) del presupposto applicativo dello strumento, quasi a voler dare risposta alle possibili critiche che gli sarebbero potute piovare addosso, e che sono puntualmente arrivate.

Infatti, la scelta dei giudici di applicare queste norme al caso è stata, in un primo momento, banalizzata da chi (5) ha ridotto la misura a una mera questione retributiva, paragonando la vicenda dei *riders* ipersfruttati da una multinazionale a quella di una badante sottopagata da un privato cittadino; successivamente, si è spostato parzialmente il tiro sostenendo che la misura dell'amministrazione giudiziaria sarebbe giustificabile più per il reato di riciclaggio che per quello di sfruttamento del lavoro, perché «di imprese che inquadrano come autonomi i propri dipendenti e li trattano in modo vessatorio, non versano al Fisco le ritenute e ricorrono all'interposizione vietata, purtroppo, ce ne sono molte; ma il caporalato a cui fa riferimento il legislatore del 2016 è una cosa diversa e ancora più grave» (6). Sulla stessa linea si è posto chi ha considerato la decisione esagerata o eccentrica (7) perché il caporalato è reato spesso aggravato da infiltrazioni mafiose e dallo sfruttamento dell'immigrazione clandestina, coinvolgendo soggetti senza scrupoli, mentre l'amministrazione giudiziaria veniva disposta nei confronti di una multinazionale tra le più famose al mondo.

Queste obiezioni sembrano, da un lato, confermare l'esistenza di «una sorta di ipotesi ermeneutica sulla fattispecie» (8), legata all'etichetta di legge sul caporalato del nuovo art. 603-*bis* c.p., che le impedirebbe di muoversi nell'ambito delle situazioni di sfruttamento del lavoro che non rientrano nell'immaginario collettivo del caporalato tradizionale. Dall'altro, esse hanno in comune un presupposto di fondo non esplicitato del tutto, ovvero il retropensiero secondo cui ci sarebbe una sorta di presunzione di legalità per l'attività delle imprese multinazionali, come se per definizione dovessero agire sempre in modo serio e moderno, qualsiasi cosa quest'ultimo termine significhi. Guardando la vicenda da un altro punto di vista, però, si deve riconoscere che esse sono diventate talmente potenti da avere la possibilità di muoversi sempre seguendo le regole, perché non avrebbero bisogno di violarle; in effetti, non si può negare che molti Stati, Italia compresa, ormai da anni abbiano riscritto il proprio diritto del lavoro nella speranza di attrarre il più possibile le multinazio-

(3) Sul quale vd.: Merlo 2020; Quattrocchi 2020; Cubicciotto, Andò 2020.

(4) Vd. p. 3 del decreto.

(5) Pietro Ichino, in un *tweet* del 29 maggio, immediatamente successivo alla notizia di stampa, stigmatizzava la vicenda affermando che «i *riders* erano pagati 3,75 euro a consegna, in media 225 euro netti a settimana. Ma allora andranno incriminati anche tutti i datori di lavoro di badanti a 1000 euro al mese?».

(6) Ichino 2020.

(7) Calò 2020, 2.

(8) Merlo 2020, 2.

nali nel proprio territorio, attraverso incentivi economici e riduzioni del livello delle tutele della manodopera. La possibilità di esercitare lo *shopping* normativo agevola di certo le multinazionali a non incorrere in violazioni di una normativa lavoristica scritta pensando anche alle loro esigenze; tuttavia, l'evidenza di questo fenomeno non può giungere fino al punto di presumere a loro favore anche una sorta di immunità dal rischio di incappare in fattispecie criminose oppure che l'eventuale inadempimento di norme lavoristiche possa rientrare al massimo tra gli illeciti contrattuali civilistici (9).

La questione investirebbe, inoltre, le stesse leggi chiamate in ballo dal Tribunale milanese e la «qualità» della tecnica normativa utilizzata, in particolare, dal legislatore del 2016 sul caporalato, che avrebbe trasformato comportamenti «semplicemente» censurabili, secondo la normativa lavoristica, in condotte aventi rilevanza penale (10). L'obiezione tira in ballo, perciò, una questione più generale, ovvero il rapporto tra il diritto del lavoro e il diritto penale, con quest'ultimo sempre più relegato a ruolo di *extrema ratio* nella sanzione degli inadempimenti datoriali, in applicazione di una sorta di principio di sussidiarietà dell'uno rispetto all'altro. La progressiva depenalizzazione del diritto del lavoro si è, però, incrociata con la lunga stagione della precarizzazione e della riduzione delle tutele del nuovo millennio, determinando sofferenze e allentamenti dei vincoli di sistema, soprattutto in alcuni campi dell'ordinamento (11). La legge sul caporalato (12) ne costituisce un esempio perché venne approvata anche con l'obiettivo di colmare parzialmente il vuoto enorme lasciato dall'abrogazione della l. n. 1369/1960 (13).

La l. n. 199/2016 (14), infatti, ha modificato il reato di «intermediazione illecita e di sfruttamento», di cui all'art. 603-*bis* c.p., scegliendo di punire sia la figura del caporale sia quella del datore che sfrutta i lavoratori in stato di bisogno. Siamo di fronte, ormai, a due differenti condotte criminose, con autonoma rilevanza penale che, a parere di chi scrive, hanno il pregio di avere le potenzialità di punire le situazioni più becere e marginali di intermediazione nel rapporto di lavoro e di sfruttamento dei lavoratori (15), che possono determinare condizioni di vita priva di libertà e gravi lesioni della dignità delle persone coinvolte; elemento che è stato puntualmente valorizzato dai giudici milanesi (16).

Ciononostante, come si diceva, la norma è stata criticata a causa della tecnica normativa utilizzata che avrebbe creato un reato di «scarsissima determinatezza» (17), che rischierebbe di gonfiarsi a dismisura, punendo penalmente anche vicende non meritevoli di essere trattate nella sfera criminale; tuttavia, i dati riguardanti il numero sia di procedimenti sia di condanne sembrano al momento sconsigliare questo rischio perché risultano essere davvero

(9) Ancora Calò 2020, 2.

(10) De Rubeis 2017.

(11) Passaniti 2017, 35.

(12) Sulla quale vd., tra gli altri, Bin 2020.

(13) Interpretazione condivisa anche dalla Cassazione penale, secondo cui la legge è destinata a «colmare l'esistenza di una vera e propria lacuna nel sistema repressivo delle distorsioni del mercato del lavoro e, in definitiva, è finalizzat[a] a sanzionare quei comportamenti che non si risolvono nella mera violazione delle regole poste dal d.lgs. 10.9.2003, n. 276, senza peraltro raggiungere le vette dello sfruttamento estremo»: cfr. Cass. 1.2.2019, n. 5081, S. IV pen., in www.cortedicassazione.it.

(14) D'Onghia, De Martino 2018.

(15) Piva 2017, 184.

(16) Merlo 2020, 3.

(17) De Rubeis 2017; Calò 2020, 3.

pochi (18). Pur nella consapevolezza dell'esistenza di un rischio sempre presente di incontrare elementi di lavoro servile anche in quello salariato (19), i presupposti del reato di caporalato possono essere considerati più versatili (20) che scarsamente determinati. Infatti, essi permettono di garantire una certa concretezza di applicazione perché l'intermediazione vietata e la nozione allargata di sfruttamento (21), specificata però da quattro possibili indici che ne hanno concretizzato il contenuto rispetto alla redazione precedente al 2016, devono entrambe presentare lo stato di bisogno della vittima; tali elementi, se correttamente interpretati, sono talmente gravi che non possono non determinare l'applicazione di sanzioni penali nei confronti di chi se ne renda responsabile.

2. — *Caporalato e lavoro forzato: due facce, una razza* — I citati elementi, che costituiscono i presupposti del reato di caporalato, trovano parziale corrispondenza negli indicatori che l'Oil utilizza ai fini dell'individuazione del lavoro forzato: fenomeno estremamente grave ed esteso ma poco studiato dai giuslavoristi italiani (22). Le ragioni di questo disinteresse sono molteplici e, alcune, vengono da lontano perché sono frutto del difficile rapporto esistente con il sistema Oil che, per decenni, è stato considerato di scarso rilievo per quello italiano. Se tale atteggiamento poteva essere comprensibile (anche se non giustificabile) nello scorso millennio, oggi è diventato del tutto inaccettabile sia dal punto di vista ideale sia da quello, più concreto, dell'applicazione delle tutele internazionali ai lavoratori italiani, ai quali potrebbero fare comodo in molte occasioni, visto l'abbassamento del livello generale di tutela del lavoro nel nostro ordinamento.

Dal punto di vista contenutistico, poi, buona parte del lavoro forzato non rientra neppure nella nozione di lavoro oggetto di studio della nostra disciplina (si pensi che molti casi tra quelli identificati dall'Oil hanno a che vedere con la prostituzione o con la tratta di schiavi) e, pertanto, esso determina una violazione di diritti umani prima ancora che di diritti del lavoro, con la conseguente attrazione della tematica nell'ordinamento penale. Tecnicamente, insomma, il lavoro forzato non costituisce una fattispecie autonoma del diritto del lavoro e questo ne spiega lo scarso interesse da parte degli studiosi, che hanno piuttosto analizzato quelle maggiormente contigue a esso, quali il caporalato e il lavoro sommerso.

Perciò, tradizionalmente, l'approccio al tema del lavoro forzato è stato soprattutto di tipo «storico», «internazionalistico», «commercialistico» (23) e «penalistico». Quest'ultimo peraltro obbligato perché espressamente richiesto dall'art. 25 della Convenzione del 1930, che impone anche l'obbligo per gli Stati di verificare l'efficacia delle sanzioni penalistiche poste a tutela della normativa che intende contrastarlo. Le due Convenzioni sul tema (n. 29/1930 e n. 105/1957) risultano essere tra le più ratificate in assoluto tra gli Stati membri dell'Oil e l'Italia le ha ratificate entrambe: la prima durante il fascismo (l. n. 274/1934) e la seconda con la l. n. 447/67. Ciononostante, data l'importanza del loro oggetto, tali convenzioni rientrano tra i *core labour standards* dell'Oil, a seguito della dichiarazione del 1998

(18) Vd. i dati citati da Cubicciotto, Andò 2020, 5, nota 12.

(19) Trentin 1997, 228.

(20) Merlo 2019, 172.

(21) D'Onghia, De Martino 2018, 37.

(22) Tra le poche eccezioni Liebman, Tomba 2015.

(23) Vd. il libro a cura di Buccellato, Rescigno 2015.

con la quale l'Organizzazione ha considerato alcune normative del diritto internazionale del lavoro applicabili in tutti i territori degli Stati aderenti all'organizzazione, a prescindere da una loro ratifica specifica.

Uno degli elementi più significativi dell'intera normativa, e particolarmente interessante ai nostri fini, è la definizione di lavoro forzato, contenuta nell'art. 2 della Convenzione n. 29/1930, che consiste in una prestazione estorta sotto minaccia di una punizione o per la quale una persona non si sia offerta spontaneamente. La mancanza di consenso, a sua volta, si può presentare in diversi modi, attraverso una costrizione fisica o psichica, e l'Oil, nell'ambito del Programma speciale di azione per il contrasto al lavoro forzato del 2012 (24), ha individuato alcuni indicatori che costituiscono spie di presenza del fenomeno, semplificando la traduzione concreta della fattispecie astratta. Tra essi vale la pena ricordare la particolare vulnerabilità delle vittime (ovvero il loro stato di bisogno), l'inganno, la restrizione nella libertà di movimento, la violenza fisica o sessuale, le minacce (entrambe costituiscono aggravanti del reato *ex art. 603-bis c.p.*), il sequestro dei documenti e del salario e l'eccesso di straordinario, molti dei quali sono rinvenibili anche negli indizi di cui al comma 3 dell'art. 603-*bis* c.p. Anche il ministero del Lavoro italiano ha offerto ai propri Ispettorati alcuni indici rivelatori di sfruttamento, riassunti in un Manuale (25) nel quale vengono segnalati come elementi indiziari, tra gli altri: la sistematica retribuzione dei lavoratori in modo palesemente sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato; la sistematica violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie; la sussistenza di violazioni della normativa in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro, tale da esporre il lavoratore a pericolo per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale; la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, metodi di sorveglianza, o a situazioni alloggiative particolarmente degradanti (26). Ancora una volta, alcuni di questi indici richiamano in maniera piuttosto evidente i quattro indici di sfruttamento del lavoro contenuti nell'art. 603-*bis* c.p.

L'inarrestabile espansione del fenomeno ha portato l'Oil ad approvare nel 2014 anche un Protocollo (27), corredato da una raccomandazione, per rafforzare l'impegno contro le forme moderne di schiavismo e per dotare le convenzioni di maggiore effettività. Difatti, il lavoro forzato non solo non è scomparso, ma semmai si è accentuato a seguito della globalizzazione dell'economia e risulta presente un po' ovunque nel mondo (28), anche se è

(24) Tali indicatori sono efficacemente riassunti in https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_norm/—declaration/documents/publication/wcms_203832.pdf.

(25) Consultabile in <https://www.osservatoriointerventitratta.it/wp-content/uploads/2018/01/allegato-3-manuale-ispettori-del-lavoro.pdf>.

(26) C. Assise Lecce 25.10.2017, n. 4026/2009, in *GI*, 2018, 1703 ss., con nota di Morgante (2018, 1718).

(27) Si tratta del Protocollo n. 29/2014 e della Raccomandazione n. 203/2014, entrambe approvate con l'obiettivo di risolvere problemi applicativi della normativa legati soprattutto alla sua scarsa efficacia. Infatti, il Protocollo impone la garanzia per le vittime di lavoro forzato di forme adeguate a ricorrere in giudizio nel territorio e ottenere un risarcimento dei danni subiti. Peraltro, si deve segnalare che ci sono poche azioni e poche condanne e troppo spesso sono le vittime a essere punite.

(28) https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_575540.pdf. In Italia, l'Osservatorio Placido Rizzotto compila un rapporto periodico su *Agromafie e caporalato*, e in quello appena presentato il 16 ottobre 2020 ha individuato circa 180.000 lavoratori in Italia soggetti a fenomeni di caporalato o di sfruttamento.

l'Asia a fare la parte del leone in questa triste classifica; l'Oil ha calcolato circa 25 milioni di persone vittime di lavoro forzato nel mondo, di cui circa il 90% sfruttate da imprese, o comunque da soggetti privati, e il restante 10% da Governi.

I soggetti a rischio sono, evidentemente, quelli appartenenti a gruppi con maggiori difficoltà nel mercato del lavoro e, non a caso, tale fenomeno dilaga nei settori produttivi in cui essi sono concentrati: ad esempio, nel lavoro domestico, anche se si tratta di un settore in cui è difficile fare stime certe, dominato dalla manodopera femminile; in quello tessile e minerario, in cui il lavoro minorile rappresenta una costante per datori di lavoro privi di scrupoli e, infine, in edilizia e agricoltura, nei quali trovano spesso occupazione gruppi di persone migranti, non sempre regolari.

3. — *Caporalato e riders: così lontani e così vicini* — Questo sintetico *excursus* su fenomeno e disciplina del lavoro forzato ci permette di effettuare un'analisi sinottica con il caporalato al fine di vedere come le due fattispecie giuridiche possano in molti casi assomigliarsi, in quanto in entrambi i casi ci troviamo di fronte a rapporti asimmetrici senza possibilità di mediazione, soprattutto collettiva, che li possano riequilibrare neppure parzialmente. Il caporalato, in particolare, che si era sviluppato soprattutto in determinati ambiti e territori, ormai non riguarda solamente il settore agricolo (29) o quello edilizio ma si è esteso (quando non era già presente) all'intero paese e a molti settori merceologici e produttivi caratterizzati da un alto tasso di deregolamentazione legale e contrattuale. Per questa ragione, i giudici del Tribunale di Milano non si sono lasciati imbrigliare da un'immagine antica e stereotipata di caporalato, tutt'altro che scomparsa nella realtà, e nelle sessanta pagine del decreto hanno dimostrato con dovizia di dettagli la presenza di un quadro indiziario sufficiente a far ritenere sussistente il reato *ex art. 603-bis c.p.* anche nel «moderno» settore dei *riders* (30). Quest'attività investigativa si è sviluppata proprio perché la redazione vigente della norma permette di incriminare non solo le ipotesi più gravi di caporalato, ma anche quelle che non giungono a determinare situazioni «para-schiavistiche» (31).

Infatti, a parere dei giudici, l'indagine dimostrava ampiamente come l'intermediazione portasse con sé, oltre allo sfruttamento della manodopera, anche lo stato di bisogno delle vittime; nel caso di specie, gran parte dei lavoratori coinvolti nell'indagine venivano scelti dalle società di intermediazione in aree di particolare fragilità sociale e soggettiva, spesso tra persone provenienti da territori con conflitti e, talvolta, residenti in strutture di accoglienza temporanea, nella certezza di trovarsi di fronte a persone bisognose che avrebbero più facilmente accettato le angherie e le costanti violazioni delle regole. Lo sfruttamento della loro condizione di vulnerabilità sociale era dimostrato poi dai modelli di contratto (di lavoro autonomo) che gli venivano fatti firmare (quando un contratto c'era) (32) e da come si svolgeva il rapporto di lavoro. Infatti, ad esempio, veniva immediatamente chiarito ai lavoratori come le somme indicate dall'*app* come compenso cui avevano diritto per le consegne non corrispondevano a quanto essi avrebbero effettivamente ricevuto; la cifra che essi avrebbero percepito, infatti, sarebbe stata addirittura inferiore (circa 50 centesimi in meno a consegna, rispetto ai 3,50 euro previsti) a prescindere dalla lunghezza del percorso, dal-

(29) Sul tema, vd. De Martino *et al.* 2016, 313.

(30) Per alcuni dati sul *food delivery* in Italia, vd. Giorgiantonio, Rizzica 2018.

(31) Merlo (2019, 174) definisce «caporalato nero» le prime e «caporalato grigio» le seconde.

(32) Merlo 2020, 2.

l'orario della consegna, dalle condizioni meteo e, per giunta, le eventuali mance sarebbero state trattenute dall'impresa. E, in fondo, cosa ha sempre fatto un caporale se non trattenere parte della retribuzione che viene pagata al lavoratore per se stesso, approfittando del suo stato di bisogno?

Sempre in materia di retribuzione, venivano fissate delle penali estremamente severe in caso di perdita o rottura della borsa e un ulteriore *malus* da sottrarre al compenso settimanale, legato alla percentuale di cancellazioni di consegne. Proprio su quest'ultimo elemento vale la pena di fare una breve riflessione perché il diritto a rifiutare una consegna costituisce una caratteristica strutturale dei contratti che vengono normalmente fatti firmare ai *riders*, essendo collegato alla presunta natura autonoma della loro prestazione di lavoro. Ciononostante, si è ben consci del fatto che si tratta di un diritto che spesso resta solo sulla carta perché, in caso di effettivo ripensamento da parte del *rider* rispetto a una disponibilità precedentemente offerta, esiste un'elevata probabilità di vedere ridotta la propria «fedeltà» con possibili conseguenze sulle future attribuzioni (33). D'altro canto, è bene ricordare che i Tribunali di Milano e di Torino, che avevano negato con le loro prime sentenze la «subordinazione» dei *riders* (34), avevano utilizzato come argomento decisivo in tal senso proprio il fatto che dal loro contratto di collaborazione non sarebbe derivato alcun obbligo a lavorare e nemmeno a essere reperibili, spettando a loro completamente la scelta se lavorare oppure no: circostanza incompatibile, secondo i giudici, con la sottoposizione al potere di eterodirezione. Proprio per evitare il verificarsi di queste circostanze, l'art. 47-*quinquies*, d.lgs. n. 81/2015, introdotto con la l. n. 128/2019 (35), ha imposto un divieto di discriminazione che, tra le altre cose, proibisce espressamente «l'esclusione dalla piattaforma e le riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della prestazione».

Inoltre, le modalità di esecuzione della prestazione, oltre a essere in contrasto con la tipologia del lavoro autonomo occasionale, costringevano i *riders* a ritmi frenetici, con rischi molto gravi per la loro salute. Addirittura, in alcuni casi – quando c'era bisogno di un maggior numero di presenze al lavoro –, su richiesta diretta dei dirigenti di Uber venivano proposte ai fattorini pratiche illecite: ad esempio, quelle di farsi sostituire da un amico se impossibilitati a lavorare oppure di accettare il pagamento di somme ulteriori sottobanco per convincerli a lavorare anche se malati. Tutto ciò a conferma dello stato di bisogno nel quale versavano.

Il reato di sfruttamento del lavoro deriverebbe, quindi, da questi e da molti altri soprusi riportati nelle sessanta pagine del decreto e perpetrati dagli indagati nei confronti dei fattorini, approfittando di un «mercato che presenta un'offerta di forza lavoro incontrollata per imporre delle regole particolarmente violente (solitamente minacce) al singolo lavoratore» (36). Infatti, queste violazioni della normativa lavoristica venivano spesso condite con insulti e minacce, che costituiscono, appunto, altro indizio socialtipico del caporalato e, tecnicamente, un aggravante del reato.

4. — *Alla ricerca del datore di lavoro genuino* — Per quanto estremamente dettagliate, non sorprendono più di tanto le condizioni in cui sono costretti a lavorare alcuni ciclofat-

(33) Carabelli, Spinelli 2019; Turrin 2018.

(34) T. Torino 7.5.2018 e T. Milano 10.9.2018, entrambe in *DeJure*.

(35) Per un commento, vd. Carabelli, Fassina 2020.

(36) Vd. p. 56 del decreto.

torini, a conferma che l'autonomia nella scelta dei tempi e delle modalità di lavoro da parte dei *riders* è ridotta a mera utopia, come dimostra la ricca giurisprudenza che si sta formando sulla questione in Italia e in Europa (37). Né tanto meno colpisce che tale situazione sia anche peggiorata durante il *lockdown* imposto dalla pandemia, nonostante il ricorso a questo servizio sia aumentato notevolmente. La novità di questo caso riguarda il riconoscimento del rapporto tra le due società, per quanto limitato allo scopo di ravvisare l'esistenza di una fattispecie di reato che proprio nell'illecita intermediazione trova uno dei propri presupposti. Tuttavia, tale operazione potrebbe risultare utile anche in ambito lavoristico al fine di stabilire chi sia il vero datore di lavoro: operazione tanto importante quanto il riconoscimento della natura subordinata del rapporto con il datore di lavoro formale. Le due strade non devono essere considerate alternative ma, semmai, andrebbero battute in parallelo, in particolare nelle vicende riguardanti le imprese «digitali». Nel caso di specie, infatti, alcune società sono accusate di svolgere intermediazione illecita (cioè di svolgere il ruolo del caporale) a favore di Uber Italy che, evidentemente avrebbe dovuto assumere in proprio questi ciclofattorini: evitando, così, sfruttamento e vessazioni e rispettando la realtà del rapporto di lavoro.

Sorprende, in positivo, quindi, il collegamento che il Tribunale è riuscito a operare tra la società principale e quella firmataria dei contratti di lavoro (autonomo) con i fattorini, superando gli schemi giuridici formalistici e affrontando un modello complesso che coinvolge quattro differenti soggetti: piattaforma, impresa *partner*, lavoratore e cliente. In questo modello imprenditoriale, infatti, la questione giuridica più rilevante per il diritto del lavoro risulta essere proprio l'individuazione del datore di lavoro genuino (38). L'esame dei contratti commerciali che legano le imprese, e come essi vengono concretamente applicati, fa spesso emergere un potere economico esercitato dalla piattaforma sulle società *partner* che causa interferenze anche pesanti nei rapporti di lavoro. Non di rado si ricava, infatti, una dipendenza economica per le imprese «satelliti» rispetto a quella principale, la quale può esercitare un duplice potere di controllo: sia sull'impresa dipendente sia sui lavoratori, attraverso l'esercizio di caratteristiche tipicamente datoriali nel rapporto di lavoro. Sono proprio queste a far dubitare fortemente che l'impresa a capo intrattenga relazioni giuridicamente rilevanti esclusivamente con le altre imprese e non anche con i lavoratori.

La piattaforma suole essere la protagonista indiscussa del rapporto sia commerciale sia di lavoro in quanto, nei confronti delle imprese *partner* essa decide unilateralmente le condizioni essenziali in moduli contrattuali all'interno dei quali vengono stabiliti: gli standard minimi di qualità dei servizi, gli orari di lavoro e perfino i comportamenti che devono essere tenuti dai lavoratori nell'esecuzione della prestazione. Insomma, anche quando la piattaforma non esercita espressamente il potere direttivo in modo classico, la mera esistenza di una connessione *online* con i lavoratori ne può presupporre il potenziale esercizio e, di conseguenza, la subordinazione. Stesso discorso vale per gli altri poteri datoriali: quello di controllo viene sempre più spesso esercitato sull'esito della prestazione, collegandolo alle diret-

(37) Vd., da ultimo, la sentenza del 23.9.2020 con cui il *Tribunal Supremo* ha riconosciuto l'esistenza del rapporto di lavoro subordinato tra un *rider* e l'impresa Glovo in Spagna, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-declara-la-existencia-de-la-relacion-laboral-entre-Glovo-y-un-repartidor>.

(38) Loffredo, Tufo 2019, 8.

tive del datore di lavoro fornite all'inizio dell'esecuzione (39) e, rafforzato dal Gps (40), diventa ben più invasivo di quello classico (41). Il potere disciplinare, poi, viene esercitato di fatto, attraverso la possibilità di disconnettere i lavoratori dall'applicazione dello *smartphone* per averne violato i termini e le condizioni (42).

Nel caso in esame, le società indagate esercitavano il potere direttivo in maniera molto energica nei confronti dei fattorini, minacciandoli di licenziamento – seppure con la più asettica locuzione «non potrà continuare a lavorare», sempre perché considerati lavoratori autonomi – qualora: non avessero rispettato l'orario di lavoro comunicato, avessero usato scuse per mancare al lavoro, si fossero collegati in zone lontane da quelle richieste, non fossero «collaborativi» con l'azienda, non avessero rispettato le percentuali di cancellazione «richieste da Uber» o non avessero «capito» come funzionano i pagamenti (43), cioè che sarebbero stati più bassi dei già bassi prezzi previsti dall'*app*.

Tuttavia, il contenuto più stringente del potere direttivo in questo tipo di prestazione consiste nella distribuzione dei *riders* per fasce orarie, nonostante la teorica libertà dei lavoratori autonomi di collegarsi quando vogliono. Distribuzione, infatti, organizzata in base alle necessità di Uber Italy, con disposizioni scritte e, successivamente, autorizzata dopo aver vagliato il programma messo a punto dalla società intermediatrice. Secondo il Tribunale, risulta «palese come, di fatto, Uber indirizzasse e limitasse le capacità decisionali dei *fleet partner* con ripercussioni sull'autonomia decisionale dei fattorini e in aperta contraddizione con quanto previsto nel contratto» tra imprese, che prevedeva, tra l'altro, un pagamento orario da parte di Uber per ogni volta che un fattorino si collegava all'applicazione; ragione per la quale la multinazionale insisteva a farli collegare solo negli orari in cui c'era maggiore richiesta di consegne da parte dei clienti della piattaforma.

L'intensa attività istruttoria evidenzia come gli amministratori delle società *partner* di Uber indicassero alla società principale i *riders* che non rispettavano tali regole e che, di conseguenza, dovessero essere sospesi o bloccati nell'accesso alla piattaforma, secondo un procedimento simile a quello che avviene – legittimamente – nell'esercizio del potere disciplinare nella somministrazione di manodopera; infatti, solo Uber era nella condizione di poter bloccare l'accesso dei *riders* all'applicazione di sua proprietà, una volta rilevato l'inadempimento (o presunto tale).

Il Tribunale rileva, quindi, un collegamento illecito tra la società intermediatrice e Uber Italy per il fatto che, nella gestione dei *riders*, la società indagata si «interfacciava» con alcuni dipendenti dell'impresa madre (44) nell'ambito di una «struttura organizzativa palesemente illecita» (45) finalizzata all'abbattimento abnorme dei costi, attraverso lo sfruttamento di lavoratori in stato di bisogno. I manager italiani della multinazionale erano a conoscenza della situazione in cui si trovavano i *riders*, come dimostrano diversi stralci delle intercettazioni, in cui si ammette senza vergogna di avere creato «un sistema per

(39) In giurisprudenza, vd., tra le altre, Cass. 27.11.2002, n. 16805, in *www.cortedicassazione.it*.

(40) Elemento valorizzato dalla Cassazione francese, secondo quanto riporta Spinelli (2019, 83, nota 13).

(41) De Stefano 2017, 241.

(42) Birgillito 2016.

(43) Vd. p. 20 del decreto.

(44) Vd. p. 7 del decreto.

(45) Vd. p. 8 del decreto.

disperati» (46) che funziona perché i fattorini «hanno fame» (47), usando termini spregevoli degni del peggior caporale.

Addirittura, in un altro passaggio delle intercettazioni (48) la stessa dirigente fa capire come la sede centrale europea ad Amsterdam mal tollerasse il comportamento poco affidabile del *fleet partner*, facendo prefigurare possibili responsabilità ulteriori nei confronti della *holding* olandese. Certo non è stato possibile perseguire anche il «favoreggiamento colposo» (49) a carico della casa madre olandese perché, come sottolinea lo stesso Tribunale, Uber ha come oggetto sociale «consulenza e marketing nel settore dei trasporti privati» mentre l'attività incriminata riguarderebbe lo sfruttamento di lavoratori per le consegne a domicilio. Eppure, attraverso la collaborazione con Mc Donald's e altre catene di *fast food* a livello nazionale e internazionale, e grazie ai fattorini reclutati dalla società direttamente indagata, Uber Eats ha allargato la propria attività nel settore delle consegne a domicilio di cibo, che è ovviamente aumentata in maniera esponenziale durante la quarantena. Peraltro, i manager olandesi si sono affrettati a dichiararsi pronti a collaborare con l'amministratore indicato dal Tribunale in quanto contrari a ogni forma di caporalato ed estranei ai fatti contestati (50) nel momento in cui la notizia è apparsa sulla stampa nazionale. In ogni caso, a prescindere dal reale coinvolgimento della sede centrale europea nella vicenda, viene fortemente rafforzata la sensazione secondo cui la transnazionalizzazione delle imprese ha determinato un flusso liquido di decisioni e ordini, che a volte si nascondono giuridicamente e non emergono per quello che sono realmente, ovvero esercizio dei poteri imprenditoriali.

Il Tribunale conclude, quindi, l'indagine considerando Uber Italy il soggetto realmente interessato al lavoro dei *riders* nonostante l'utilizzo di società intermediatrici, che sarebbe avvenuto in maniera illecita, in netto contrasto con la «*vulgata*» che la vede come una piattaforma che non ha rapporti con i fattorini (51). Per queste ragioni, la sua dirigente risulta indagata per un'attività delittuosa ex art. 603-bis c.p., mentre la società è stata sottoposta ad amministrazione giudiziaria con l'obiettivo di creare un modello virtuoso, di smantellare tale attività delittuosa e di evitare che si possa ripetere. Infatti, la responsabilità nella gestione dei *riders* sembrava essere proprio nelle mani dei dirigenti di Uber Italy, che avevano costituito un vero e proprio ramo d'azienda dedicato a questa finalità, seppure attraverso una società terza funzionalmente collegata alla galassia Uber, come la definisce lo stesso Tribunale facendo emergere come queste microsocietà siano collegate in modo non sempre chiaro con la multinazionale. L'obiettivo del commissariamento dell'amministrazione è, perciò, proprio quello di verificare che il modello organizzativo sia tale da prevenire il rischio di commettere nuovamente il reato, attribuendo all'amministratore designato il compito di rivedere i contratti esistenti nei confronti di terzi, siano essi società oppure lavora-

(46) Come risulta dalle notizie riportate dalla stampa, vd. https://www.corriere.it/cronache/20_ottobre_12/uber-10-indagati-caporalato-manager-intercettata-un-sistema-disperati-c900a216-0ca2-11eb-92ff-498c98dd63b0.shtml.

(47) Vd. p. 43 del decreto.

(48) Vd. p. 44 del decreto.

(49) Cubicciotto, Andò 2020, 9.

(50) La nota ufficiale della società recita: «Il presunto trattamento dei corrieri impiegati da Flash Road City è riprovevole e inaccettabile. Siamo prendendo provvedimenti immediati per avviare un'indagine interna e chiarire le responsabilità. Siamo ovviamente a disposizione delle autorità per collaborare all'indagine in corso».

(51) Vd. p. 25 del decreto.

tori, e al contempo di garantire che l'impresa continui a operare, senza ricevere contraccolpi economici significativi. Peraltro, il 12 ottobre è stato notificato l'avviso di chiusura delle indagini e, secondo notizie di stampa, dieci persone (tra cui la manager di Uber Italy) risultano iscritte nel registro degli indagati per caporalato e per reati fiscali mentre la società madre, che in una nota ha dichiarato di avere «lavorato a stretto contatto con l'amministratore giudiziario per rivedere i processi [e di] collaborare con le autorità [per] combattere tutte le forme di intermediazione illegale», risulta indagata per responsabilità amministrativa ex d.lgs. n. 231/2001. Tutto ciò non ha comunque impedito alla società di chiedere ai propri *riders* di aderire entro il 2 novembre (52) al contratto collettivo firmato da Assodelivery con la sola Ugl (53), a dimostrazione che non sembrano molto cambiate le strategie imprenditoriali dell'azienda neanche con la presenza dell'amministratore indicato dal Tribunale.

Riferimenti bibliografici

- Bavaro V. (2020), *Il Ccnl Assodelivery Ugl: 4 problemi fra diritto e ideologia*, in *www.ildiariodellavoro.it*, 24 settembre.
- Bin L. (2020), *Problemi interni e problemi esterni del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *www.legislazionepenale.eu*, 10 marzo.
- Birgillito L. (2016), *Lavoro e nuova economia: un primo approccio critico. I molti vizi e le poche virtù dell'impresa Uber*, in *LLI*, n. 2, 73 ss.
- Buccellato F., Rescigno M. (a cura di) (2015), *Impresa e forced labour: strumenti di contrasto*, il Mulino, Bologna.
- Calò R. (2020), *La tutela dei riders tra diritto penale e norme lavoristiche – Riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Milano che ha disposto l'amministrazione giudiziaria nei confronti di Uber Italy Srl*, in *www.giustiziainsieme.it*, 5 giugno.
- Carabelli U., Fassina L. (a cura di) (2020), *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, Ediesse, Roma.
- Carabelli U., Spinelli C. (2019), *La Corte d'Appello di Torino ribalta il verdetto di primo grado: i riders sono collaboratori etero-organizzati*, in *q. Riv.*, II, 91 ss.
- Cubicciotto C., Andò B. (2020), *Il contrasto e la repressione dell'intermediazione illecita e dello sfruttamento del lavoro: il caso Uber*, in *www.penaledp.it*, 3 agosto.
- D'Onghia M., De Martino C. (2018), *Gli strumenti giuslavoristici di contrasto allo sfruttamento del lavoro in agricoltura nella legge n. 199 del 2016: ancora timide risposte a un fenomeno molto più complesso*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 352.
- De Martino C. et al. (2016), *Immigrazione, caporalato e lavoro in agricoltura*, in *LD*, 313 ss.
- De Rubeis A. (2017), *Qualche breve considerazione critica sul nuovo reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 4, 221 ss.
- De Stefano V. (2017), *Lavoro su piattaforma e lavoro non standard in prospettiva internazionale e comparata*, in *q. Riv.*, I, 241 ss.
- Galardi R. (2020), *Uber Italy commissariata dal Tribunale di Milano per l'ipotesi di reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *www.rivistalabor.it*, 1° giugno.

(52) Notizia che recuperiamo da *il Manifesto* del 18 ottobre 2020, a firma di Massimo Franchi.

(53) Per un primo commento al contratto, vd. Bavaro 2020 e Orlandini 2020.

- Giorgiantonio C., Rizzica L. (2018), *Il lavoro nella gig economy. Evidenze dal mercato del food delivery in Italia*, in Banca d'Italia, *Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers)*, n. 472.
- Ichino P. (2020), *Editoriale per il Corriere della Sera* del 1° giugno; leggilo anche in <https://www.pietroichino.it/?p=55790>.
- Liebman S., Tomba C. (2015), *Funzioni di controllo e di ispezione del lavoro*, in F. Buccellato, M. Rescigno (a cura di), *Impresa e forced labour: strumenti di contrasto*, il Mulino, Bologna, 45 ss.
- Loffredo A., Tufo M. (2019), *Lavoro e impresa digitale tra norme nazionali ed economia transnazionale*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 405.
- Merlo A. (2019), *Il contrasto al «caporalato grigio» tra prevenzione e repressione*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 6, 171 ss.
- Merlo A. (2020), *Sfruttamento dei riders: amministrazione giudiziaria a Uber per contrastare il «caporalato digitale»*, in www.sistemapenale.it, 2 giugno.
- Morgante G. (2018), *Caporalato, schiavitù e crimine organizzato verso corrispondenze (quasi) biunivoche*, in *GI*, 1718 ss.
- Orlandini G. (2020), *Altolà del ministero del Lavoro al Ccnl pirata Assodelivery-Ugl*, in *Diritti&Lavoro Flash*, n. 6, 4 ss.
- Passaniti P. (2017), *Il diritto al lavoro come antidoto al caporalato*, in F. Di Marzio (a cura di), *Agricoltura senza caporalato*, Roma, 35 ss.
- Piva D. (2017), *I Limiti dell'intervento penale sul caporalato come sistema (e non condotta di produzione: brevi note a margine della l. 199/2016)*, in *Archivio penale*, 184 ss.
- Quattrocchi A. (2020), *Le nuove manifestazioni della prevenzione patrimoniale: amministrazione giudiziaria e contrasto al «caporalato» nel caso Uber*, in giurisprudenzapenale.com, n. 6.
- Spinelli C. (2019), *Riders: anche il Tribunale di Milano esclude il vincolo di subordinazione nel rapporto lavorativo*, in *q. Riv.*, II, 83 ss.
- Trentin B. (1997), *La città del lavoro. Sinistra e crisi del fordismo*, Feltrinelli, Milano.
- Tria L. (2018), *Salute e lavoro al tempo della gig-economy*, Keyeditore, Milano.
- Turrin M. (2018), *Dopo il Tribunale di Torino anche il Tribunale di Milano esclude la subordinazione per i riders*, in www.rivistalabor.it, 20 ottobre.

Antonio Loffredo
Professore associato di Diritto del lavoro
presso l'Università di Siena

CASSAZIONE, 28.4.2020 n. 8265, ord. – Pres. Manna, Est. Calafiore – W.T. Srl (avv.ti Coglitore, Dolcini) c. Inps (avv.ti Sgroi, Maritato, D'Aloisio, De Rose).
Conf. Corte d'Appello di Bologna, 14.8.2014.

Contratto collettivo – Contratto aziendale – Nozione – Sgravi contributivi – Decontribuzione dei premi di risultato ex art. 2 della l. n. 135/97 applicabile *ratione temporis* – Retribuzione di risultato – Individuazione dei parametri – Interpretazione restrittiva della disposizione – Fondamento – Fattispecie.

*In materia di decontribuzione concernente la retribuzione di risultato ex art. 2 del d.l. n. 67/1997 (conv. in l. n. 135/97) applicabile *ratione temporis*, l'individuazione dei parametri di misurazione del risultato stesso è dalla citata norma demandata al contratto aziendale, il quale non è una sommatoria di più contratti individuali bensì atto di autonomia sindacale riguardante una pluralità di lavoratori collettivamente considerati e destinato a introdurre una disciplina collettiva uniforme dei rapporti di lavoro; la predetta disposizione va peraltro interpretata restrittivamente, poiché l'attribuzione alla fonte sindacale del potere di incidere sulla regola generale della base contributiva evita il rischio di fenomeni collusivi delle parti e riposa, pertanto, su considerazioni specifiche della disciplina previdenziale. (1)*

(1) SULLA NOZIONE DI CONTRATTO COLLETTIVO AZIENDALE

1. — Con l'ordinanza in commento, la Cassazione, intervenendo in materia di decontribuzione dei premi di risultato, chiarisce che gli accordi sottoscritti dal datore di lavoro con un rappresentante dei lavoratori non sindacalista non possono essere considerati accordi collettivi aziendali.

Il caso ha origine dall'opposizione alla cartella esattoriale con la quale l'Inps aveva chiesto all'impresa ricorrente il pagamento di differenze sulla contribuzione dovuta in ordine alle somme erogate a titolo di premio di risultato, in esecuzione di un accordo aziendale sottoscritto annualmente dal datore di lavoro e da un rappresentante dei lavoratori.

Secondo l'ente previdenziale, tuttavia, detto accordo non era idoneo a integrare i presupposti per la fruizione della decontribuzione prevista dall'art. 2 del d.l. n. 67/97, convertito in l. n. 135/97, per l'assenza di rappresentatività sindacale dei lavoratori.

Ai sensi della norma testé citata, oggi abrogata, la retribuzione di risultato non era imponibile a fini previdenziali nel caso fosse disciplinata, secondo precisi criteri, dai contratti collettivi aziendali o di secondo livello.

La Corte d'Appello di Bologna ha escluso la natura collettiva dell'accordo in esame rifacendosi alla nozione di contratto aziendale accolta dalla giurisprudenza, secondo la quale si può definire tale solo un atto di autonomia sindacale riguardante una pluralità di lavoratori collettivamente considerati, con la conseguenza che, laddove il contratto sia stipulato senza il tramite di un'organizzazione sindacale, non si realizza l'ipotesi di contratto collettivo aziendale bensì di contratto plurimo, inteso come somma di contratti individuali identici (Tra le tante: Cass. 15.11.2017, n. 27115, inedita a quanto consta; Cass. 9.12.1988, n. 6695, in q. *Riv.*, 1989, II, 32 ss.).

La decisione in commento, nel confermare la sentenza di merito, ripropone un'annosa e antica questione di carattere generale, ossia se, ai fini della determinazione della natura collettiva di un atto espressione dell'autonomia privata, occorra guardare all'associazione stipulante come *prius* dell'attività di autotutela, per cui la stessa deve esprimersi attraverso «un soggetto istituzionalmente qualificato», oppure occorra focalizzare l'attenzione sull'interesse collettivo inteso come interesse professionale organizzato (Tursi 1996, 98 ss.).

La questione è tornata attuale per la recente diffusione di forme di associazionismo spontaneo e di partecipazione diretta dei lavoratori (Sul fenomeno della disintermediazione sindacale si vd., per tutti, Caruso 2017, 16), e per alcune pronunce giurisprudenziali che riconoscono validità agli accordi sottoscritti senza la mediazione sindacale (Cass. 17.4.2012, n. 22611, S. pen., in *FI*, 2012, n. 11, II, 593 ss.; Cass. 5.5.2004, n. 8565, in *RIDL*, II, 2005, 80 ss.).

La giurisprudenza maggioritaria, in verità, ha individuato la natura collettiva di un contratto al ricorrere di due elementi: la riferibilità dell'accordo a una pluralità di lavoratori considerati collettivamente ai fini della uniforme disciplina dei rapporti di lavoro e la stipulazione dell'accordo da parte di un'organizzazione sindacale in rappresentanza dei prestatore. Tuttavia, posta la difficoltà, in gran parte dei casi, di comprendere se la previsione contrattuale riguarda una pluralità di lavoratori considerati collettivamente e non singolarmente, una maggiore rilevanza è stata assunta dalla qualificazione «sindacale» del soggetto stipulante (Così Lassandari 2001, 45). Al centro dell'indagine è stato così posto più che il concetto di interesse collettivo, il soggetto titolare di quell'interesse, ossia il sindacato.

L'orientamento minoritario, invece, richiamandosi alle considerazioni espresse dalla dottrina, si sofferma maggiormente sull'interesse collettivo, come sintesi e non somma degli interessi individuali, e sul principio costituzionale della libertà sindacale (Persiani 1972, 26).

Secondo questa impostazione, la libertà sindacale permetterebbe ai lavoratori di organizzarsi come meglio credono per la propria autotutela, con la conseguenza che qualsiasi soggetto, sindacale o parasindacale, interno o esterno all'azienda, legato o meno da rapporti giuridici con i singoli lavoratori, possa proporsi come portatore dell'interesse collettivo e, quindi, come controparte negoziale dell'imprenditore (Ichino 1975, 492). Il sindacato, allora, sarebbe solo una delle forme con la quale i singoli possono organizzarsi per tutelare il loro interesse professionale. Sicuramente forma privilegiata, considerato il sostegno legislativo espresso dai numerosi rinvii che plurime disposizioni legislative sempre più frequente-

mente fanno alla contrattazione collettiva. La mediazione dell'organizzazione sindacale assicura, infatti, una maggiore tutela dei lavoratori rispetto all'imposizione unilaterale da parte del datore di lavoro delle condizioni di lavoro, anche per le garanzie che il nostro ordinamento gli riserva.

In questa stessa prospettiva, l'art. 51, d.lgs. n. 81/2015, interviene a chiarire la nozione di contratto collettivo. Salvo diversa previsione, infatti, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria. Pur se non accompagnata da un criterio oggettivo della rappresentatività che rende la selezione dei soggetti negoziali abilitati incerta e complicata, è chiara la preferenza del legislatore per la mediazione che solo gli organismi sindacali riescono ad assicurare, con la conseguenza che la negoziazione diretta con i lavoratori può essere considerata valida solo ove manchi un espresso rinvio alla mediazione sindacale.

Ora, nel caso della decontribuzione dei premi di risultato, la disposizione normativa contiene una delega ampia all'autonomia collettiva, che la autorizza a incidere sulla regola generale della base contributiva. Si tratta, in particolare, di un rinvio cd. autorizzatorio secondo il quale la mancata previsione da parte del contratto collettivo preclude l'utilizzo dell'istituto interessato e che, pertanto, richiede un'interpretazione restrittiva.

Sebbene quindi il rappresentante dei lavoratori che aveva sottoscritto l'accordo in esame poteva essere considerato portatore di un interesse collettivo, la peculiarità della materia ha portato, in maniera del tutto condivisibile, la Cassazione a preferire un'impostazione apparentemente più formale che sostanziale, giacché il fatto che il rappresentante dei lavoratori non fosse Rsu o Rsa aumentava il rischio di fenomeni collusivi delle parti, posto il comune interesse dei lavoratori a vedersi riconosciuta una maggiore retribuzione netta e dell'impresa di affrontare un minor costo del lavoro.

Riferimenti bibliografici

- Caruso B. (2017), *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 326.
- Ichino P. (1975), *Funzione ed efficacia del contratto collettivo nell'attuale sistema delle relazioni sindacali e nell'ordinamento statale*, in q. Riv., I, 492 ss.
- Lassandari A. (2001), *Il contratto collettivo aziendale decentrato*, Giuffrè, Milano.
- Persiani M. (1972), *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Cedam, Padova.
- Tursi A. (1996), *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Giappichelli, Torino.

Barbara Caponetti
Assegnista di ricerca
presso l'Università di Roma «Tor Vergata»

CASSAZIONE, 2.1.2020, n. 1 – Pres. Nobile, Est. Arienzo, P.M. Sanlorenzo (conf.) – Slai Cobas Sindacato lavoratori autorganizzati intercategoriale (avv.ti Marziale, Fele) c. Fca Italy Spa (avv.ti De Luca Tamajo, Fontana, Luciani, Di Stasio).

Cassa Corte d'Appello di Napoli, 21.11.2014.

Condotta antisindacale – Divieto di discriminazione in base alle convinzioni personali del lavoratore in materia sindacale – Trasferimento con effetti sproporzionati sugli iscritti a una particolare organizzazione sindacale – Presunzione di discriminazione – Onere a carico del datore di lavoro di provare la non sussistenza della discriminazione – Generico richiamo a ragioni tecniche, organizzative e produttive – Insufficienza.

Costituisce condotta antisindacale la violazione del divieto di discriminare in base alle convinzioni personali del lavoratore in materia sindacale. La prova sugli effetti sproporzionati del trasferimento a danno dei lavoratori iscritti a una determinata organizzazione sindacale consente di presumere la sussistenza di una discriminazione, spostando sul datore di lavoro l'onere di provare la non sussistenza della discriminazione. Non è sufficiente a tale fine il generico richiamo da parte del datore a ragioni tecniche, organizzative e produttive. (1)

(1) COMPORTAMENTO ANTISINDACALE, DISCRIMINAZIONE
E ONERE DELLA PROVA

SOMMARIO: 1. La decisione nel contesto del contenzioso Fiat: i profili di rilievo. — 2. Divieto di discriminazione per motivi sindacali. — 3. Unicità dell'illecito: comportamento antisindacale e discriminazione. — 4. Articolazione dell'onere della prova. — 5. Rilievi conclusivi.

1. — *La decisione nel contesto del contenzioso Fiat: i profili di rilievo* — La decisione in commento si aggiunge alla vasta giurisprudenza in materia di comportamenti antisindacali e discriminatori posti in essere da Fiat nell'ultimo decennio. Tale giurisprudenza rappresenta l'esito di una strategia sindacale, della quale è stata protagonista la Fiom, intesa a fare leva sull'art. 28 St. lav. e sull'art. 28, d.lgs. n. 150/2011, per contrapporsi alle scelte di Fiat in materia di contrattazione collettiva e relazioni industriali e garantire il libero svolgimento dell'attività sindacale e i diritti dei propri iscritti (1). Come noto, tale contenzioso, ampiamente analizzato in dottrina, ha anche portato alla dichiarazione di incostituzionalità dell'articolo 19, comma 1, lettera *b*, dello Statuto dei lavoratori «nella parte in cui non prevede che la rappresentanza sindacale aziendale possa essere costituita anche nell'ambito di associazioni sindacali che, pur non firmatarie dei contratti collettivi applicati nell'unità produt-

(1) Lassandari 2014.

tiva, abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori nell'azienda» (2).

Ciò premesso, la decisione in commento si ricollega in modo specifico a una delle diverse articolazioni del contenzioso Fiat: quella avviata dall'azione civile per condotta discriminatoria promossa da Fiom, anche in nome e per conto di 19 lavoratori, nei confronti di Fabbrica Italia Pomigliano e che avrebbe condotto il Tribunale e la Corte d'Appello di Roma a condannare quest'ultima per violazione del divieto di discriminazione in base alle convinzioni personali, applicando per la prima volta tale divieto alla sfera sindacale (3).

La controversia, che coinvolge questa volta Slai Cobas, ha per oggetto il trasferimento, dallo stabilimento di Pomigliano d'Arco al Polo logistico di Nola, di 316 lavoratori, di cui 77 iscritti a Slai Cobas (su un totale di 99 iscritti). Lamentando che tale trasferimento avesse coinvolto i propri iscritti in misura dell'80 per cento, a fronte di un dato relativo all'intero stabilimento pari al 6 per cento, e che presso lo stabilimento di Nola i lavoratori non avessero prestato attività lavorativa per 6 anni, Slai Cobas si rivolgeva al Tribunale di Nola ai fini dell'accertamento della natura antisindacale della condotta di Fca Italy. Il Tribunale respingeva il ricorso, con decisione confermata a seguito di opposizione, in ragione del difetto di legittimazione attiva, stante la carenza del requisito della dimensione territoriale nazionale dell'organizzazione. Il provvedimento veniva quindi impugnato davanti alla Corte d'Appello di Napoli. Quest'ultima, mentre riformava la decisione di primo grado sulla questione della legittimazione, riteneva infondate le doglianze di Slai Cobas sulla natura antisindacale della condotta della società convenuta sotto il profilo della prova dell'illecito. In particolare, la Corte d'Appello osservava che il dato sui lavoratori coinvolti nel trasferimento fosse, «per quanto suggestivo» non attendibile, in assenza di «ogni termine di comparazione in riferimento all'intero organico dello stabilimento di Pomigliano d'Arco all'epoca del trasferimento e, in ogni caso, insufficiente a fondare una dichiarazione di antisindacalità in quanto privo dei requisiti di gravità, precisione e concordanza». Evocando una concezione soggettiva di condotta antisindacale, la decisione impugnata osservava infine che il trasferimento collettivo, «lungi dal costituire il frutto di un intento discriminatorio», trovasse giustificazione nella «esigenza comprovata di razionalizzazione del processo industriale e di ottimizzazione dell'organizzazione aziendale».

Slai Cobas insisteva nel ricorso principale sulla natura antisindacale del trasferimento dei propri iscritti, lamentando la violazione e/o falsa applicazione, tra gli altri, degli artt. 15 e 28 St. lav. e dell'art. 4 del d.lgs. n. 216/2003, nonché l'omessa valutazione di un fatto decisivo ai fini del giudizio, in particolare del dato sulle percentuali di lavoratori dell'intero stabilimento e di iscritti Slai Cobas coinvolti nel trasferimento. Con ricorso incidentale, la società convenuta lamentava la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 28 St. lav., contestando la legittimazione ad agire del sindacato ricorrente sempre in relazione al requisito della dimensione territoriale nazionale.

La decisione della Cassazione, confermando il proprio consolidato orientamento sulla

(2) Sul punto, tra i tanti contributi, vd. Rusciano 2013; Caruso 2013; Bavaro 2013.

(3) T. Roma 21.6.2012, C. App. Roma 9.10.2012 e Cass. 11.3.2014, n. 5581, in q. *Riv.*, 2014, n. 2, II, 163 ss., con nota di Barbera, Protopapa; Borelli 2012; Calafà 2012; Zilio Grandi 2012; Vallebona 2012; *Id.* 2013; Giuliani 2017.

legittimazione del sindacato Slai Cobas a proporre l'azione *ex art. 28 St. lav.* (4), ha accolto il ricorso principale, rinviando alla Corte d'Appello di Napoli la decisione sul merito.

La decisione è di rilievo per almeno due motivi sui quali si intende focalizzare l'attenzione. In primo luogo, la Corte, avendo occasione di esprimersi per la prima volta sulla portata del divieto di discriminazione per convinzioni personali, conferma l'impostazione fatta propria dalle Corti di merito circa il fatto che tale divieto debba trovare applicazione anche con riferimento alle convinzioni dei lavoratori in materia sindacale. In secondo luogo, la Corte offre una serie di chiarimenti sulla disciplina dell'onere della prova nel giudizio sulla discriminazione e sull'applicabilità di tale disciplina anche con riferimento all'art. 28 St. lav., nell'ipotesi in cui il comportamento datoriale del quale si lamenta il carattere antisindacale consista nella violazione del divieto di discriminazione per motivi sindacali.

2. — *Divieto di discriminazione per motivi sindacali* — Come anticipato, con la decisione in commento, la Corte di Cassazione aderisce all'orientamento delle Corti di merito circa il fatto che il divieto di cui all'art. 2, d.lgs. n. 216/2003, debba trovare applicazione anche con riferimento alle convinzioni del lavoratore in materia sindacale (5).

Sempre in linea con questa giurisprudenza, la decisione conferma la necessità di interpretare il divieto di discriminazione alla luce del diritto dell'Ue. La portata del divieto di discriminazione in base alle convinzioni personali di cui al d.lgs. n. 216/2003 è dunque analizzata nel contesto della Direttiva n. 2000/78.

La Corte, innanzitutto, riconosce autonoma rilevanza al divieto di discriminazioni per convinzioni personali rispetto a quello per religione osservando che «[l]a contiguità dei due termini, religione e convinzioni personali, separati dalle altre definizioni da una virgola, pone in rilievo l'affinità dei due concetti, senza tuttavia confonderli».

Tale lettura trova ulteriore conferma nel successivo richiamo all'art. 21 della Carta di Nizza, il quale ribadisce il divieto di discriminazione nel diritto dell'Ue attraverso la previsione di un elenco aperto di fattori vietati, tra i quali le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura.

Di conseguenza, osserva la Corte, si deve ritenere che «la Direttiva n. 2000/78/Ce abbia dato ingresso nell'ordinamento comunitario al formale riconoscimento [...] della libertà ideologica il cui ampio contenuto materiale può essere stabilito anche facendo riferimento all'art. 6 TUE e quindi alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo» (6).

Così delineato il sistema normativo nell'ambito del quale è inserito il divieto, la Corte aderisce all'interpretazione proposta dalla Corte d'Appello di Roma, individuando nell'affiliazione sindacale «la professione pragmatica di una ideologia di natura diversa da quella religiosa, connotata da specifici motivi di appartenenza a un organismo socialmente e politicamente qualificato a rappresentare opinioni, idee, credenze suscettibili di tutela in quanto oggetto di possibili atti discriminatori vietati» (7).

(4) Da ultimo, la Corte richiama Cass. 2.8.2017, n. 19272, in *NGL*, 2018, n. 1.

(5) Più recentemente, la questione è stata affrontata in T. Bergamo 30.3.2018, n. 1586, in *RIDL*, 2018, n. 3, II, 545 ss., con nota di Protopapa; Biasi 2018; Quaini 2018; Rota 2018.

(6) Sulla coerenza della posizione della Corte con la giurisprudenza della Cedu e i collegamenti tra il diritto dell'Ue e il sistema di protezione dei diritti fondamentali previsto dalla Convenzione, vd. Barbera, Protopapa 2014.

(7) La decisione della Corte d'Appello di Roma è ampiamente richiamata nel parere della Procura generale della Repubblica.

In conclusione, afferma la Corte, si deve ritenere che il concetto di convinzioni personali rappresenti una categoria generale, caratterizzata dall'eterogeneità delle ipotesi di discriminazione ideologica, all'interno della quale può senz'altro essere ricompresa anche la discriminazione per motivi sindacali.

La Corte conferma, pertanto, la sussistenza, all'interno dell'ordinamento, di una fattispecie discriminatoria a tutela del libero esercizio della libertà sindacale dei singoli che si aggiunge a quella prevista dall'art. 15 St. lav.: mentre, come noto, le due norme si distinguono nettamente sotto il profilo delle sanzioni, i divieti in uno e nell'altro caso finiscono per sovrapporsi. Eppure, il diverso contesto normativo nell'ambito del quale sono inseriti ha inevitabilmente finito per condizionarne la lettura (8). Nel caso dell'art. 15 St. lav., il collegamento alla strategia promozionale dello Statuto ha finito per esaltare il rilievo collettivo dell'interesse individuale a non subire alcun pregiudizio in ragione dell'esercizio delle libertà sindacali. Il lavoratore, in questo senso, è tutelato in quanto «soggetto sindacale» (9). Tale dimensione sembrerebbe scolorire nell'ipotesi prevista dall'art. 2 del d.lgs. n. 216/2003 a fronte dell'affermarsi di una concezione più individualistica di libertà sindacale centrata sull'esigenza di tutela della personalità del lavoratore (10). La dimensione collettiva, tuttavia, non scompare. Essa è mediata, anche nel caso di giudizio individuale, dal rilievo che il trattamento subito dal gruppo di appartenenza è suscettibile di assumere nell'ambito del giudizio sulla discriminazione, nonché dal significato diagnostico che si attribuisce alla selezione stessa dei fattori di discriminazione. L'elenco dei fattori vietati, è stato osservato, «rivela immediatamente l'esistenza di fenomeni storici di stigmatizzazione e di negazione del valore intrinseco della persona umana; rinvia a strutture politiche e sociali diseguali, a una riconoscibile disparità di potere, di capacità di rappresentanza degli interessi di gruppo e di forza di mobilitazione; a situazioni radicate di svantaggio e vulnerabilità sociale» (11).

3. — *Unicità dell'illecito: comportamento antisindacale e discriminazione* — Ai fini dell'individuazione del regime di prova applicabile, la Corte di Cassazione ricostruisce il quadro delle azioni proponibili a tutela della libertà sindacale mettendo a confronto l'azione *ex* art. 28 St. lav. con quella *ex* art. 5, c. 2, d.lgs. n. 216/2003. Il primo, precisa la Corte, «è riservato ai casi in cui venga in questione la tutela dell'interesse collettivo del sindacato al libero esercizio delle sue prerogative, interesse che è distinto e autonomo rispetto a quello dei singoli lavoratori», mentre il secondo «prevede l'azione delle organizzazioni sindacali, delle associazioni dell'interesse leso qualora si intenda fare valere una discriminazione collettiva a danno di un gruppo di lavoratori identificati dall'appartenenza sindacale e, dunque, non individuati nominativamente in modo diretto e immediato quali persone lese dalla discriminazione».

Entrambe le azioni, si specifica, «sono poste a tutela di un interesse collettivo». Ed entrambe, si potrebbe aggiungere, riconoscono all'organizzazione sindacale legittimata a promuovere il ricorso una posizione soggettiva autonoma rispetto agli interessi dei singoli lavoratori lesi dalla condotta datoriale. Se infatti, nell'interpretazione dell'art. 28 St. lav., pur

(8) Barbera 2010, 730.

(9) Treu 1974, 23.

(10) Calafà 2012, 6.

(11) Barbera 2013, 147.

con significative differenze in relazione alle ipotesi ricostruttive accolte – sostituzione processuale in senso sattiviano, ossia come azione concessa per fare valere un diritto altrui, a tutela di un interesse proprio, diritto soggettivo in senso proprio, diritto collettivo del sindacato –, si è consolidata l'idea che l'interesse del sindacato tutelato dall'art. 28 sia autonomo rispetto all'interesse dei singoli lavoratori (12), lo stesso si dovrebbe affermare con riferimento all'azione collettiva ai sensi dell'art. 5, d.lgs. n. 216/2003, nei casi previsti dal comma 2, in cui il sindacato agisce non in sostituzione dei lavoratori interessanti, bensì in qualità di rappresentante dell'interesse leso (13). Anche in questo caso, al di là della formalizzazione sotto il profilo tecnico del rimedio, l'organizzazione ricorrente, sindacale o non, agisce a tutela di un interesse proprio specificamente riconosciuto dal legislatore (14). Le due azioni sembrerebbero distinguersi rispetto a un diverso profilo. Mentre nel primo caso (art. 28 St. lav.) l'organizzazione sindacale legittimata ad agire è ricompresa tra i destinatari diretti della tutela azionata proprio in relazione alla menzionata centralità del rilievo collettivo dell'esercizio della libertà sindacale dei singoli, nel secondo caso (art. 5 del d.lgs. n. 216/2003) le organizzazioni rappresentative dell'interesse leso (organizzazioni della società civile od organizzazioni sindacali) sono ricomprese tra i soggetti legittimati ad agire in ragione della loro scelta di svolgere attività funzionali alla tutela dei soggetti protetti dai divieti di discriminazione. Senonché, come giustamente afferma la Corte, nell'ipotesi della violazione del divieto di discriminazione per motivi sindacali le due azioni finiscono di fatto per diventare in parte fungibili.

A ben vedere, questa fungibilità si ricollega in ultima istanza alla natura plurioffensiva dell'illecito, vale a dire all'idoneità della violazione del divieto di discriminazioni per convinzioni personali a ledere contemporaneamente gli interessi del singolo lavoratore trasferito e gli interessi dell'organizzazione sindacale ricorrente (al di là della possibile differenziazione dell'inquadramento della legittimazione ad agire in termini di legittimazione ordinaria o straordinaria nell'ambito delle due azioni) (15). Infatti, prosegue la Corte, nel caso di specie, «il profilo dedotto, che asseritamente incide in termini negativi sull'interesse del sindacato al libero esercizio delle sue prerogative, è quello della natura discriminatoria della condotta», in piena coerenza con l'atipicità della condotta antisindacale: ciò vale a dire che la fattispecie di illecito alla quale si deve fare riferimento ai fini dell'azione *ex* art. 28, e anche dell'azione *ex* art. 5, c. 2, d.lgs. n. 216/2003, coincide con la violazione del divieto di discriminazione per convinzioni personali per motivi sindacali.

Se dunque l'illecito a fondamento della tutela collettiva e individuale è il medesimo, ne consegue evidentemente la necessità di sottoporre il suo accertamento, a prescindere dal tipo di tutela che è stata attivata, alla medesima disciplina. Si condivide pertanto sotto questo profilo la decisione della Corte di Cassazione laddove applica, ai fini della verifica della violazione dell'art. 28 St. lav., il regime probatorio proprio del giudizio sulla discriminazione.

Non sfuggerà sicuramente che la riflessione proposta evoca il dibattito scaturito in seguito all'adozione dello Statuto dei lavoratori sulla relazione tra tutela collettiva e tutela in-

(12) A titolo di esempio rispetto alle diverse ipotesi richiamate: Lanfranchi 1973; Grandi 1978; Garofalo 1979. Da ultimo, sulla natura autonoma dell'interesse del sindacato nell'azione *ex* art. 28 St. lav., vd.: Recchia 2018; Razzolini 2018; Raimondi 2020.

(13) Guariso 2012.

(14) Donzelli 2008.

(15) In questo senso, vd. Curcio 2020.

dividuale nell'art. 28 e sul confronto tra la fattispecie di comportamento antisindacale prevista dall'art. 28 e la fattispecie di discriminazione per motivi sindacali di cui all'art. 15 (la questione si pone negli stessi termini anche con riferimento ad altre norme poste a tutela del lavoratore: prima tra tutte, quella prevista dall'art. 18 St. lav. in relazione al licenziamento discriminatorio per motivi sindacali). In questo come in quel dibattito, la lettura del rapporto tra interesse collettivo e interesse individuale non può non tenere conto della loro interdipendenza strutturale (16). Tale interdipendenza è connaturata alla «destinazione funzionale» delle posizioni giuridiche riconosciute ai singoli: per questo ogni lesione alle medesime posizioni individuali «realizza insieme una lesione necessaria dell'interesse di gruppo: l'interesse a che tutti i suoi componenti esercitino senza interferenze le libertà elementari su cui poggia la possibilità di organizzarsi per realizzare obiettivi comuni» (17). Come osservato da Treu, negare l'attitudine di atti quali licenziamenti, sospensioni, trasferimenti, sanzioni disciplinari e relative minacce, discriminazioni nei benefici ecc. a ledere insieme l'interesse dei lavoratori colpiti alla libertà sindacale (oltre che a ricevere pregiudizio nello svolgimento del rapporto di lavoro) e quello corrispondente del sindacato significa disconoscere una realtà di tutta evidenza fin nell'esperienza comune: che la repressione antisindacale si realizza tipicamente – se non solo – attraverso limiti alla libertà dei singoli soggetti dell'attività sindacale e che tali limiti costituiscono reciprocamente lesioni attuali o potenziali, ma comunque effettive, alla libertà di agire del gruppo organizzato (18).

Questa lettura trova poi riscontro nella coincidenza, per quanto attiene alle situazioni che qui interessano, tra la fattispecie prevista dall'art. 15 St. lav. e la fattispecie di cui all'art. 28. Si deve pertanto ritenere che la tutela ai sensi dell'art. 28 si estenda a tutte le espressioni di libera attività sindacale e sciopero poste in essere dai lavoratori e, per converso, che la violazione del divieto di discriminazione per motivi sindacali possa essere fatta valere tanto nel giudizio collettivo, quanto nel giudizio individuale.

La questione oggi è reiterata rispetto al divieto di discriminazione di cui all'art. 2, d.lgs. n. 216/03. Riprendendo questa riflessione per adattarla a un contesto normativo aggiornato, si dovrebbe concludere lo stesso con riferimento alla fattispecie di discriminazione per motivi sindacali prevista da quest'ultima disposizione, con gli opportuni aggiustamenti. Si è già avuto modo di accennare alle diverse concezioni di libertà sindacale che emergono dal confronto tra l'art. 15 St. lav. e l'art. 2 del d.lgs. n. 216/03 e a come tali differenze siano dovute non tanto alle differenze strutturali tra le due fattispecie, quanto allo specifico strumento normativo nell'ambito del quale le due norme sono adottate e delle finalità perseguite in un caso e nell'altro. Mentre nello Statuto dei lavoratori la dimensione collettiva e la dimensione individuale delle tutele si influenzano e si compenetrano a vicenda, nel d.lgs. n. 216/03 la seconda delle due dimensioni tende a prevalere, tanto che, diversamente da quanto è stato affermato, nell'ipotesi dell'azione collettiva *ex* art. 5, d.lgs. n. 216/03, l'illegittimo è sempre plurioffensivo (19).

Tali considerazioni tuttavia non inficiano il nucleo del discorso. L'analisi del quadro delle tutele individuali e collettive consente di individuare, all'interno dell'ordinamento, un'unica fattispecie di discriminazione per motivi sindacali, idonea a ledere insieme l'inte-

(16) Treu 1974, 20; Romagnoli 1971, 1311 ss.

(17) Treu 1974, 20.

(18) *Id.* 1971, 568-569.

(19) Razzolini 2018, 91.

resse individuale dei lavoratori e l'interesse collettivo dell'organizzazione sindacale ricorrente, posizioni rispettivamente giustiziabili, attraverso il ricorso all'art. 15 St. lav. o all'azione individuale contro la discriminazione *ex d.lgs. n. 216/03*, nel primo caso, e attraverso l'art. 28 St. lav. o l'azione collettiva contro la discriminazione *ex d.lgs. n. 216/03*, nel secondo. Ne consegue che la violazione del divieto di discriminazione per motivi sindacali di cui all'art. 2, d.lgs. n. 216/03, integra, come correttamente prospettato dal sindacato ricorrente e accolto dalla Corte di Cassazione, un illecito antisindacale ai sensi dell'art. 28 St. lav. Altra questione è poi il concreto apprezzamento da parte dell'organizzazione sindacale sull'opportunità o meno di attivare il rimedio collettivo nell'ottica del conflitto.

Posto che il giudice, ai fini della verifica di una violazione dell'art. 28 St. lav., è chiamato a verificare la sussistenza o meno di una discriminazione, l'articolazione dell'onere della prova non può che essere quella dei giudizi in materia di discriminazione. Sotto questo profilo, la decisione della Corte di Cassazione non realizza né un'interpretazione estensiva delle regole in materia di onere della prova, né un'applicazione per analogia, limitandosi semplicemente ad applicare alle discriminazioni la disciplina dell'onere della prova prevista per le discriminazioni (20). Il fraintendimento della decisione della Corte, sotto questo specifico profilo, risiede, a parere di chi scrive, nella tendenza a definire gli interessi protetti dall'art. 28 attraverso il ricorso all'alternativa tra interesse dell'organizzazione alla libertà sindacale e interesse del lavoratore all'integrità della propria posizione sul rapporto di lavoro, a sua volta radicato in un'indebita sovrapposizione tra giudizio sulla discriminazione e giudizio sulla legittimità dell'esercizio dei poteri datoriali, la quale finisce per relegare la rilevanza sotto il profilo individuale di una discriminazione per ragioni sindacali alla sfera dei diritti che nascono dal rapporto di lavoro (21).

4. — *Articolazione dell'onere della prova* — La sovrapposizione tra il giudizio sulla discriminazione e quello sulla legittimità dell'esercizio dei poteri datoriali, da ultimo richiamata, si è riproposta in occasione della riforma del regime dei licenziamenti e ha condizionato, fino all'intervento della Corte di Cassazione (22), un analogo dibattito sull'onere della prova in materia di licenziamento discriminatorio.

Come efficacemente argomentato da Marzia Barbera, «il rapporto tra giustificazione e discriminazione non è un rapporto binario: non ogni licenziamento ingiustificato è, per ciò stesso, discriminatorio e, d'altra parte, non può escludersi neppure che un licenziamento sia discriminatorio solo perché sussiste una giustificazione tipica» (23). Per quanto riguarda la distribuzione dell'onere della prova, nell'ipotesi del licenziamento discriminatorio la stessa non può che seguire le regole proprie del giudizio di discriminazione: il lavoratore dovrà

(20) La decisione della Corte è stata criticata per mancanza dei presupposti per un'interpretazione estensiva o analogica in Tardivo 2020, 390 ss. La questione è posta in termini di interpretazione estensiva anche in De Michiel 2020, 143 ss.

(21) Questo passaggio era già particolarmente chiaro in Vaccarella 1977, 41 ss. Stando alla lettura proposta dall'Autore, in sede di giudizio individuale, anche a fronte di una domanda volta a infirmare la stabilità del licenziamento in ragione del carattere ideologico-antisindacale dello stesso, il controllo giudiziale rimarrebbe limitato alla sussistenza o meno delle cause di giustificazione. Nello stesso senso Vallebona 1988, 137 ss. Da ultimo, sulla coincidenza tra licenziamento discriminatorio e licenziamento ingiustificato, si veda Carinci 2012.

(22) Cass. 27.9.2018, n. 23338, in *RIDL*, 2019, n. 1, II, 51 ss., con nota di Novella.

(23) Barbera 2013, 150.

provare tutti gli elementi costitutivi della sua pretesa, che variano in base alle diverse fattispecie di discriminazione, mentre il datore di lavoro dovrà provare che il trattamento svantaggioso non sussiste o che ricorre una delle eccezioni o giustificazioni al divieto di discriminare espressamente previste (24).

Tale riflessione offre una chiave di lettura fondamentale per comprendere la decisione in commento sotto il profilo dell'onere della prova. Posto che, come è stato osservato nel paragrafo precedente, nel caso di specie il profilo della natura antisindacale della condotta coincide con la violazione da parte della società convenuta del divieto di discriminazione per motivi sindacali, la Corte correttamente richiama il particolare regime dell'onere della prova proprio del giudizio sulle discriminazioni, ritenendo quindi applicabile l'agevolazione probatoria prevista in favore del soggetto che lamenta una discriminazione.

Come noto, la distribuzione dell'onere della prova nel giudizio discriminatorio è regolata dall'art. 28, c. 4, d.lgs. n. 150/2011, il quale prevede che quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione. I dati di carattere statistico, come si legge nella seconda parte della disposizione, possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata. Senonché, trattandosi di controversia già pendente al momento dell'adozione della riforma del giudizio in materia di discriminazione da parte dell'art. 28, d.lgs. n. 150/2011, la controversia all'attenzione della Corte è regolata dall'art. 4, comma 4, d.lgs. n. 216/03, ora abrogato.

Nella sua versione originaria, la norma prevedeva che il ricorrente, al fine di dimostrare la sussistenza di un comportamento discriminatorio, potesse dedurre in giudizio, «anche sulla base di dati statistici, elementi di fatto, in termini gravi, precisi e concordanti, che il giudice valuta ai sensi dell'articolo 2729, c. 1, c.c.» (25). Di fatto, la norma, così formulata, finiva per gravare il ricorrente, come osserva la Cassazione, dell'onere di fornire la prova piena del fatto discriminatorio, ancorché raggiunta per via presuntiva, ponendosi di conseguenza in contrasto con la Direttiva n. 2000/78. L'incompatibilità con la direttiva sotto questo profilo, unitamente a una serie di altre questioni di conformità sollevate dal recepimento a livello nazionale della direttiva hanno portato, come noto, all'apertura di un procedimento di infrazione a carico dell'Italia (26), e quindi alla modifica del d.lgs. n. 216/03. Nella versione modificata dell'art. 4, comma 4, veniva eliminato il richiamo all'art. 2729 c.c., rimanendo invece fermo l'onere per il ricorrente di produrre, ai fini della presunzione, elementi di fatto «gravi, precisi e concordanti» (27). È quest'ultima versione della norma che la Corte è chiamata a interpretare. Nel farlo, la stessa osserva che le Direttive in materia di discriminazione, come interpretate della Corte di Giustizia, impongono l'introduzione

(24) *Ivi*, 157. Nello stesso senso anche Peruzzi 2017, 156 ss.

(25) Su questa prima versione della norma, vd. Curcio 2007.

(26) Procedure n. 2005/2358 e n. 2006/2441, relative rispettivamente all'attuazione delle Direttive n. 2000/43 e n. 2000/78.

(27) Le modifiche adottate dal legislatore finivano per altro per creare una discrepanza ingiustificata sotto questo profilo. Infatti, a fronte di norme identiche, mentre nel d.lgs. n. 216/2003 cadeva il riferimento all'art. 2729 c.c. in materia di presunzioni semplici, le modifiche al d.lgs. n. 215/2003 riguardavano anche l'eliminazione del requisito della gravità.

di un meccanismo di agevolazione probatoria o alleggerimento del carico probatorio gravante sull'attore. Tale agevolazione, conclude la Corte, implica che l'inversione dell'onere si situi «in un punto del ragionamento presuntivo anteriore rispetto alla sua completa realizzazione secondo i canoni dell'art. 2729 c.c.» (28).

Nell'ipotesi della discriminazione indiretta, quale la Corte sembra qualificare il comportamento datoriale, è possibile presumere la sussistenza di una discriminazione qualora il ricorrente dimostri che l'applicazione del criterio astrattamente neutro pregiudichi in percentuale molto più elevata i soggetti portatori di un fattore di rischio rispetto ai non portatori (29). Laddove questo fatto sia accertato, prosegue la Corte richiamando la decisione della Corte di Giustizia nel caso *Jørgensen*, in materia di discriminazione per sesso, spetta al datore di lavoro provare il contrario (30). Quest'ultimo è pertanto onerato, da un lato di fornire la prova dell'insussistenza dei fatti costitutivi (provando che la disparità di trattamento non è collegata al criterio o l'impatto pregiudizievole del criterio è smentito sulla base di altri dati statistici), e dall'altro di fornire la prova dell'esistenza di fatti impeditivi. Il riferimento è alla giustificazione prevista dal divieto di discriminazione indiretta, la cui sussistenza è condizionata alla presenza di una finalità legittima e all'adeguatezza e proporzionalità dei mezzi impiegati.

Immaginare, secondo lo schema proposto dalla Corte, il particolare meccanismo che regola la distribuzione dell'onere della prova nel giudizio discriminatorio come articolato in due diverse fasi, la prima relativa alla «presunzione» e la seconda relativa alla «controprova», consente di tracciare in modo particolarmente chiaro le ragioni del dissenso della Corte di Cassazione rispetto alle determinazioni della Corte d'Appello di Napoli.

Con riferimento alla prima fase, secondo la Cassazione, la Corte d'Appello di Napoli ha erroneamente ignorato il dato, «rilevante e incontrastato», secondo cui i trasferimenti hanno interessato gli addetti dello stabilimento nella misura del 6 per cento e gli iscritti al sindacato ricorrente nella misura dell'80 per cento. Da tali percentuali emerge infatti con evidenza che il gruppo protetto, individuato nel caso di specie dall'affiliazione sindacale, è stato affetto in modo fortemente sproporzionato dal provvedimento datoriale. Può essere utile in proposito osservare che il dato prodotto dall'organizzazione sindacale si limita a fare una fotografia della realtà aziendale. Si tratta di un esempio cd. di *naked statistics* che consente, attraverso l'utilizzo di percentuali grezze, ferma l'attendibilità della fonte, di descrivere una determinata situazione di fatto, esprimendo attraverso il linguaggio dei numeri lo svantaggio subito dai lavoratori iscritti al sindacato ricorrente (31).

Il confronto tra le percentuali consente, riprendendo le parole della Corte di Cassa-

(28) Sulla necessità di una ricostruzione unitaria della fattispecie normativa discriminatoria e del relativo regime dell'onere della prova, anche solo in relazione all'obbligo di interpretazione conforme imposto al giudice, e sull'insufficienza delle categorie interne delle presunzioni semplici e legali ai fini dell'inquadramento di quest'ultimo, vd. Peruzzi 2017, 153 ss.

(29) Vi è sotto questo profilo una differenza con il caso Fiom. In quest'ultimo, risultava, in base ai dati prodotti, che tutti i lavoratori appartenenti al gruppo protetto fossero soggetti a un trattamento meno favorevole (la mancata assunzione) svelando, in forza della totale esclusione dei soggetti protetti, la natura direttamente discriminatoria della condotta.

(30) C. Giust. 6.4.2000, C-226/98, *Birgitte Jørgensen c. Foreningen af Speciallæger and Sygesikringsens Forhandlingsudvalg*, in *Racc.*, 2000, I-02447.

(31) Bonardi, Meraviglia 2017, 367; Peruzzi, 2017, 170. Sull'utilizzo dei dati statistici nel giudizio sulla discriminazione vd. anche Varva 2018.

zione, di ravvisare una «correlazione significativa tra il fattore di rischio e il trattamento meno favorevole» (32). Mentre ai fini della comparazione sarebbe stato più corretto fare riferimento, invece che alla generalità dei lavoratori impiegati presso lo stabilimento di Pomigliano d'Arco, ai soli lavoratori privi del fattore tutelato, ai fini della presunzione, il dato è difficilmente trascurabile. Limitando la popolazione di riferimento ai soli lavoratori privi del fattore tutelato, la sua rilevanza si consolida ulteriormente. Posto che la percentuale consente di descrivere il rapporto tra due unità di misura, in questo caso tra il numero di lavoratori trasferiti e il totale della forza lavoro, è quasi superfluo osservare che tanto più alta è l'incidenza del trasferimento sui lavoratori iscritti a Slai Cobas, tanto più la loro considerazione ai fini del calcolo complessivo influenza la misura che descrive questo rapporto. Scorporando tale effetto dal valore percentuale dei lavoratori coinvolti dal trasferimento a livello dell'intero stabilimento, la matematica conferma un valore inferiore al 6 per cento (33).

Stabilita per questa via l'esistenza di un collegamento tutt'altro che trascurabile tra il fattore tutelato e il trattamento svantaggioso, il giudizio sulla sussistenza della discriminazione entra nella seconda fase, nell'ambito della quale si sposta sul convenuto l'onere di provare il contrario e il relativo rischio della mancanza di prova. I rilievi della Cassazione sul punto risultano ancora una volta perfettamente coerenti con le premesse. Si osserva infatti che il generico richiamo a un «criterio produttivistico» non potesse essere considerato sufficiente ai fini considerati in quanto «terminologicamente privo di precisa valenza e significato [...] di fronte al dato statistico fornito *ex adverso*», e che del pari generica risulta la valutazione del giudice di merito dell'effettività delle ragioni tecniche, organizzative e produttive richiamate a fondamento della scelta imprenditoriale a fronte dell'inattività dei lavoratori trasferiti.

È importante specificare che tali ragioni non rilevano nell'ottica propria della verifica della legittimità dell'esercizio del potere datoriale (una determinata condotta, come è stato già osservato, potrebbe essere giustificata in tale ottica e ciononostante essere discriminatoria). Esse rilevano nell'ottica propria del giudizio sulla discriminazione nella misura in cui le esigenze tecniche, organizzative e produttive possono, ferma la verifica della loro effettività, rappresentare una finalità legittima ai fini della giustificazione tipica prevista dalla fattispecie di discriminazione indiretta. In questo caso, però, il sindacato giudiziale non può limitarsi all'esistenza di una finalità legittima, ma deve estendersi alla verifica dell'adeguatezza e della necessità dei mezzi utilizzati. In altre parole, il datore di lavoro è tenuto a provare che il criterio adottato risulti adeguato alla realizzazione del fine perseguito e quello in grado di soddisfare tale fine con un minor sacrificio per il gruppo protetto. Inconferente risulta pertanto l'affermazione della Corte d'Appello di Napoli sul fatto che il richiamo da parte della società convenuta alla sussistenza di ragioni tecniche, organizzative e produttive precludesse una valutazione sul merito della scelta effettuata. Tale affermazione può essere compresa solo se si tiene conto ancora una volta dell'indebita sovrapposizione tra giudizio sulla discriminazione e giudizio di legittimità dell'esercizio dei poteri datoriali. Non sorprende allora, resa evidente tale implicita premessa, che il giudice di merito si muova alla

(32) La Corte richiama in particolare Cass. 5.6.2013, n. 14206, in *MGC*, 2013.

(33) L'operazione è la seguente: n. totale di lavoratori trasferiti – n. di lavoratori trasferiti iscritti a Slai Cobas / n. totale di lavoratori impiegati presso lo stabilimento di Pomigliano d'Arco – n. di lavoratori iscritti a Slai Cobas impiegati presso lo stabilimento di Pomigliano d'Arco.

ricerca dell'intento secondo lo schema del motivo illecito, facendo propria una concezione di comportamento discriminatorio e antisindacale che non trova riscontro nella legge e nella giurisprudenza (34), né risulta idonea a garantire una tutela effettiva della posizione del lavoratore laddove il sacrificio di tale posizione sia giustificato alla luce delle ragioni dell'impresa (35).

5. — *Rilevi conclusivi* — Sembra potersi rinvenire nella decisione della Cassazione un importante momento del percorso di maturazione della giurisprudenza nazionale in materia di discriminazioni. Tale affermazione trova fondamento nell'analisi della decisione sotto i diversi profili evidenziati: l'interpretazione della portata del fattore delle convinzioni personali come comprensivo dei motivi sindacali, la relazione tra fattispecie discriminatoria e illecito antisindacale e l'articolazione dell'onere della prova. In tutti questi passaggi, la Corte rivela una profonda consapevolezza della natura multilivello del divieto di discriminazione e delle specificità proprie del principio di non discriminazione come autonoma tecnica di controllo dell'esercizio dei poteri datoriali.

Riferimenti bibliografici

- Barbera M. (2010), *La tutela antidiscriminatoria al tempo dello Statuto e ai tempi nostri*, in *DLM*, n. 3, 723 ss.
- Barbera M. (2013), *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *q. Riv.*, n. 1, I, 139 ss.
- Barbera M., Protopapa V. (2014), *Il caso Fiat: come la tutela antidiscriminatoria riformula il conflitto sindacale*, in *q. Riv.*, n. 2, II, 163 ss.
- Bavaro V. (2013), *La razionalità pratica dell'art. 19 St. lav. e la democrazia industriale*, in *QG*, n. 4, 51 ss.
- Biasi M. (2018), *Il caso Ryanair e l'ingresso del «danno punitivo» nel Diritto del lavoro italiano*, in *GI*, n. 10, 2191 ss.
- Bonardi O., Meraviglia C. (2017), *Dati statistici e onere della prova nel diritto antidiscriminatorio*, in O. Bonardi (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma, 351 ss.
- Borelli S. (2012), *Il diritto antidiscriminatorio nella vicenda Fiat/Fabbrica Italia Pomigliano (Fip) – Fiom*, in *RCDL*, n. 2, 369 ss.
- Calafà L. (2012), *La discriminazione fondata sull'orientamento sindacale e il folklore giuridico dell'Unione europea*, in http://www.europeanrights.eu/public/commenti/orientamento_sindacale.pdf.
- Carinci M.T. (2012), *Il licenziamento discriminatorio o «per motivo illecito determinante» alla luce dei principi civilistici: la causa del licenziamento quale atto unilaterale fra vivi a contenuto patrimoniale*, in *q. Riv.*, I, 641 ss.
- Carinci M.T. (2016), *Il licenziamento discriminatorio alla luce della disciplina nazionale: nozioni e distinzioni*, in *RIDL*, II, 720 ss.

(34) Sulla natura oggettiva della nozione di discriminazione e sulla non riconducibilità della fattispecie alla categoria degli atti viziati da motivo illecito, vd. Cass. 5.4.2016, n. 6575, in *q. Riv.*, 2016, n. 4, II, 455 ss., con nota di Scarponi; Carinci 2016; Gottardi 2016; Tarquini 2016.

(35) Barbera 2013, 153.

- Caruso B. (2013), *Il sistema di rappresentanza sindacale dopo la sentenza n. 231/13*, in *RIDL*, II, 902 ss.
- Curcio L. (2007), *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 529 ss.
- Curcio L. (2020), *Discriminazione su base sindacale e onere probatorio*, in https://www.que-stionegiustizia.it/articolo/discriminazione-su-base-sindacale-e-onere-probatorio_29-01-2020.php.
- De Michiel F. (2020), *Condotta antisindacale, divieto di discriminazione per motivi sindacali e onere della prova*, in *GC*, n. 5, 123 ss.
- Donzelli R. (2008), *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Jovene, Napoli.
- Garofalo M.G. (1979), *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Jovene, Napoli.
- Giuliani A. (2017), *La discriminazione sindacale in giurisprudenza*, in *VTDL*, n. 3, 1 ss.
- Gottardi D. (2016), *L'attesa decisione sulla nozione oggettiva di discriminazione, in un caso di annunciata procreazione medicalmente assistita*, in *RIDL*, n. 3, II, 729 ss.
- Grandi M. (1978), *Attività sindacale e repressione della condotta antisindacale*, in *RIDL*, I, 13 ss.
- Guariso A. (2012), *Pronuncia antidiscriminatoria, autonomia privata e ripristino della parità*, in *RCDL*, n. 2, 685 ss.
- Guariso A. (2014), *Il licenziamento discriminatorio*, in *DLRI*, 351 ss.
- Lanfranchi L. (1971), *Prospettive ricostruttive in tema di Art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *RTDPC*, 388 ss.
- Lassandari A. (2014), *L'azione giudiziale come forma di autotutela collettiva*, in *LD*, n. 2/3, 309 ss.
- Novella M. (2019), *Il licenziamento discriminatorio: fattispecie e ripartizione degli oneri probatori*, in *RIDL*, II, 51 ss.
- Peruzzi M. (2017), *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Giappichelli, Torino.
- Protopapa V. (2018), *Il modello «Ryanair» di fronte al divieto di discriminare in base alle convinzioni personali*, in *RIDL*, II, 555 ss.
- Quaini A. (2018), *Discriminazione sindacale: il Tribunale di Bergamo arricchisce di un nuovo capitolo il romanzo Ryanair*, in *DRI*, 1231 ss.
- Raimondi E. (2020), *Interesse collettivo, diritti individuali omogenei e la nuova azione di classe*, in *giustiziacivile.com*, n. 5, 1 ss.
- Razzolini O. (2018), *Azione sindacale e tutela giurisdizionale*, FrancoAngeli, Milano.
- Recchia G.A. (2018), *Studio sulla giustiziabilità degli interessi collettivi dei lavoratori*, Cacucci, Bari.
- Romagnoli U. (1971), *Aspetti processuali dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *RTDPC*, 1309 ss.
- Rota A. (2018), *Sul divieto di conflitto e affiliazione sindacale: il «modello Ryanair» sotto la lente del diritto antidiscriminatorio*, in *Labor*, n. 4, 502 ss.
- Rusciano M. (2013), *Sindacato «firmatario» o «trattante», purché «rappresentativo»*, in *q. Riv.*, II, 517 ss.
- Scarponi S. (2016), *Licenziamento discriminatorio: una svolta della Cassazione in un caso riguardante la procreazione medicalmente assistita*, in *q. Riv.*, II, 455 ss.

- Tardivo D. (2020), *Estensione dell'agevolazione probatoria avverso la discriminazione al procedimento ex art. 28 St. lav.: un chiasmo ragionevole?*, in RIDL, II, 387 ss.
- Tarquini E. (2016), *La Corte di Cassazione e il principio di non discriminazione al tempo del diritto del lavoro derogabile*, in RIDL, II, 737 ss.
- Treu T. (1971), *Attività antisindacale e interessi collettivi*, in PD, 565 ss.
- Treu T. (1974), *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Giuffrè, Milano.
- Vaccarella R. (1977), *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, FrancoAngeli, Milano.
- Vallebona A. (1988), *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova.
- Vallebona A. (2012), *Le discriminazioni per «convinzioni personali» comprendono anche quelle per affiliazione sindacale: un'altra inammissibile stortura a favore della Fiom-Cgil*, in MGL, n. 8-9, 622 ss.
- Vallebona A. (2013), *Ancora confusione tra discriminazioni per convinzioni personali e per affiliazione sindacale*, in MGL, n. 1-2, 2 ss.
- Varva S. (2018), *Presunzioni e prova statistica nel diritto antidiscriminatorio tra ordinamento italiano, europeo e statunitense*, in W. Chiaromonte, M.D. Ferrara (a cura di), *Bisogni sociali e tecniche di tutela giuslavoristica. Questioni aperte e prospettive future*, FrancoAngeli, Milano, 195 ss.
- Zilio Grandi G. (2012), *Noterelle sulla vicenda Pomigliano in «appello»: dove non arrivano gli impegni pubblici del datore di lavoro arriva la discriminazione*, in DRI, 1143 ss.

Venera Protopapa
Ricercatrice di Diritto del lavoro
presso l'Università di Verona

CONSIGLIO DI STATO, 18.5.2020, n. 3165, S. II – Pres. Greco, Est. Manzione – Ministero della Difesa (Avv. Gen. dello Stato) c. *Omissis* (non costituito).

Riforma Tar Lazio, 12.2.2010, n. 2014, S. I-bis.

Attività sindacale – Militari – Sanzione disciplinare – Violazione del vincolo gerarchico.

Poiché le disposizioni di disciplina militare si applicano nei confronti degli appartenenti alle Forze armate dal momento della loro incorporazione a quello della cessazione dal servizio attivo, sempre che ricorrano specifiche condizioni stabilite dalla legge, è ritenuto legittimo il provvedimento di irrogazione di una sanzione disciplinare a un militare in servizio attivo che non rispetta il vincolo gerarchico imposto dalla normativa vigente, comunicando direttamente al vertice una critica attinente a modalità gestionali inerenti il servizio e alla disciplina, seppure ciò avvenga nel contesto di un'attività esercitata mediante un'associazione sindacale. (1)

(1) ATTIVITÀ SINDACALE DEL MILITARE E VINCOLO GERARCHICO

1. — Con la sentenza in epigrafe, il Consiglio di Stato ha accolto il ricorso del ministero della Difesa e annullato la sentenza del Tar Lazio, confermando la legittimità del provvedimento di irrogazione della sanzione disciplinare a un maresciallo dei Carabinieri a seguito di comunicazioni interne e dichiarazioni rese alla stampa, nell'ambito di un'attività parasindacale da questi svolta a mezzo dell'associazione culturale Unac (dal 2013 divenuta Sindacato autonomo carabinieri e militari), in violazione del vincolo imposto dal Regolamento di disciplina militare (di seguito, R.d.m.).

Il Tar aveva accolto il ricorso del militare contro la sanzione che gli era stata inflitta nel 2000 dal Comandante di compagnia per non aver osservato il criterio gerarchico nelle comunicazioni interne, avendo questi comunicato per iscritto, insieme ad altri commilitoni, *direttamente* al Comandante generale dell'Arma, una critica attinente a modalità gestionali inerenti il servizio e alla disciplina (violando l'art. 12, c. 2, R.d.m. approvato con d.P.R. 18.7.1986, n. 545).

L'azione giudiziale era stata preceduta da un ricorso per via amministrativa al Comando provinciale, respinto, essendo stato ritenuto irrilevante che il militare avesse agito nell'ambito di un'attività parasindacale esercitata attraverso l'associazione di cui era segretario nazionale. Dato, al contrario, ritenuto fondamentale dal Tar, che nel 2010 aveva accolto il ricorso del maresciallo ritenendo che la critica mossa dal militare fosse assimilabile a quella di un comune cittadino nell'ambito dell'esercizio del suo diritto di associazione.

Il Consiglio di Stato ha invece corroborato la posizione assunta dal Comando provinciale focalizzando l'attenzione sul *modus* in cui è stata mossa la critica, anziché sulla sostanza della critica stessa, e ritenendo detta impostazione ermeneutica coerente con la salvaguardia dei criteri di specialità vigenti per le Forze dell'ordine.

Il richiamo alla natura sostanzialmente sindacale dell'Unac è stato giudicato dal Consiglio di Stato «del tutto inconferente» (Non rileva qui C. Stato 28.7.2005, n. 4012,

S. IV, riguardo cui D'Elia 2019, 30-31, con riferimenti a casi analoghi), ritenendo che, nell'ambito del procedimento disciplinare per violazione del vincolo gerarchico, detta natura giochi un ruolo neutrale e non possa essere perciò utilizzata né a favore, né contro il militare, perché la sola ammissione di un «paravento associativo» (par. 5 della sentenza) finirebbe con il legittimare l'elusione degli specifici obblighi gerarchici imposti dall'ordinamento militare, con conseguente grave danno alla funzionalità del sistema. In tal senso, una comunicazione *per saltum* direttamente al vertice di comando non è legittimata, neppure se compiuta a mezzo di interposta persona giuridica, sia pure essa un'associazione che agisce con intenti di tutela di interessi privati di tipo sindacale.

Peraltro, l'esimente di aver agito come soggetto privato ha trovato prove sfavorevoli nella spendita del grado militare prima del nome, operata dal maresciallo nella comunicazione al Comandante generale. Ciò solo, come sostenuto dal Ministero, prova che l'interessato abbia agito come militare «in servizio attivo ed effettivo» e quindi – per il Consiglio di Stato – è ragione idonea a ribaltare la posizione del Tar.

Sul piano normativo rileva l'art. 5 della l. 11.7.1978, n. 382, il cui c. 3 sancisce l'applicazione senza soluzione di continuità delle regole di disciplina militare ai dipendenti «dal momento della incorporazione a quello della cessazione dal servizio attivo», a date condizioni tra cui, *ex lett. d*, quando essi «si qualificano, in relazione a compiti di servizio, come militari o si rivolgono ad altri militari in divisa o che si qualificano come tali». La l. n. 382/78 è abrogata e sostituita dal d.lgs. 15.3.2010, n. 66 (Codice dell'ordinamento militare: di seguito, C.o.m.).

Dunque, per il Consiglio di Stato, il solo fatto di aver scritto direttamente al vertice gerarchico prova la violazione del R.d.m.; dato confermato dalla diffusione a mezzo stampa della comunicazione inviata al Comandante generale, integrante anche la violazione di una circolare sui rapporti con la stampa.

Per di più, è stata giudicata inconferente la denuncia posta dal militare a giustificazione del metodo scelto. Questi affermava che tutti i reclami espressi in via gerarchica trovano filtri e archiviazioni, finendo nel nulla, ma detto assunto è stato valutato «immotivatamente critico di una prassi neppure documentata».

L'accoglimento dell'appello e la conseguente riforma della sentenza del Tar hanno comportato la conferma in via definitiva della sanzione inflitta al militare, in sintesi, in quanto questi era «in servizio» quando agiva in violazione degli obblighi gerarchici.

Ciò anche in coerenza con quanto formulato dal Consiglio di Stato in un parere, riguardante un altro militare coinvolto nella comunicazione, espresso in sede consultiva nell'ambito di un procedimento straordinario azionato da detto militare presso il Presidente della Repubblica.

Abbastanza diversa era l'impostazione del Ministero ricorrente: lungi dal considerare criteri di neutralità, contestava la sentenza del Tar disconoscendo il diritto di associazione del militare, tanto da evocare il suo precedente diniego alla costituzione dell'Unac e la pronuncia amministrativa che lo aveva suffragato (Tar Lazio 18.2.2002, n. 3528, in *Archivio-DoGi*); respingeva, inoltre, le obiezioni mosse dal carabiniere circa l'inefficacia del canale gerarchico per il raggiungimento dei risultati di natura parasindacale che quest'ultimo si prefiggeva quindi attraverso l'Unac.

2. — L'art. 98 Cost. dispone una riserva legale per limitare il diritto di alcune tipologie di lavoratori pubblici a iscriversi a partiti politici. La *ratio* di questa norma ha legittimato

nel tempo un ampliamento delle limitazioni possibili, coinvolgendo la sfera del diritto sindacale, anche per effetto del diritto internazionale, e permette di guardare al vincolo gerarchico come a una caratterizzazione della subordinazione del pubblico dipendente, giacché esso si accompagna al vincolo di tipo funzionale che classicamente discende dal contratto di lavoro subordinato.

Le Convenzioni Oit n. 87/1948, art. 9, e n. 98/1949, art. 5, come l'art. 5 Cse, infatti, nel riconoscere le libertà collettive fondamentali a Forze armate e di polizia, stabiliscono una riserva di legge (o di regolamento) nazionale, mentre l'art. 11 Cedu non vieta siano imposte restrizioni legittime; perciò, in passato, la C. Edu e il Comitato europeo dei diritti sociali (di seguito, Ceds) hanno sostenuto la possibilità di limitare, finanche sopprimendo del tutto, la libertà di associazione e organizzazione sindacale delle Forze armate.

Esigenze di neutralità del sistema militare, essenzialmente connesse a ragioni di tutela dell'ordinamento democratico rispetto a possibili prese di potere militare, hanno originariamente spinto il legislatore ad accomunare l'iscrizione ai sindacati con quella ai partiti politici, e a vietarle entrambe, pur non essendo ciò esplicitamente contemplato dall'art. 98, c. 3, Cost. e prescindendo dall'approccio garantito dall'art. 52, c. 3, Cost. (Vd. C. Stato 4.2.1966, n. 5, in *FI*, 1966, III, 228 ss.).

Lo storico divieto di iscrizione ai partiti politici non sussiste più nella formula assoluta (Vd. Famiglietti *et al.* 2016; C. Stato 12.12.2017, n. 5845, S. IV, in *FI*, 2018, III, 267 ss., con nota di Bassetta) e un percorso di applicazione dell'art. 39 Cost. ai dipendenti pubblici, segnatamente alle forze militari, ha portato al superamento dell'antica assimilazione delle due iscrizioni e all'abrogazione della legge che vietava ai militari e alle Forze di polizia la costituzione di sindacati e l'iscrizione a essi.

La sentenza in esame tratta i confini della materia che è destinata a dirimere, escludendo già dalle prime righe della motivazione «suggestioni di principio riferibili all'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti» (par. 5).

«Ciò che rileva» – afferma il Consiglio di Stato – «è l'inoltro della lettera, non il fatto che la sua stesura sia avvenuta sotto l'egida dell'associazione», ora un sindacato autonomo. Non è quindi in discussione la legittimità della condotta associativa, che costituisce solo il «contesto genetico» in cui si compie la violazione del codice militare (par. 7).

Le precisazioni espresse dal Consiglio di Stato escludono l'intento di negare la titolarità dei diritti sindacali ai militari, accertato che la contestazione addebitata al carabiniere non riguarda la sua appartenenza all'Unac e che non si contesti che la comunicazione abbia natura sindacale ma, esclusivamente, che l'attività di critica sia stata mossa senza il rispetto delle procedure vigenti in ambito militare.

Secondo questa impostazione, la sanzione disciplinare è motivata dal fatto che il lavoratore ha violato il peculiare vincolo di subordinazione cui soggiacciono i militari, che impone di rispettare la via gerarchica nelle comunicazioni interne, e non fonda invece, come di primo acchito appare, nel fatto che questi abbia esercitato un'attività associativa/sindacale. Ciò fa ritenere che, ove la medesima critica fosse stata operata con l'attivazione dell'opportuno livello gerarchico e fosse risultata un'omissione da parte dei responsabili di detto livello, un'ulteriore comunicazione al vertice avrebbe assunto un significato diverso: la sanzione sarebbe risultata non necessaria e/o sproporzionata, in quanto lesiva della sostanza di un diritto che diversamente non poteva essere assicurato.

Questa indicazione non si trova esplicitamente nella sentenza, ma è l'interpretazione assumibile con un approccio *multi-level*. Le possibili restrizioni alla tutela dei diritti

sindacali, nel limite non comprimibile dei loro contenuti sostanziali, infatti, oltre a essere previste nelle norme applicative della CdfUe, sono state precisate sul piano del diritto internazionale nel noto caso *Demir e Baykara*, inerente l'art. 11 CedU [C. Edu 12.11.2008, n. 34503/97, *Demir e Baykara c. Turchia*], che, appunto, ha fissato nella salvaguardia «dell'essenza» del diritto in questione il limite ultimo rispetto alle restrizioni legittime.

Al di là della dichiarata volontà di non intaccare la sfera dell'art. 39 Cost., appare che il Consiglio di Stato abbia operato secondo una classificazione teorica dei limiti delle libertà costituzionali, suscettibili di essere distinti in limiti di esercizio e di contenuto. Nel caso di specie, mentre ai primi è riconosciuta l'operatività, i secondi limiti sembrano non essere mai entrati in gioco, risultando così comunque salvaguardata la titolarità del diritto sindacale in capo al militare.

Il ragionamento proposto non può non trovare adesione, sempre che si concordi circa il superamento del test di proporzionalità. Diversamente, è d'ausilio ricordare la tesi secondo cui l'*agere licere* che caratterizza le libertà costituzionali nega la possibilità di operare classificazioni di limiti quando esse sopprimono, di fatto, l'esercizio di un diritto (Pace 2003, 322; Panzera 2019, 5).

La stessa Corte costituzionale ha recentemente dichiarato l'illegittimità dell'art. 1475, c. 2, d.lgs. n. 66/2010 (C.o.m.), riconoscendo il diritto di affiliazione ad associazioni sindacali da parte dei militari (Vd. C. cost. 13.6.2018, n. 120, che segna il superamento di C. cost. n. 449/1999, in *FI*, 2000, I, 1430 ss., con note di Forlivesi 2018, Falsone 2018, Ferrara 2018, Lazzari 2019; vd. Panzera 2019).

È, perciò, rimosso il limite un tempo operante nel comparto, fatto salvo il rispetto di condizioni come il preventivo assenso del ministero della Difesa alla costituzione di associazioni e circoli tra militari (Vd. art. 1475, c. 1, cit., e C. Stato 23.11.2018, n. 2756, in *www.giustamm.it*, *Rivista di diritto pubblico*, 2018, 12, 24577); ma si consideri che il previo assenso è stato ritenuto incompatibile con l'art. 5 Cse (Vd. Ceds 22.1.2019, ricorso n. 140/2016, *Cgil c. Italia*, par. 83, con nota di Allamprese, Borelli 2019).

Hanno contribuito all'impostazione anzidetta proprio le fonti di diritto internazionale con la giurisprudenza evolutiva della Corte Edu sull'esercizio del diritto di associazione sindacale dei militari in Francia (C. Edu 2.10.2014, n. 10609/10, *Matelby*, e n. 32191/09, *Adefdromil*), che la Corte costituzionale n. 120/2018 ha, appunto, richiamato e che, a loro volta, applicavano il principio enunciato nel già citato caso *Demir e Baykara* (Vd. anche C. Stato 25.9.2019, n. 2571, S. I consultiva, sull'art. 5 Cse; per uno studio comparato, Passaglia *et al.* 2018).

Più precisamente, la Corte costituzionale n. 120/2018 ha ritenuto violato l'art. 117, c. 1, Cost. alla luce della recente interpretazione evolutiva dell'art. 11 CedU, nonché dell'art. 5, c. 3, Cse, cui ha riconosciuto un ruolo di «parametro interposto che concorre a integrare l'art. 117, c. 1, Cost.», facendosi così garante di un sistema di tutele autonome ma complementari (Vd. Mammone 2019, 5).

Dagli atti del procedimento giudiziale emerge, invece, un po' di confusione circa la sussistenza di una titolarità al diritto di associazione sindacale da parte di militari. Tant'è che il Consiglio di Stato si è apprestato a qualificare come «inopportuni» e «inesistenti» i «profili di illiceità dell'appartenenza associativa *ex se*» (richiamati dall'Avvocatura di Stato nel suo appello) precisando che, comunque, gli stessi profili non erano stati fatti oggetto di addebito, seppure fossero ipotizzabili nel quadro storico in cui si erano svolti i fatti. Il Consiglio

di Stato ha, poi, ristretto la «questione sindacale» solo a un argomento usato dal carabiniere stesso in sua difesa, durante il ricorso gerarchico (par. 7).

D'altro canto, la trama logica che caratterizza il primo grado di giudizio poggia sull'assimilazione dei militari ad altri soggetti privati, per legittimare le loro associazioni (Ma vd. Ciucciavino 2019).

In conclusione, seppure sussiste un requisito di specialità ricavabile dall'art. 98, c. 3, Cost., persiste l'esigenza di un'operazione di bilanciamento, che non necessita più solo di essere fatta rispetto ai parametri endogeni degli artt. 39, c. 1, e 52, c. 3, Cost., ma pure rispetto a quelli esogeni, rappresentati dalle disposizioni delle Carte che contemplano la libertà sindacale tra i diritti fondamentali. In detta operazione, non solo la neutralità dell'etichetta sindacale va accertata rispetto ai canoni della «necessità in una società democratica» (ex art. 5 Cse), ma l'esigenza di rispettare il vincolo gerarchico va parametrata anche al fattore tempo, lì dove può essere in discussione la funzionalità dell'ordinamento militare ma pure, e soprattutto, l'effettività del diritto alla rivendicazione sindacale.

3. — La decisione dirime con coerenza logica una delicata situazione in cui convergono interessi nevralgici. Ma lo fa assumendo la neutralità dell'azione sindacale come un dato di fatto, indiscutibile. La sfasatura dei tempi che caratterizza l'intero giudizio incide sulla difficoltà della scelta, generando l'esigenza di conciliare una situazione che rimanda all'interesse privato con una sopraggiunta realtà giuridica in cui è chiaramente riconosciuto il diritto associativo dei militari.

Il Consiglio di Stato, pur attento a salvaguardare sul piano teorico la titolarità del diritto di associazione del militare, di fatto, nega la possibilità che il sindacato possa interloquire direttamente con il vertice. Ci si chiede se sia ammissibile una logica che, negli effetti, condiziona la titolarità dell'interesse collettivo (che spetta al sindacato) al rispetto di vincoli imposti al singolo militare.

La libertà sindacale del militare risulta così sottoposta a procedura gerarchica: una menomazione che inevitabilmente finisce con incidere sulla libertà del sindacato all'esercizio di un interesse collettivo, salvo immaginare un sindacato costituito esclusivamente da militari cessati dal lavoro. L'esercizio stesso del d. alla contrattazione collettiva risulta fortemente condizionato dalla vigenza dell'art. 1478, c. 7, d.lgs. n. 66/2010, che esclude gli ambiti di intervento del sindacato (Vd. C. cost. n. 120/2018, cit., e 10.7.2019, n. 170, di cui riferisce anche Rupe 2020).

Riaffiorano logiche di dichiarata pari ordinazione di valori, che però considerano i diritti sindacali ancillari e recessivi rispetto ad altre esigenze del sistema.

Permane la necessità di una normativa *ad hoc* che disciplini la materia. La proposta di legge C. 875, presentata il 5.7.2018 (cui sono unite le proposte C. 1060 del 3.8.2018, C. 1702 del 26.3.2019 e C. 2330 del 9.1.2020), visti conclusi gli *iter* alla Camera, è stata trasmessa al Senato, ove è in corso l'esame in Commissione dal 7.10.2020 (Vd. d.d.l. n. 1893).

L'art. 5, c. 3, d.d.l. n. 1893, conferma l'esclusione di competenze nelle materie già previste dal C.o.m. e riconosce alle associazioni in parola la possibilità di interloquire con gli organi di vertice delle Forze armate e delle Forze di polizia a ordinamento militare, oltre che con i Ministri competenti e con le commissioni parlamentari in Camera e Senato, solo in relazione alle materie espressamente indicate al c. 2. Tra queste materie, alla lett. a, «i contenuti del rapporto di impiego del personale militare, indicati agli artt. 4 e 5, d.lgs. 12.5.1995, n. 195», poi richiamati all'art. 11, c. 4, del d.d.l. come materie oggetto di con-

trattazione. Circa le cariche in dette associazioni, l'art. 8, c. 1, precisa che sono «esclusivamente elettive e possono essere ricoperte solo da militari in servizio effettivo», con almeno 5 anni di anzianità di servizio, «e da militari in ausiliaria iscritti all'associazione stessa». Per le associazioni di nuova costituzione è ancora previsto un procedimento autorizzativo (art. 3).

Permangono, a oggi, i condizionamenti alla contrattazione collettiva e la menomazione all'esercizio dell'interesse collettivo di cui si è detto sopra.

Riferimenti bibliografici

- Allamprese A., Borelli S. (2019), *Dopo la Corte costituzionale anche il Comitato di Strasburgo batte un colpo a favore dei sindacati dei militari*, in *Diritto&Lavoro Flash*, n. 5, 12 ss.
- Baldanza A. (2000), *La coesione dell'apparato militare prevale sulle libertà sindacali*, in *GDA*, n. 3, 256 ss.
- Bassetta F. (2018), *In tema di limiti all'iscrizione dei militari ai partiti politici*, in *FI*, n. 5, III, 273 ss.
- Ciucciiovino S. (2019), *Diritti sindacali dei lavoratori civili e diritti associativi dei lavoratori militari: differenze e similitudini*, in *Rassegna della giurisprudenza militare*, bimestrale, n. 5, 48 ss.
- D'Elia G. (2019), *I profili disciplinari connessi alla rappresentanza militare ed alla «sindacalizzazione» delle forze armate*, in *Rassegna della giurisprudenza militare*, bimestrale, n. 5, 27 ss.
- Falsone M. (2018), *La libertà sindacale indossa le stellette ma il legislatore deve ancora prendere le misure*, in *DRI*, n. 4, 1185 ss.
- Famiglietti G. et al. (2016), *Libertà politiche e sindacali nella Polizia di Stato tra limiti normativi, etica e responsabilità*, FrancoAngeli, Milano.
- Ferrara M.D. (2018), *Libertà sindacale e ordinamento militare: l'incostituzionalità del divieto di associazionismo sindacale*, in *DLM*, n. 3, 622 ss.
- Forlivesi M. (2018), *L'atteso «revirement» della Corte costituzionale sulla libertà di associazione sindacale dei militari*, in *q. Riv.*, n. 4, II, 611 ss.
- Lazzari C. (2019), *Sulla Cse quale parametro interposto ai fini dell'art. 117 Cost.: note a margine delle sentt. C. cost. n. 120/2018 e n. 194/2018*, in *federalismi.it*, n. 4, 2 ss.
- Mammone G. (2019), *Codice dell'ordinamento militare ed associazioni professionali a carattere sindacale tra militari. Nuove prospettive*, in *Rassegna della giurisprudenza militare*, bimestrale, n. 5, 4 ss.
- Pace A. (2003), *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, Padova.
- Panzerà C. (2019), *La libertà sindacale dei militari in un'atipica sentenza sostitutiva della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 23, 18 dicembre, 2 ss.
- Passaglia P. et al. (2018), *La libertà di associazione sindacale dei militari*, Servizio Studi, Corte costituzionale.
- Rupe S. (2020), *Comitato europeo dei diritti sociali: violate le libertà sindacali dei Forestalitraseriti all'Arma dei Carabinieri*, in *Europeanrights.eu*, articoli, 14 gennaio.

Serena Zitti

Dottoranda di ricerca

in Diritto europeo e comparato dell'impresa e del mercato. Ius/07

CONTROVERSIE DI LAVORO

[CORTE D'APPELLO VENEZIA, 10.10.2019](#) – Pres. ed Est. Alessio – Filcams (avv.ti Angiolini, Gomitoni, Balestra) c. Stati Uniti d'America (avv.ti Maresca, Spagnolo, Lauro), Fisascat Cisl di Vicenza (avv. Righi) e Uiltucs Uil di Vicenza (avv. Campesan).

Controversie di lavoro e previdenza – Giurisdizione del giudice italiano – Condotta antisindacale – Immunità giurisdizionale – Contrattazione collettiva – Art. 28 St. lav. – Art. 11 Convenzione Onu di New York del 2004 – Art. IX Convenzione Nato di Londra del 1951.

Va dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano rispetto all'azione ex art. 28 St. lav. promossa da un'organizzazione sindacale nei confronti di una base militare Usa sita in Italia per aver quest'ultima escluso il sindacato dalla contrattazione collettiva, interferendo la pronuncia di accoglimento con i poteri sovrani di autorganizzazione dell'ente straniero, obbligandolo ad ammettere alla negoziazione il sindacato ricorrente. (1)

(1) L'IMMUNITÀ GIURISDIZIONALE DELLE BASI MILITARI USA IN ITALIA
IN MATERIA DI CONDOTTA ANTISINDACALE

1. — La pronuncia in epigrafe affronta il tema della sussistenza della giurisdizione del giudice italiano sulla domanda ex art. 28 St. lav., formulata da un sindacato nei confronti di una base militare Usa sita in Italia.

La Filcams di Vicenza agiva presso il Tribunale di Vicenza, ex art. 28 St. lav., nei confronti di Ambasciata degli Stati Uniti d'America, Governo Usa di Roma, Comando Usa Setaf Vicenza, Fisascat Cisl di Vicenza, Uiltucs di Vicenza, U.S. Naval Force Europe Napoli, U.S. Air Force Europe Pordenone e U.S. Army Europe Vicenza, per sentir accertare la loro condotta antisindacale e ottenerne la cessazione e la rimozione degli effetti. Il sindacato ricorrente esprimeva di essere stato escluso, senza giustificazione, dalle trattative per il rinnovo del contratto collettivo, di durata triennale, applicato presso le basi militari Usa del vicentino, e di essersi visto negare il diritto ad aderirvi, prima e dopo il rinnovo, essendo state riconosciute come interlocutori della contrattazione collettiva solamente la Fisascat e la Uiltucs quali rappresentanti dei lavoratori civili italiani presso le basi Usa.

Il giudice, dichiarato il difetto di legittimazione passiva di Fisascat e Uiltucs, non essendo stata svolta nei loro confronti alcuna domanda e potendo la condotta antisindacale venire imputata solamente al datore di lavoro Usa, rigettava il ricorso sia in fase sommaria sia nella fase a cognizione piena. In particolare, dirimente era il difetto di giurisdizione del giudice italiano rispetto ad atti espressivi della sovranità di uno Stato straniero; difetto che ricorre, in materia di rapporti di lavoro, ogni volta che l'intervento del giudice possa interferire, anche indirettamente, sui poteri di autorganizzazione dell'ente straniero (Vd. T. Vicenza 13.8.2018, in *DeJure*).

Avverso la decisione, Filcams proponeva appello presso la Corte d'Appello di Venezia, sollevando anche questione di costituzionalità della l. n. 1335/1955, di ratifica ed esecuzione della Convenzione Nato di Londra del 1951, e della l. n. 5/2013, di adesione della Repubblica italiana alla Convenzione Onu di New York del 2004, per violazione dell'art. 24 Cost. Il giudice di secondo grado rigettava l'appello, ritenendo infondata anche la questione di costituzionalità.

2. — Tema classico del diritto internazionale è se gli Stati stranieri e i soggetti equiparabili (ad esempio, le ambasciate o le basi militari straniere site nel territorio nazionale) siano soggetti alla giurisdizione civile dello Stato territoriale.

Secondo il diritto internazionale consuetudinario tale problematica deve essere risolta alla luce del principio della cd. immunità ristretta o relativa: gli Stati stranieri sono esenti dalla giurisdizione civile dello Stato territoriale laddove pongano in essere atti *iure imperii*, mediante i quali si esplicano funzioni pubbliche statali, ma non per atti *iure gestionis* o *iure privatorum*, ossia a carattere privatistico (Conforti 2015, 272). Attesa la difficoltà a distinguere tra diritto pubblico e privato nel caso concreto, dottrina e giurisprudenza, nei casi dubbi, hanno privilegiato l'immunità, ponendola come regola e relegando la giurisdizione a eccezione. Sulla base di ciò, la Convenzione di New York del 2004, pur non richiamando espressamente la distinzione tra atti *iure imperii* e *iure gestionis*, elenca (artt. 10-17) le materie in cui sussiste la giurisdizione civile dello Stato territoriale, confermando l'immunità dello Stato straniero quale regola (Conforti 2015, 273). Tuttavia, nell'art. 11, par. 1, della Convenzione, tale relazione di regola a eccezione è rovesciata (Rossi 2019, 7), quasi a configurare un abbandono della distinzione tra atti *iure imperii* e *gestionis* (Frulli 2013). Infatti «in un procedimento concernente un contratto di lavoro tra lo Stato e una persona fisica per un lavoro eseguito o da eseguirsi, interamente o in parte, sul territorio dell'altro Stato», salvo diverso accordo tra i due Stati, l'immunità giurisdizionale è esclusa, a eccezione di specifici casi, che operano disgiuntamente, elencati al par. 2 e guidati da quattro criteri: 1) lo *status* e le mansioni del lavoratore (ad es., se «l'impiegato è stato assunto per adempiere funzioni particolari nell'esercizio del potere pubblico»); 2) il *petitum* della domanda del lavoratore (ad esempio: «l'assunzione, la proroga del rapporto o il reinserimento di un candidato»; «il licenziamento o la risoluzione del contratto di un impiegato e se, secondo il parere del Capo dello Stato, del Capo del Governo o del ministro degli Affari Esteri dello Stato datore di lavoro, tale azione rischia di interferire con gli interessi dello Stato in materia di sicurezza»); 3) la nazionalità del lavoratore, cioè se egli «è cittadino dello Stato datore di lavoro nel momento in cui l'azione è avviata, sempre che non abbia la residenza permanente nello Stato del foro»; 4) l'esistenza di clausole contrattuali di deroga alla giurisdizione dello Stato del foro (Rossi 2019, 8 ss.).

Il rovesciamento del rapporto tra regola ed eccezione trova conferma anche nell'art. IX, c. 4, Convenzione Nato di Londra del 19.6.1951, il quale dispone che le condizioni di impiego e di lavoro, e in particolare i salari e gli accessori del personale civile addetto alle Forze armate di uno Stato membro della Nato, che siano civili cittadini dello Stato ricevente o ivi residenti, sono disciplinati dalla «legislazione» di quest'ultimo Stato – espressione comprensiva anche della giurisdizione –, così da escludere l'immunità (Cass. 22.3.2019, n. 8228, S.U., in *Defure*; Conforti 2015, 275).

La Convenzione del 2004 (vd. art. 30) non è ancora entrata in vigore, potendo ciò avvenire trenta giorni dopo la data del deposito del trentesimo strumento di ratifica, accettazione, approvazione o adesione presso il segretario generale dell'Onu, mentre a oggi è stata ratificata solo da quindici Stati sui ventitré firmatari (Conforti 2015, 275). Tuttavia, la giurisprudenza interna, seguendo la Corte Edu, ritiene che i principi di cui all'art. 11 della Convenzione impegnino in ogni caso gli Stati firmatari, e quindi anche l'Italia *ex art.* 10, c. 1, Cost. (dunque impegnavano l'Italia anche prima della legge di ratifica n. 5/2013), in quanto «sono parte integrante del diritto consuetudinario internazionale» (C. Edu 18.1.2011, *Guadagnino c. Italia e Francia*, ricorso n. 2555/03; Cass. 6.6.2017, n. 13980, S.U., in *RDI*, 2017, II, 1296 ss.), perché formulati in base al criterio dell'immunità ristretta (Conforti 2015, 272; vd., *amplius*, Rossi 2019).

3. — L'immunità giurisdizionale confligge con il diritto di accesso alla giustizia *ex art.* 6, par. 1, Cedu (a livello interno, art. 24, c. 1, Cost.). In proposito, la C. Edu ha statuito che, fermo restando il potere degli Stati di limitare tale diritto, privo di natura assoluta, devono essere rispettati due requisiti: 1) che le limitazioni perseguano fini legittimi; 2) che vi sia un rapporto ragionevole e proporzionato tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito (C. Edu, *Guadagnino c. Italia e Francia*, cit.; C. Edu 23.3.2010, *Cudak c. Lituania*, ricorso n. 15869/02; C. Edu 18.2.1999, *Waite e Kennedy c. Germania*, ricorso n. 26083/94). La limitazione è proporzionata quando è conforme alle norme di diritto internazionale generale (C. Edu, *Guadagnino c. Italia e Francia*, cit.; C. Edu, *Cudak c. Lituania*, cit.; C. Edu 14.1.2014, *Jones e altri c. Regno Unito*) e, quindi, in materia di lavoro, al principio dell'immunità ristretta *ex art.* 11 Convenzione di New York (Rossi 2019, 14 ss.).

Sulla scorta di ciò, la giurisprudenza italiana ha esercitato la propria giurisdizione, dapprima, laddove le mansioni assegnate al lavoratore fossero ausiliarie e comunque non connesse al potere pubblico dello Stato, privilegiando invece, negli ultimi anni, il criterio del *petitum*, quando il lavoratore, a prescindere dalle mansioni, avanzi mere pretese patrimoniali (Rossi, 2019, 34). Un primo orientamento riservava all'immunità un'area ancora ampia, ritenendo che, anche laddove la controversia riguardasse aspetti esclusivamente patrimoniali, dovesse escludersi la giurisdizione del giudice italiano se la pronuncia, indipendentemente dalla sua effettiva e concreta incidenza, implicasse apprezzamenti e indagini sui poteri sovrani di autorganizzazione dello Stato straniero. Così, la Cassazione ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano in occasione di una domanda di qualifica superiore, da parte di un lavoratore con mansioni fiduciarie, seppure diretta a ottenere la sola corresponsione di differenze retributive (Vd. Cass. 16.1.1990, n. 145, S.U., in q. *Riv.*, 1991, II, 510 ss.), come nel caso in cui, in materia di licenziamento illegittimo, il lavoratore opti per il risarcimento del danno in luogo della reintegrazione (Cass. 10.7.2006, n. 15620, S.U., in *Defure*). Un orientamento più recente restringe l'area dell'immunità, escludendo la giurisdizione, oltre ai casi *ex art.* 11, par. 2, Convenzione di New York, solamente quan-

do la pretesa patrimoniale porti a una decisione giudiziale «inidonea a incidere o interferire sulle funzioni dello Stato sovrano», e dunque sui suoi poteri organizzativi, in concreto (Vd.: Cass. 11.7.2019, n. 18661, S.U., in *DeJure*; Cass. n. 13980/2017, cit.; Cass. 27.2.2017, n. 4882, S.U., in *DeJure*). Perciò, quando il lavoratore chiede la condanna del datore al pagamento di differenze retributive, va esclusa l'immunità (Cass. n. 4882/2017, cit.). Invece, nel caso in cui il lavoratore licenziato domandi la reintegrazione nel posto di lavoro, l'immunità opererà, «investendo detta pretesa in via diretta l'esercizio dei poteri pubblicistici dell'ente straniero» (Cass. 27.12.2019, n. 34474, S.U., in *DeJure*, su cui vd. De Stefano 2020; Cass. n. 4882/2017, cit.). Diversamente, il giudice nazionale avrà giurisdizione se il lavoratore opti per l'indennità sostitutiva *ex art.* 18, c. 3, St. lav., non essendo possibile il ripristino del rapporto di lavoro (Cass. n. 18661/2019, cit.), e per le domande retributive conseguenti all'illegittimità del licenziamento (Cass. n. 13980/2017, cit.), ma anche quando il lavoratore, già assunto a tempo indeterminato, chieda che venga dichiarata la nullità di più contratti a termine, trattandosi di mero presupposto della fondatezza delle domande patrimoniali spiegate che non può incidere sui poteri sovrani dello Stato straniero nell'assumere il lavoratore a tempo indeterminato (Cass. 8.3.2019, n. 6884, S.U., in *DeJure*).

4. — Seguendo l'ultima tesi, la Corte d'Appello conclude che l'immunità opera ogni volta che lo Stato straniero sia convenuto quale potenziale destinatario di un «obbligo di *facere* specifico», che, come tale, incida sui suoi poteri sovrani di organizzazione. Alla luce di ciò, il giudice veneziano dichiara il proprio difetto di giurisdizione, ripescando un risalente orientamento della Cassazione, secondo il quale l'immunità giurisdizionale opera a favore dello Stato membro Nato anche laddove sia stata proposta nei suoi confronti domanda *ex art.* 28 St. lav., non rinvenendosi nella normativa internazionale norme che estendano allo Stato straniero la disciplina dell'ordinamento italiano in materia sindacale, le quali determinerebbero un'ingerenza dello Stato territoriale nell'organizzazione di quello straniero, né essendo possibile dedurre tale estensione dalla Convenzione Nato, operante solo con riferimento alla tutela dei diritti del dipendente nell'ambito del rapporto di lavoro (Cass. 24.3.1981, n. 1677, S.U., in *RDI*, 1981, II, 679 ss.; Cass. 7.7.2018, n. 3368, S.U., in *DeJure*).

Neppure viene ravvisata l'incostituzionalità delle leggi n. 1335/1955 e n. 5/2013. Dal bilanciamento tra il principio di immunità, coperto dall'art. 10, c. 1, Cost., e gli altri diritti costituzionali coinvolti, ossia gli artt. 24 e 39 Cost., non emerge una lesione di questi, i quali non hanno natura assoluta, ma, in ossequio alla giurisprudenza Edu, una loro limitazione proporzionale finalizzata a non pregiudicare la sovranità dello Stato estero. In sostanza, la Corte, confermando quanto deciso in primo grado, ritiene che ammettere la giurisdizione italiana in materia di azione *ex art.* 28 St. lav. «significherebbe accordare [al giudice] un'intromissione, neppure indiretta, in quelle che sono valutazioni e scelte che competono in via esclusiva allo Stato estero, nell'esercizio dei propri poteri sovrani». Infatti, «non potrebbe non indagarsi sul diritto di Filcams-Cgil a trattare per la contrattazione collettiva con uno Stato estero; diritto quest'ultimo che, a differenza della tutela richiesta in ipotesi di licenziamento illegittimo, neppure è sorretto da una norma imperativa essendo una mera facoltà rimessa all'autonomia negoziale delle parti». Si lederebbe, così, la stessa libertà sindacale dello Stato estero datore di lavoro, *ex art.* 39 Cost., non sussistendo un suo obbligo «a trattare con un determinato sindacato né, d'altra parte, un diritto di quest'ultimo a partecipare a tali trattative» (T. Vicenza 13.8.2018, cit.).

Come emerge dalla decisione in commento, la mancanza di regole precise sulla giurisdizione in materia sindacale porta la giurisprudenza ad applicare il criterio dell'immunità, cosicché in presenza di un'azione *ex art. 28 St. lav.* verrà sempre dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano.

Ciò che non è chiaro nel bilanciamento dei diritti costituzionali coinvolti effettuato dalla Corte riguarda il «principio della soddisfazione per equivalenti», ossia la possibilità per il sindacato di ottenere dal giudice straniero un rimedio costituzionalmente equivalente all'art. 28 St. lav. (Pavoni, 2008, 42). La Corte d'Appello omette di indagare in proposito, limitandosi ad affermare che «una tutela indiretta e di carattere patrimoniale/risarcitoria risulta astrattamente pur sempre possibile» per il sindacato, il quale non vedrebbe ledere in maniera assoluta i propri interessi, senza però considerare né i disagi pratici e i costi per proporre l'azione all'estero, così da scoraggiarla, né il differente assetto delle relazioni industriali statunitensi.

Riferimenti bibliografici

- Conforti B. (2015), *Diritto internazionale*, X ed., Esi, Napoli.
- De Stefano F. (2020), *L'immunità giurisdizionale ristretta degli Stati ed il rapporto di lavoro dipendente (in margine a Cass. Sez. U. 27/12/2019, n. 34474)*, in <https://www.giustiziainsieme.it/it/il-magistrato-3/856-l-immunita-giurisdizionale-ristretta-degli-stati-ed-il-rapporto-di-lavoro-dipendente-in-margine-a-cass-sez-u-27-12-2019-n-34474>.
- Frulli M. (2013), voce *Immunità*, in [http://www.treccani.it/enciclopedia/immunita-dir-int_\(Diritto-on-line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/immunita-dir-int_(Diritto-on-line)/).
- Pavoni R. (2008), *L'immunità degli Stati nelle controversie di lavoro*, in N. Ronzitti, G. Venturini (a cura di), *Le immunità giurisdizionali degli Stati e degli altri enti internazionali*, Cedam, Padova, 29 ss.
- Rossi P. (2019), *Controversie di lavoro e immunità degli Stati esteri: tra codificazione e sviluppo del diritto consuetudinario*, in *RDI*, n. 1, 5 ss.

Marco Tufo

*Dottore di ricerca in Relazioni di lavoro
presso l'Università di Siena*

TRIBUNALE MONZA, 29.1.2020, ord. – Est. Rotolo – *Omissis* c. C. Srl (avv. *Omissis*).

Controversie di lavoro e previdenza – Licenziamento individuale – Impugnazione – Art. 6, l. n. 604/1966 – Art. 2702 c.c. – Firma digitale – Decadenza – D.lgs. n. 82/2005 – Artt. 1334 e 1335 c.c. – Posta elettronica certificata.

La comunicazione, a mezzo Pec, della scansione dell'impugnativa del licenziamento sottoscritta dal difensore esclusivamente in maniera autografa, senza la sottoscrizione autografa e digitale del lavoratore, è inidonea a far salvo il termine decadenziale di 60 giorni previsto dall'art. 6 della l. n. 604/1966. (1)

(1) È DAVVERO NECESSARIA LA FIRMA DIGITALE
PER IMPUGNARE UN LICENZIAMENTO A MEZZO PEC?

1. — L'ordinanza del Tribunale di Monza che si commenta ha sollevato sorpresa e una vivace discussione tra gli operatori sul tema delle procedure telematiche correlate alla decadenza dal diritto di agire in giudizio per impugnare un licenziamento che il lavoratore ritiene illegittimo.

Il tema affrontato è quello dell'idoneità di un atto di impugnazione da effettuare nel termine stragiudiziale di 60 giorni, relativo alla decadenza iniziale per il licenziamento, in relazione ai requisiti di forma dell'atto stragiudiziale utilizzato (Per un'ampia ricostruzione si rinvia a Vianello 2018, 99 ss.).

In giurisprudenza si è sostenuto che, nonostante il termine sia decadenziale, la mancata tempestiva impugnazione del licenziamento non comporta la liceità del recesso ma preclude al lavoratore la possibilità di reintegrazione nel posto di lavoro e il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 18 St. lav. (Cass. 19.3.2010, n. 6727, in *DeJure*). Secondo tale orientamento il lavoratore potrà comunque esperire una normale azione civile per ottenere il risarcimento in base ai principi generali e previa allegazione dei presupposti (Cass. 10.3.2010, n. 5804, in *MGC*, 2010); secondo una diversa lettura, al lavoratore che non abbia impugnato nel predetto termine di decadenza il licenziamento è precluso il diritto di far accertare in sede giudiziale la illegittimità del recesso anche solo per richiedere il risarcimento del danno (Cass. 19.5.2016, n. 10343, in *DeG*, 2016, 24, 1 ss.; Cass. 3.3.2010, n. 5107, in *GL*, 2010, 10, 42 ss.).

Autorevole dottrina sostiene che al verificarsi della decadenza, durante il processo di impugnazione del licenziamento stragiudiziale, residua in capo al lavoratore soltanto un'azione risarcitoria per eventuali fatti ulteriori rispetto al licenziamento, come quella per l'ingiuriosità del recesso, non a caso già ammesso nel regime di licenziamento libero (Vallebona 2018, 393).

Il legislatore, con l'art. 6 della l. n. 604/1966, ha poi previsto che l'impugnazione si componga di due momenti: uno stragiudiziale (c. 1) e uno giudiziale (c. 2). L'impugnazione è perciò inefficace se non è seguita entro il termine di 180 giorni – successivo a quello di 60 giorni di cui all'art. 6, c. 1, cit. – dal deposito del ricorso giudiziale nella cancelleria

del tribunale in funzione di giudice del lavoro, o dalla comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato (Putaturo Donati 2018, 1456; Piccari 2017, 1484).

Nel caso di specie, il giudice di prime cure ha dichiarato fondata l'eccezione preliminare del datore di lavoro resistente relativa all'intervenuta decadenza dal diritto ad agire in giudizio, a causa della carenza dell'impugnativa di licenziamento. Eccezione, questa, giustificata dal fatto che l'impugnativa era sì pervenuta al datore di lavoro a mezzo Pec, ma con l'allegazione di un documento scansionato privo sia della firma autografa e digitale del lavoratore sia di quella digitale del difensore.

Partendo dall'argomentazione di parte resistente, che propone la mancanza dei requisiti di forma di cui all'art. 2702 c.c., il Tribunale di Monza amplia lo spettro d'indagine e dello studio della fattispecie *de qua* attraverso un'analisi sulla disciplina prevista dal d.lgs. n. 82/2005 per la formazione e la trasmissione dei documenti informatici.

La Cassazione, con un orientamento ormai consolidato, ritiene valida l'impugnativa eseguita, in nome e per conto del lavoratore, da parte del suo procuratore a patto che quest'ultimo sia investito di tale potere attraverso una regolare procura scritta, sottoscritta in data antecedente al termine di decadenza stragiudiziale di 60 giorni (Da ultimo: Cass. 1.2.2019, n. 3139, in *DeJure*; T. Roma 7.5.2020, n. 2426, in *DeJure*). L'impugnativa firmata dal solo difensore, senza specifica procura scritta, non vale dunque a precludere la decadenza (Carinci *et al.* 2011, 344).

In tale ultimo caso può ammettersi, in luogo della procura, la ratifica da parte del lavoratore entro il termine di decadenza (Cairolì 2019, 28). È stato infatti ribadito, anche in giurisprudenza, che l'atto compiuto dal soggetto privo del necessario potere possa essere ratificato dall'interessato *ex art.* 1399 c.c., ma la norma deve essere applicata nelle sole parti compatibili con la funzione che l'ordinamento assegna agli atti unilaterali da compiersi entro un termine perentorio. In questo modo è esclusa la retroattività della ratifica prevista *ex art.* 1399 c.c., c. 2, ed è stato affermato che la ratifica può spiegare effetti solo qualora intervenga entro sessanta giorni dalla comunicazione del recesso, in modo che le esigenze di certezza sottese alla fissazione dei termini di prescrizione e decadenza non siano sacrificate da un atto che rimarrebbe nell'esclusiva disponibilità del *dominus* (Cfr.: Cass. 19.6.2019, n. 16416, in *GDir.*, 2019, 34, 51 ss.; Cass. 23.4.2014, n. 9182, in *GDir.*, 2014, 22, 63 ss.).

La pronuncia in analisi, a mio sommosso avviso, si sofferma oltremodo sul profilo formale e non dà il giusto rilievo al profilo sostanziale. L'art. 6, c. 1, seconda parte, l. n. 604/1966, prevede infatti che l'impugnativa possa essere fatta con qualsiasi atto scritto che sia idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore, sostenendo implicitamente che non è necessario utilizzare formule sacramentali o stereotipate, né è richiesto di indicare tutti o alcuni dei motivi posti a fondamento della illiceità del licenziamento (Nicolini 2013, 616).

Abitualmente il mezzo più utilizzato per l'impugnazione del licenziamento è la raccomandata postale ma, in caso di utilizzo di altri strumenti, dovrebbe intervenire il principio secondo cui l'impugnazione stessa, per produrre i suoi effetti come atto unilaterale recettizio, debba essere semplicemente portata a conoscenza del datore entro i termini decadenziali previsti [Favalli 2016, 1010].

D'altro canto, è necessario prendere atto anche dei nuovi strumenti di comunicazione telematica e, soprattutto, dell'elevato numero di pronunce della giurisprudenza che hanno valutato l'efficacia del recesso, in particolare datoriale, espresso attraverso questi strumenti, in luogo di quelli tradizionali (Rota 2017, 4).

Le nuove forme di comunicazione «*smart*» (si pensi alla Pec o a WhatsApp) introdotte recentemente potrebbero, tuttavia, far sorgere alcune problematiche su cui appare utile soffermarsi. Nel caso, ad esempio, dell'intimazione del licenziamento tramite WhatsApp non risulta agevole la prova della relativa ricezione da parte del lavoratore destinatario, anche se la giurisprudenza, manifestando una tendenziale apertura nei confronti delle moderne forme comunicative, lo ha ritenuto legittimo (T. Catania 27.6.2017, in *ilgiuslavorista.it*, 20 ottobre 2017), in quanto la modalità utilizzata dal datore è risultata idonea ad assolvere ai requisiti formali comunicando, per iscritto e in maniera inequivoca, la volontà di recedere al lavoratore. Il giudice siciliano ha, infatti, sostenuto che un atto di licenziamento, per essere qualificato come tale, deve far trasparire al lavoratore – anche indirettamente – il chiaro intento di procedere alla risoluzione del rapporto in essere (Cass. 13.8.2007, n. 17652, in *DeJure*) e, per essere valido ed efficace, secondo la giurisprudenza, deve essere sottoscritto, con firma autografa, dal datore di lavoro o da un suo rappresentante munito di appositi poteri o di una specifica procura (Cass. 16.9.2000, n. 12256, in *DeJure*).

Va qui ricordato, infine, che alla prima impugnazione, come atto ricettizio stragiudiziale, si applicano le regole generali previste dagli artt. 1334 e 1335 c.c. non già quelle della notificazione e dei termini processuali (Gragnoli 2011, 39 ss.).

Se si traspone, quindi, il ragionamento logico-giuridico che la giurisprudenza ha elaborato per il licenziamento alla sua impugnazione *ex art.* 6, l. n. 604/1966, inviata nei termini tramite Pec con l'allegato sottoscritto in forma autografa dal procuratore, essa dovrebbe essere ritenuta parimenti valida ed efficace, in quanto esprime in maniera diretta la volontà del prestatore di lavoro che ritiene illegittimo l'atto di recesso datoriale (In questo senso C. App. Napoli 5.8.2019, n. 4356, inedita a quanto consta, che in fattispecie analoga ha osservato: «non può essere messo in dubbio che quanto allegato al messaggio di posta elettronica costituisca la rappresentazione di un documento preesistente, redatto incontrovertibilmente in forma scritta dal lavoratore e da questi formalmente sottoscritto unitamente all'avvocato che, munito di procura, ne ha in seguito curato l'inoltro al datore di lavoro a mezzo Pec»). Infatti, nel caso di specie il procuratore ha chiarito in maniera espressa l'intento del prestatore di lavoro di impugnare il licenziamento, ritenuto illegittimo: condizione di validità necessaria per lo stesso atto, così come previsto dalla giurisprudenza poc'anzi menzionata.

Se si volesse approfondire e ampliare il ragionamento, sarebbe possibile sostenere che l'impugnazione eseguita dal procuratore, a mezzo Pec, con un file allegato, contenente la sola firma autografa dello stesso, per essere indiscutibilmente valida potrebbe essere valutata sulla base di parametri oggettivi che consentano al giudice di valutare il chiaro intento trasmesso. I parametri oggettivi potrebbero essere identificati con questi di seguito elencati: possesso, precedente all'invio dell'impugnazione, da parte dell'avvocato della procura specifica per l'intento dell'impugnazione del licenziamento; verifica della data di ricezione dell'impugnazione a mezzo Pec da parte del datore di lavoro, il quale, in caso di ricezione della stessa non in procinto della scadenza dei termini, nei casi equivoci potrebbe richiedere un'eventuale ratifica da parte dello stesso lavoratore per sincerarsi della volontà, a suo avviso equivoca. In assenza di questi parametri oggettivi potrebbe essere più difficilmente dimostrabile la validità dell'impugnazione, anche se, a mio avviso, è sufficiente che il chiaro intento dell'impugnativa sia esplicito.

Il Tribunale di Monza, nell'ordinanza in esame, non aderisce alle considerazioni sinora esposte ma si concentra sul mero accoglimento dell'eccezione preliminare sulla natura del

documento allegato alla comunicazione via Pec che, non essendo stato sottoscritto in maniera autografa dal lavoratore, rimarrebbe privo dei requisiti di forma previsti dall'art. 2702 c.c. ai fini dell'impugnativa del licenziamento.

Si rileva comunque che la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che la prova legale della provenienza delle dichiarazioni rappresentate attraverso un documento scritto, ma non sottoscritto, può discendere anche dall'espresso riconoscimento che abbia portata confessoria (Cass. 19.7.2012, n. 12448, in *GC*, 2012, n. 10, I, 2297 ss.; si vd. anche Patti 1996, 184 ss.). In questo modo anche non prendendo in considerazione i ragionamenti precedentemente espressi sarebbe utile per il lavoratore, nel caso in cui dovesse essere considerato l'unico in grado di dare validità all'atto nonostante la procura concessa al difensore, esprimere un riconoscimento che abbia portata confessoria per dimostrare la veridicità e autenticità dell'impugnativa. La Cassazione ha altresì ritenuto che, *a contrario*, una scrittura privata autografa, ma non sottoscritta, può valere, ex art. 2702 c.c., come prova documentale anche con riferimento alla provenienza delle dichiarazioni rappresentate al suo interno (Cass. 2.10.1996, n. 8620, in *MGC*, 1996, 1356 ss.; Cass. 16.8.2004, n. 15949, in *MGC*, 2004, 7-8). Più recentemente la Corte ha poi affermato che la produzione in giudizio di una scrittura privata non firmata da chi avrebbe dovuto farlo equivale a una sottoscrizione (Cass. 29.11.2018, n. 30948, in *ilprocessocivile.it*, 24 ottobre 2019, con nota di Costabile) e che, invece, il solo messaggio e-mail senza firma elettronica è da considerarsi privo di efficacia, ai sensi dell'art. 2702 c.c., in quanto non è facilmente rinvenibile il suo autore.

La stessa giurisprudenza ha tuttavia precisato che il legislatore, attraverso l'art. 21, d.lgs. n. 82/2005, ritiene riferibili a un autore concreto i documenti informatici sottoscritti con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale e che, anche nei casi di omessa sottoscrizione informatica, il giudice può liberamente valutare, ai sensi dell'art. 20 del medesimo decreto, se tale documento soddisfi o meno il requisito della forma scritta, in relazione alle sue caratteristiche oggettive, di qualità, sicurezza, integrità e immutabilità (Cass. 8.3.2018, n. 5523, in *RIDL*, 2018, II, 590 ss.).

Nel caso *de quo*, oltre alle condizioni di validità ed efficacia delineate dalla citata giurisprudenza, esiste un altro elemento definitorio molto importante, cioè l'invio non tramite semplice e-mail, ma mediante Pec da cui si rilevano effettivamente sia il mittente, sia la conferma dell'avvenuta ricezione da parte del datore. Per la più recente giurisprudenza (Cass. 17.7.2019, n. 19155, in *GDir.*, 2019, 33, 104 ss.) sms ed e-mail hanno piena efficacia di prova nei confronti del destinatario delle comunicazioni; egli può disconoscerli solo in base a elementi chiari e concreti che dimostrino la non corrispondenza tra la realtà fattuale e quella riprodotta. Ed è proprio sotto questo ultimo aspetto che il Tribunale di Monza avrebbe potuto rigettare l'eccezione preliminare del datore, soprattutto in considerazione del fatto che il documento proveniva da una posta elettronica certificata del procuratore del lavoratore munito di regolare procura ad agire.

L'art. 1, c. 1, lett. *p*, del d.lgs. n. 82/2005 definisce «informatico» un documento che rappresenti informaticamente «atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti» e che «copia per immagine su supporto informatico» (lett. *i-ter*) un «documento avente contenuto e forma identici a quelli del documento analogico originale» (Buonomo, Merone 2013, 257). Nel caso di specie la scansione dell'impugnazione cartacea è stata considerata, dal giudice di prime cure, come una «copia per immagine su supporto informatico di documento analogico» e, in base all'art. 22 del d.lgs. n. 82/2005, tale copia potrebbe avere la stessa efficacia probatoria dei documenti analogici originali da cui è tratta solamente in due ipotesi: se la con-

formità è attestata da un notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato in virtù della vigente normativa; oppure, se sia stata formata nel rispetto delle Linee guida Agid e la loro conformità all'originale non sia espressamente disconosciuta.

In dottrina, si è sostenuto che al di fuori delle ipotesi appena menzionate la trasmissione al datore, tramite la Pec dell'avvocato, della mera scansione di una comunicazione di impugnativa di licenziamento redatta e sottoscritta in forma autografa sarebbe inidonea a impedire la decadenza *ex art. 6, l. n. 604/1966* (Mutarelli 2018, 24). A mio sommessso avviso, nel caso di specie, l'allegato oggetto di analisi da parte del Tribunale di Monza, anche ammettendo che sia una copia per immagine su supporto informatico di documento analogico, sarebbe però da ritenersi valido a tutti gli effetti, pur senza l'apposizione della firma digitale, in ossequio a quanto previsto dalla giurisprudenza di legittimità precedentemente menzionata.

L'art. 22 del d.lgs. n. 82/2005, come modificato dai d.lgs. n. 179/2016 e n. 217/2017, rubricato «copie informatiche di documenti analogici», al c. 1 stabilisce che tali documenti sono dotati di efficacia piena a patto che siano formati in base a quanto previsto dal precedente art. 20, c. 1-*bis*, e la loro produzione sostituisce *in toto* quella dell'originale. L'art. 20 ha per oggetto la validità e l'efficacia dei documenti informatici, e il relativo c. 1 va interpretato nel senso che il documento rispetta la forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'art. 2702 c.c., anche se privo di firma digitale o di altro tipo di firma elettronica qualificata o di una firma elettronica avanzata. Nell'ipotesi in cui quindi il giudice debba valutare la validità e l'efficacia di un documento, egli dovrà basarsi sulle caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immodificabilità che il documento stesso possiede e, secondo la più recente giurisprudenza, potrà autonomamente valutare se sia valido ed efficace o meno.

Per quanto sinora esposto, la scelta applicata dal giudice di Monza alla prassi consuetudinaria in tema di impugnazione del licenziamento, pur consolidando l'analisi sulla disciplina prevista dal d.lgs. n. 82/2005 per la formazione e la trasmissione dei documenti informatici, sembra individuare troppo rigidamente solo alcuni dei parametri di riferimento utili alla valutazione della decadenza dal diritto di agire in giudizio per carenza dell'impugnativa. La soluzione prospettata, pertanto, appare non condivisibile poiché analizza in maniera parziale le opzioni possibili, tralasciando l'aspetto essenziale delle scelte inerenti alla ragionevolezza e alla congruità previste dal legislatore dell'art. 6 della l. n. 604/66.

Riferimenti bibliografici

- Buonomo G., Merone A. (2013), *La scrittura privata informatica: firme elettroniche, valore probatorio e disconoscimento in giudizio (alla luce delle modifiche introdotte dalla l. n. 221/2012)*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2, 257 ss.
- Cairolì S. (2019), *Decadenza e impugnazione del licenziamento*, in A. Preteroti (a cura di), *La disciplina della decadenza nel rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 28 ss.
- Carinci F. et al. (2011), *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Torino.
- Favalli G. (a cura di) (2016), *Lavoro, Licenziamenti individuali*, Wolters Kluwer, 1010.
- Gragnoles E. (2011), *Nuovi profili dell'impugnazione del licenziamento*, in *ADL*, n. 1, 39 ss.
- Mutarelli M.M. (2018), *È valida l'impugnativa di licenziamento inviata dalla Pec dell'avvocato?*, in *Il Diritto dei lavori*, n. 3, 21 ss.

- Nicolini C.A. (2013), *L'evoluzione del regime delle decadenze nei rapporti di lavoro*, in *RIDL*, I, 615 ss.
- Patti S. (1996), *Della prova documentale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, sub art. 2699-2720, Bologna, 184 ss.
- Pellacani G. (2013), *Impugnazione del licenziamento*, in G. Pellacani (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Giappichelli, Torino, 350 ss.
- Piccarì M. (2017), *L'impugnazione del licenziamento*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, Torino, 1484 ss.
- Putaturo Donati F.M. (2018), *Impugnazione del licenziamento, termine di decadenza e tentativo di conciliazione in sede amministrativa*, in *ADL*, n. 8, 1456 ss.
- Rota A. (2017), *L'intimazione del licenziamento nell'era digitale: dalla notificazione a mezzo raccomandata all'invio tramite WhatsApp*, in *LLI*, n. 3, 28 ss.
- Vallebona A. (2018), *Breviario di diritto del lavoro*, Torino, 393.
- Vianello R. (2018), *Impugnazione del licenziamento e decadenza*, Cedam, Padova.

Dario Calderara

*Professore a contratto di Diritto del lavoro
presso l'Università telematica Niccolò Cusano.*

Dottore di ricerca presso la «Sapienza» Università di Roma

SICUREZZA SOCIALE

I

[CORTE DI GIUSTIZIA, 2.4.2020, C-802/18](#) – Avv. Gen. Szpunar – Caisse pour l'avenir des enfants c. F.V e G.W.

Libera circolazione delle persone – Unione europea – Parità di trattamento – Lavoro subordinato.

Libera circolazione dei lavoratori Ue, coordinamento europeo dei sistemi di sicurezza sociale e vantaggi sociali fanno sì che i lavoratori frontalieri percepiscano l'assegno familiare connesso all'esercizio di un'attività di lavoro dipendente in uno Stato membro, per i propri figli e per i figli del coniuge con i quali non hanno un legame di filiazione pure occupandosi del loro mantenimento, qualora i minori residenti in tale Stato hanno diritto alla prestazione senza rilievo di altre condizioni e/o circostanze. (1)

II

[CORTE DI GIUSTIZIA, 18.12.2019, C-447/18](#) – Avv. Gen. Tanchev – Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava.

Libera circolazione delle persone – Unione europea – Parità di trattamento – Lavoro subordinato.

Libera circolazione dei lavoratori Ue e disciplina dei vantaggi sociali fanno sì che un cittadino Ue (campione olimpico), il quale versi nella condizione di lavoratore migrante a seguito dell'adesione all'Unione degli Stati – quello in cui risiede e quello in cui ha lavorato – nati dalla separazione, riceva la prestazione supplementare istituita a favore degli sportivi che hanno rappresentato lo Stato membro, o i suoi predecessori giuridici, nell'ambito di competizioni sportive internazionali, a prescindere dal luogo in cui risiede dopo l'adesione. (2)

(1-2) COORDINAMENTO DEI SISTEMI NAZIONALI
DI SICUREZZA SOCIALE E VANTAGGI SOCIALI

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La risposta pregiudiziale al caso *Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava*. — 3. Le soluzioni della Corte nella vicenda *Caisse pour l'avenir des enfants*. — 4. Segue: I profili concernenti i familiari dei lavoratori Ue in tema di benefici sociali. — 5. Considerazioni finali.

1. — *Premessa* — Le sentenze pregiudiziali della Corte di Giustizia Ue del 18.12.2019, *Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava* (1), e del 2.4.2020, *Caisse pour l'avenir des enfants* (2), qui annotate, rientrano nel filone giurisprudenziale dell'Unione in tema di sicurezza sociale, vantaggi sociali e, più in generale, libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione europea (3).

Va subito osservato che i principi espressi nel corso del tempo dalla Corte lussemburghese in tema di tutele dei lavoratori non trovano smentite o stravolgimenti nei contesti in esame. Basti pensare che il giudice dell'Ue, in linea con la propria giurisprudenza, ribadisce, se ce ne fosse ancora il bisogno, che i lavoratori cittadini degli Stati membri non possono essere discriminati per motivi legati alla nazionalità, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro. E che essi godono appieno del diritto di spostarsi all'interno dell'Unione per esercitare un'attività lavorativa subordinata, fatti salvi i motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica. Uguali conferme ha il filone giurisprudenziale che pone sempre più attenzione ai bisogni del lavoratore, puntando alla promozione sociale e alla persona prima ancora che alla forza economica del lavoratore. Vale a dire quelle pronunce che, tra l'altro, hanno esteso il diritto di circolare ai familiari dei cittadini Ue.

Nondimeno, le sentenze annotate giovano al relativo *case law* dell'Unione per diverse ragioni. Senza dubbio per i profili singolari delle controversie nazionali. Come per il particolare approccio argomentativo e procedurale seguito dalla Corte nell'individuare il quadro normativo di riferimento o nel legare – ancora una volta e ancora di più – diritti dei lavoratori migranti e transfrontalieri e libertà fondamentali previste dai Trattati a fronte di circostanze specifiche quali il momento dell'adesione degli Stati all'Unione (*Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava*) o i rapporti di filiazione in senso lato (*Caisse pour l'avenir des enfants*). Ugualmente, per la (ri)prova della centralità della tutela dei singoli nelle vesti di lavoratori Ue e dell'interpretazione estensiva delle disposizioni in tema di sicurezza sociale e vantaggi sociali.

Sono tutti argomenti di riflessione delle pagine seguenti, e che, senza anticipare considerazioni, mostrano un *fil rouge* con vicende già risolte dal giudice dell'Ue.

Tanto osservato, il piano di lavoro spazia dal coordinamento europeo dei sistemi di sicurezza sociale alla disciplina dei vantaggi sociali riconosciuti ai lavoratori Ue senza discriminazioni, ivi incluso il tema dei familiari quali beneficiari indiretti.

Cercheremo di ripercorrere i punti argomentativi attraverso i quali la Corte scioglie i

(1) C. Giust. 18.12.2019, C-447/18, *Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava*.

(2) C. Giust. 2.4.2020, C-802/18, *Caisse pour l'avenir des enfants*.

(3) Art. 45 TfUE. Cfr. Adinolfi 2014.

dubbi dei giudici nazionali sul fatto che la disciplina dell'Unione in tema di sicurezza sociale – giudice slovacco – e/o di vantaggi sociali – caso lussemburghese – acconsenta a normative nazionali che subordinano l'erogazione delle prestazioni controverse al requisito della cittadinanza nei loro territori, nel caso slovacco, o della parentela, nel caso lussemburghese.

2. — *La risposta pregiudiziale al caso* Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava — La vicenda slovacca pare di poco più intricata rispetto a quella lussemburghese, vagliata più avanti.

Ai fini della disamina, occorre partire dalla scissione della Repubblica federale cecoslovacca: momento in cui un cittadino (U.B.) dell'ex Repubblica unita opta per la cittadinanza ceca pur mantenendo la residenza nel territorio slovacco. Si tratta di un membro della squadra nazionale di *hockey* su ghiaccio che ha portato lustro alla Repubblica cecoslovacca vincendo diverse medaglie d'oro e d'argento ai campionati d'Europa e del mondo. La controversia nasce quando il campione olimpico vede negarsi dalla Slovacchia, ove risiede, il beneficio di una prestazione supplementare istituita a favore di chi – tra i cittadini slovacchi – ha rappresentato il paese ad alti livelli in ambito sportivo conseguendo vittorie. Altra circostanza da ricordare – per motivi esposti più avanti – è che l'atleta era impiegato in una scuola primaria all'epoca dell'adesione all'Unione europea (e a seguito) delle due repubbliche nate dalla scissione.

Il dubbio del giudice slovacco riguarda taluni profili del coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale nonché della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il rinvio mira, in particolare, a chiarire se la definizione di pensione ai sensi dell'art. 1, lett. *w*, del Regolamento (Ce) n. 883/2004 (4), la parità di trattamento di cui all'art. 4 del medesimo regolamento e le disposizioni in tema di assimilazione di prestazioni, redditi, fatti o avvenimenti di cui al successivo art. 5, in combinato disposto con l'art. 34, parr. 1 e 2, della Carta in materia di sicurezza e assistenza sociale, ammettano una normativa nazionale che condiziona il beneficio di una prestazione supplementare istituita a favore di determinati sportivi di alto livello che hanno rappresentato tale Stato membro o i suoi predecessori giuridici nell'ambito di competizioni sportive internazionali, al fatto che il richiedente abbia la cittadinanza del predetto Stato Ue (5).

Interrogativo riformulato dalla Corte Ue in linea con la nota competenza riconosciuta di riformulare il quesito pregiudiziale e (ri)definire il quadro giuridico di riferimento entro cui sciogliere i dubbi del giudice interno (6), ma che non perde rilievo atteso che dà modo al giudice dell'Ue di puntualizzare la nozione di prestazione di vecchiaia.

In merito alle prestazioni previdenziali, occorre brevemente ricordare che l'Unione ha elaborato un sistema di coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale che rispetta le caratteristiche proprie delle legislazioni nazionali in merito. Le norme di coordinamento rientrano nella libera circolazione delle persone e si ispirano alla parità di trattamento. Le stesse si applicano, *ratione personae*, ai cittadini di uno Stato membro, agli apolidi e ai rifu-

(4) Regolamento (Ce) n. 883/2004 del 29.4.2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale. Vd. C. Giust. 14.5.2020, C-17/19, *Bouygues travaux publics e a.* Vd.: Triggiani 2019; Adam, Tizzano 2017.

(5) C. Giust. 18.12.2019, *Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava*, cit., punti 19-20, 22-23.

(6) C. Giust. 19.12.2019, C-360/18, *Cargill Deutschland*.

giati residenti nel territorio di uno Stato membro che sono o sono stati soggetti alla legislazione di sicurezza sociale di uno o più Stati membri, nonché ai loro familiari e superstiti. *Ratione materiae*, coprono i settori di sicurezza sociale, dalle prestazioni di malattia a quelle familiari, per citarne alcune. Lo scopo è migliorare il livello di vita e le condizioni d'occupazione dei lavoratori che circolano sul territorio Ue prevedendo, tra l'altro, l'assimilazione di prestazioni, redditi, fatti.

Entrando nel vivo della risposta pregiudiziale, la pronuncia ricorda che una prestazione può essere considerata di natura previdenziale se è attribuita ai beneficiari in base a una situazione legalmente definita che prescinde da valutazioni individuali e discrezionali e se si riferisce a uno dei rischi riportati dal Regolamento (Ce) n. 883/2004 all'art. 3, primo paragrafo. Trattandosi di condizioni cumulative, il mancato soddisfacimento di una di esse comporta l'esclusione della prestazione dal sistema di sicurezza sociale delineato dall'Unione.

A fare riflettere la Corte è il riferimento a uno dei rischi elencati nel menzionato regolamento. Come lo stesso giudice dell'Ue rammenta, la giurisprudenza consolidata è nel senso che una prestazione sociale può essere qualificata come prestazione di vecchiaia supplementare se è versata esclusivamente a favore dei beneficiari di una pensione di anzianità e/o superstiti, se è sovvenzionata con le stesse risorse previste per il finanziamento delle pensioni medesime e se si aggiunge alla pensione di anzianità garantendo un'integrazione economica utile a sopperire a bisogni specifici del beneficiario.

Condizioni che non si riscontrano nel caso slovacco, atteso che la ragione d'essere della prestazione supplementare è riconoscere a un numero ristretto di atleti gli sforzi eccezionali compiuti e i risultati notevoli ottenuti nell'ambito di competizioni sportive internazionali. In breve, la finalità è ricompensare i beneficiari per i successi raggiunti nello sport in rappresentanza del paese. A nulla valendo che sia versata a persone che hanno raggiunto l'età pensionabile, considerato che non vi è alcun legame tra il diritto alla prestazione controversa e quello alla pensione e che il versamento della prestazione è subordinato alla domanda presentata dall'atleta e non ai suoi diritti pensionistici. Depone in tale senso, inoltre, il carattere selettivo della prestazione, accordata esclusivamente agli atleti vincitori di determinate medaglie.

Tanto osservato, il giudice dell'Ue non considera la prestazione supplementare di cui è causa nel procedimento principale una prestazione di vecchiaia (7).

Esclusa l'applicabilità del coordinamento europeo di sicurezza sociale, la Corte rielabora il quesito e riconduce la vicenda alla libera circolazione delle persone di cui all'art. 45 TfUe e, per questa via, all'art. 7, par. 2, del Regolamento (Ue) n. 492/2011 in tema di vantaggi sociali, connessi o meno a un contratto di lavoro, riconosciuti tanto ai lavoratori nazionali quanto a quelli provenienti da altri Stati Ue (8). Vale a dire parametri normativi fino a quel momento inesplorati dal giudice *a quo* ma che rispondono esaurientemente al dubbio interpretativo.

Ciò è possibile dando rilevanza al fatto che il signore U.B. è stato lavoratore subordinato al momento dell'adesione della Repubblica ceca e di quella slovacca all'Unione. Tale

(7) C. Giust. 18.12.2019, *Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava*, cit., punti 23-24, 26-36.

(8) Regolamento (Ue) n. 492/2011 del 5.4.2011, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione.

circostanza lo rende lavoratore migrante residente in uno Stato membro e consente alla Corte di chiamare a supporto la sua giurisprudenza concernente l'adesione degli Stati all'Unione.

Più chiaramente, il giudice dell'Ue, diversamente da quello nazionale, incentra il ragionamento sui diritti di circolazione e sui risvolti giuridici legati all'adesione di un paese all'Ue. La Corte non dà importanza al fatto che il ricorrente continui a risiedere in Slovacchia anche dopo l'adesione di quest'ultima all'Unione, senza difatti esercitare il suo diritto di libera circolazione all'interno dell'Ue. Ciò che cattura l'attenzione è il lavoro subordinato svolto dall'atleta al momento dell'adesione: circostanza che rende il campione olimpico cittadino dell'Unione e assieme lavoratore migrante; e che inverte significativamente la rotta nella direzione della libera circolazione dei lavoratori Ue e dell'esercizio della stessa in caso di adesione dello Stato di appartenenza del lavoratore all'Unione.

Ne segue che al signore U.B., che al momento dell'adesione lavorava in una scuola primaria, spettano le tutele garantite ai lavoratori migranti dall'art. 45 TfUe e dal Regolamento (Ue) n. 492/2011, in particolare dall'art. 7, par. 2, come interpretate dalla giurisprudenza europea. Queste ultime, ricorda la Corte, operano a favore tanto dei lavoratori migranti residenti in uno Stato membro ospitante quanto dei lavoratori frontalieri i quali, pur esercitando attività di lavoro dipendente in quest'ultimo Stato membro, risiedono in un altro paese Ue (9). Ne deriva in capo agli stessi, come ai cittadini degli altri Stati membri che si spostano per motivi di lavoro, il godimento degli stessi vantaggi sociali e fiscali dei lavoratori nazionali.

Viene qui in rilievo un aspetto peculiare della disciplina dei benefici sociali: l'applicabilità della parità di trattamento di cui al secondo paragrafo dell'art. 7 menzionato nell'ipotesi di adesione all'Unione. Possibilità che la Corte non manca di evidenziare e di chiarire in maniera esaustiva nel caso di specie che, difatti, è destinato a diventare un importante precedente giurisprudenziale. Esso dà linfa a una prospettiva molto significativa – ma non particolarmente trattata dalla Corte Ue, probabilmente per i pochi casi pratici – che ha sinora ricevuto il suggello della libera circolazione (10).

In dettaglio, il giudice dell'Ue rileva che un lavoratore che esercitava un'attività lavorativa subordinata nello Stato membro ospitante al momento dell'adesione del suo Stato membro di origine all'Unione e che ha continuato a esercitare tale attività dopo l'adesione può, dalla data dell'adesione, invocare la disciplina dei vantaggi sociali salvo che il regime transitorio previsto dall'atto di adesione non disponga diversamente. Nel caso di specie, le condizioni di adesione rendono la libera circolazione dei lavoratori pienamente applicabile nei confronti dei cittadini cechi che lavorano in Slovacchia. In concreto, può invocarla l'atleta che, pur non avendo trasferito il suo luogo di residenza, versi nella situazione di lavoratore migrante a seguito dell'adesione all'Ue dello Stato di cui è cittadino e di quello nel cui territorio è residente. Né la libera circolazione dei lavoratori Ue pare essere inficiata o minimamente ristretta dalla mancanza del requisito transfrontaliero, qui ravvisabile in un cambio di residenza dopo le adesioni.

Questa lettura giuridica della vicenda fa da volano al divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità tra i lavoratori degli Stati membri per quanto riguarda l'impie-

(9) C. Giust. 18.12.2019, *Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava*, cit., punti 34, 37-44.

(10) C. Giust. 27.9.1989, C-9/88, *Lopes da Veiga*.

go, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro, in linea con la giurisprudenza sul punto (11). E alla sua traduzione nei termini della parità di trattamento quanto, in particolare, ai vantaggi sociali e fiscali anche in occasione dell'adesione di uno Stato all'Ue.

È, quindi, da questa particolare angolazione che il giudice dell'Ue decide, poi, a favore dei vantaggi sociali. Invero, accertata l'invocabilità della disposizione, il giudice dell'Ue passa a vagliare se la prestazione supplementare controversa – un assegno spettante agli sportivi professionisti – rientra nella nozione di vantaggio sociale di cui all'art. 7, par. 2, del Regolamento (Ue) n. 492/2011. La Corte conclude positivamente sottolineando il profilo socio-economico della nozione di vantaggio sociale volto a facilitare la mobilità dei lavoratori all'interno dell'Unione e la loro integrazione nello Stato membro ospitante.

Come dire che considerare quale vantaggio sociale la ricompensa del lavoratore migrante per i risultati sportivi eccezionali che egli ha ottenuto rappresentando lo Stato membro, o i suoi predecessori giuridici, può contribuire all'integrazione di tale lavoratore nell'ambiente di detto Stato Ue e quindi alla realizzazione dell'obiettivo della libera circolazione dei lavoratori (12).

Siamo dinanzi a un nuovo vantaggio sociale: una prestazione supplementare riconosciuta agli sportivi olimpici qualificabili come lavoratori migranti.

Nel complesso, la specificità della vicenda slovacca contribuisce in maniera considerevole alla definizione di beneficio sociale, allargandone la cerchia. Rafforza, altresì, l'idea di integrazione comunitaria e di inclusione del lavoratore nel paese ospite.

Più in generale, precisa importanti aspetti della libera circolazione dei lavoratori Ue andando a nutrire la casistica legata all'esercizio della stessa in caso di eventi politici quali l'adesione dei paesi all'Ue. Ancora, chiarisce, sebbene in negativo, ambito di applicazione e profili sostanziali del coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale.

3. — *Le soluzioni della Corte nella vicenda Caisse pour l'avenir des enfants* — Nella controversia *Caisse pour l'avenir des enfants*, il giudice nazionale lussemburghese interroga la Corte su un assegno familiare connesso all'esercizio di un lavoro dipendente in uno Stato membro. In particolare, quest'ultimo nega a un cittadino Ue lavoratore frontaliere (F.V.) l'assegno familiare spettante ai minori residenti nel proprio territorio alla luce del diritto interno. Il rifiuto posto dallo Stato ospite riguarda esclusivamente i figli del coniuge del lavoratore in questione con i quali quest'ultimo non ha legami di filiazione pur provvedendo di fatto al loro mantenimento.

I tre quesiti pregiudiziali vertono sulla possibilità di qualificare tale assegno come vantaggio sociale ai sensi dell'art. 45 TfUE e dell'art. 7, par. 2, del Regolamento (Ue) n. 492/2011 – primo quesito – e sulle condizioni di concessione dello stesso previste dallo Stato Ue ospite – seconda e terza questione – esaminate unitamente dal giudice dell'Ue. Nello specifico, la Corte è chiamata a stabilire se la definizione di «familiare» di cui all'art. 1, lett. i, del Regolamento (Ce) n. 883/2004, letta in combinato disposto con la disciplina dei vantaggi sociali e con l'omologa nozione di cui all'art. 2, punto 2, della Direttiva n. 2004/38/Ce, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di

(11) C. Giust. 15.12.2016, da C-401/15 a C-403/15, *Depesme e a.*; C. Giust. 10.7.2019, C-410/18, *Aubriet*.

(12) C. Giust., *Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava*, cit., punti 48-49.

soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, permetta a uno Stato membro di erogare a lavoratori frontalieri assegni familiari connessi all'esercizio di un lavoro dipendente nel proprio territorio solo per i loro figli, e non per i figli del coniuge, con i quali non hanno un legame di parentela, mentre il diritto di percepire tale allocazione sussiste per tutti i minori residenti in detto Stato Ue, senza ulteriori condizioni.

Nel caso lussemburghese lo scenario muta di gran lunga rispetto a quello slovacco, atteso che il lavoratore coinvolto è transfrontaliero. Nei suoi confronti l'art. 45 TfUE e l'art. 7, par. 2, del Regolamento (UE) n. 492/2011 si applicano, per così dire, in maniera automatica, al punto che la Corte risponde al primo quesito senza particolari difficoltà affermando in poche battute che l'assegno familiare per cui è causa costituisce un vantaggio sociale ai sensi dell'art. 7, par. 2, in quanto connesso all'esercizio di un'attività lavorativa come lavoratore transfrontaliero (13). Nel suo argomentare, il giudice dell'UE replica, in gran parte, le considerazioni fatte in merito al caso del signor U.B.

L'accento cade sulla trasversalità del secondo paragrafo dell'art. 7 del regolamento del 2011 in grado di operare tanto a favore della generalità dei lavoratori quanto all'attribuzione di benefici sociali, e precisamente sull'interpretazione estensiva della medesima norma a opera della Corte lussemburghese per la quale non rileva il fatto che i lavoratori siano frontalieri o migranti quanto il fatto di circolare sul territorio UE. È questa una precisazione significativa della definizione di vantaggio sociale a pochi mesi di distanza dal caso del signor U.B.

Per quanto concerne l'applicabilità del Regolamento (CE) n. 883/2004 (secondo e terzo quesito), si conferma la giurisprudenza relativa alle condizioni che consentono di qualificare una prestazione come previdenziale, al pari di quanto considerato nel caso slovacco. Qui, però, la Corte decide in maniera inclusiva, ritenendo l'assegno familiare controverso una prestazione previdenziale ai sensi del coordinamento europeo sui sistemi di sicurezza sociale. Per tale via, l'ambito di applicazione del Regolamento del 2004 ne risulta chiarito in senso positivo.

Più in particolare, trattandosi di un assegno familiare, è la nozione di prestazione familiare di cui alla lett. j dell'art. 3 del medesimo regolamento a essere riguardata. Quest'ultima è letta alla luce della giurisprudenza dell'UE concernente l'interpretazione della definizione stessa e l'espressione «compensare i carichi familiari». Gli elementi ivi indicati, rapportati all'ipotesi dell'allocazione di cui è causa, inducono la Corte a ritenere quest'ultima una prestazione familiare ai sensi della disposizione citata.

In dettaglio, le valutazioni della Corte si concentrano sulla giurisprudenza dell'UE secondo cui si considerano previdenziali le prestazioni attribuite automaticamente alle famiglie che rispondono a determinati criteri obiettivi quali dimensioni, reddito e risorse di capitale (14). Parimenti, si rileva che si possono considerare prestazioni familiari ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. j, del Regolamento del 2004 le prestazioni in natura o in denaro destinate a compensare i carichi familiari, esclusi anticipi sugli assegni alimentari e assegni speciali di nascita o di adozione. Ove per «compensare i carichi familiari» si intende un contributo pubblico al bilancio familiare, destinato ad alleviare gli oneri derivanti dal mantenimento dei figli. Vale a dire: sovvenzioni che prescindono da valutazioni discrezionali di esigenze personali.

(13) C. Giust., *Caisse pour l'avenir des enfants*, cit., punti 24-33, 56-58.

(14) C. Giust. 14.6.2016, C-308/14, *Commissione c. Regno Unito*.

Rapportando ciò ai fatti di causa e considerando che la prestazione controversa è versata in favore di tutti i minori residenti in Lussemburgo nonché dei figli dei lavoratori non residenti con cui sussista legame di filiazione, la Corte osserva che tale prestazione è concessa in maniera oggettiva in base a situazioni definite per legge. Ancora, che la medesima è scesa da stime individuali e che rappresenta un sussidio pubblico al bilancio familiare finalizzato al sostentamento della prole (15). Pertanto, l'assegno familiare discusso costituisce una prestazione di previdenza sociale rientrando nel novero delle prestazioni familiari di cui all'art. 3, par. 1, lett. j, del Regolamento (Ce) n. 883/2004.

Il giudice dell'Ue aggiunge precisazioni anche in merito all'applicazione *ratione personae* delle norme di sicurezza sociale ricordando che il lavoratore frontaliero – come il migrante – ricade nella sfera di attuazione *ratione personae* del citato regolamento, trattandosi di cittadino di uno Stato membro soggetto alla legislazione di uno o più Stati dell'Unione.

Ne deriva il divieto per gli Stati membri di discriminare, direttamente o indirettamente, i lavoratori provenienti da altri Stati Ue, inclusi quelli frontalieri e migranti, per quanto concerne le condizioni di lavoro.

Principio ben noto del diritto dell'Unione che il giudice dell'Ue non manca di porre in risalto in entrambi i procedimenti qui analizzati, facendo espressamente riferimento all'art. 45, par. 2, TfUE e al diritto dei cittadini degli Stati membri, che versino in una situazione disciplinata dal diritto dell'Unione, a ricevere il medesimo trattamento previsto per i cittadini dello Stato membro che li ospita.

Una volta accertato che l'assegno familiare dibattuto è prestazione familiare ai sensi del coordinamento europeo dei sistemi di sicurezza sociale, la Corte dichiara il carattere ostativo della normativa Ue rispetto alle disposizioni lussemburghesi *de quibus*.

Il punto di osservazione del coordinamento europeo dei sistemi sociali, al pari di quello indagato sui vantaggi sociali, conferma la giurisprudenza in merito e innova, quanto alle fattispecie riconducibili alle prestazioni familiari, a chiaro beneficio dell'attuazione del regolamento del 2004.

4. — Segue: *I profili concernenti i familiari dei lavoratori Ue in tema di benefici sociali* — Vi è, ancora, da precisare che la Corte giunge a tale epilogo applicando congiuntamente il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale e la disciplina dei vantaggi sociali. Il giudice dell'Ue richiama quella giurisprudenza europea in ragione della quale una prestazione familiare di cui al regolamento del 2004 costituisce al tempo stesso un vantaggio sociale ai sensi del regolamento del 2011.

Più da vicino, il riferimento del secondo paragrafo del menzionato art. 7 al principio della parità di trattamento come espressione particolare dell'art. 45 TfUE (16) incide in maniera determinante, poiché comporta l'applicazione piena del relativo e nutrito *case law* della Corte e opera come limite all'interpretazione delle disposizioni sulla nozione di «familiare» di cui al regolamento del 2004.

Invero, la Corte riconduce la nozione di «familiare» del lavoratore frontaliero a quella omologa di cui all'art. 2, punto 2, della Direttiva n. 2004/38/Ce, che, com'è noto, è abbastanza inclusiva e comprende il coniuge o il *partner* registrato, i discendenti diretti di età

(15) C. Giust., *Caisse pour l'avenir des enfants*, cit., punti 36-38, 40-41.

(16) C. Giust., *Caisse pour l'avenir des enfants*, cit., punti 43-45, 70.

inferiore a 21 anni o a carico, e i discendenti diretti del coniuge o del *partner*. Il giudice dell'Ue va, così, oltre il regolamento del 2004 che rimette la definizione in parola alle competenze degli Stati, limitandosi a ritenere familiare qualsiasi persona definita o riconosciuta come tale o designata come componente il nucleo familiare dalla legislazione in base alla quale le prestazioni sono erogate o dello Stato Ue di residenza.

A bene osservare, allo stesso risultato può pervenire il coordinamento europeo dei sistemi sociali ove si prevede che una persona ha diritto alle prestazioni familiari ai sensi della legislazione dello Stato membro in questione, anche per i familiari che risiedono in un altro Stato Ue. E che il termine familiare indica qualsiasi persona definita o riconosciuta come tale dalla legislazione nazionale che regola le prestazioni (17). Non senza ricordare che quest'ultima è tenuta a rispettare il diritto dell'Ue, i principi della libera circolazione dei lavoratori e, in particolare, la parità di trattamento di cui all'art. 45 TfUE e al citato art. 7, par. 2.

L'estensione dei benefici *de quibus* ai familiari del lavoratore frontaliero ha talune implicazioni giuridiche che il giudice dell'Ue non manca di sottolineare. In primo luogo, come detto, la possibilità di applicare congiuntamente coordinamento europeo di sicurezza sociale e libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione, e, pur non tacendo che si tratta di normative distinte *ratione personae*, l'evidenza che la parità di trattamento spettante ai lavoratori dell'Unione è intrinsecamente legata alla sicurezza sociale coordinata dall'Unione, o, per meglio dire, ispira entrambe le discipline. Ne segue il riconoscimento ampio della libera circolazione dei lavoratori Ue fino a parificare al figlio del lavoratore frontaliero quello del coniuge (o del *partner* registrato) laddove il lavoratore provveda al mantenimento. E l'estensione alla prole così intesa dei vantaggi sociali riconosciuti al lavoratore e/o spettanti ai minori dello Stato Ue ospite.

L'applicazione congiunta induce la Corte a «raddoppiare» l'incompatibilità ai parametri europei della normativa lussemburghese che eroga assegni familiari per i figli dei lavoratori non residenti e non per quelli del coniuge, mentre tutti i minori residenti nello Stato ospite hanno diritto a tale allocazione.

Peraltro, le disposizioni lussemburghesi in parola sembrano in contrasto con il divieto dell'Ue di discriminazioni fondate sulla cittadinanza. Difatti, la Corte, senza temere di ripetersi, ricorda che il principio di parità di trattamento vieta le discriminazioni palesi basate sulla cittadinanza e qualsiasi disparità dissimulata che, pur fondandosi su altri criteri, pervenga al medesimo risultato.

Non vi è dubbio che la distinzione in base alla residenza opera maggiormente a sfavore dei cittadini di altri Stati membri. La stessa origina una discriminazione indiretta o dissimulata fondata sulla cittadinanza, ammissibile solo se oggettivamente giustificata, cioè idonea a garantire il conseguimento di un obiettivo legittimo, e tale da non travalicare quanto necessario per il suo raggiungimento. In merito, la Corte non dà spazio alla necessità di tutelare l'amministrazione nazionale dall'ampliamento dell'ambito di applicazione *ratione personae* del diritto alle prestazioni discusse. Né reputa adeguata la discriminazione indiretta a danno dei figli del coniuge in ragione di un diritto riconosciuto dallo Stato membro solo ai minori residenti (18). Anzi, la scelta del legislatore lussemburghese di attribuire l'assegno

(17) Art. 1, lett. i, del Regolamento (Ce) n. 883/2004.

(18) C. Giust., *Caisse pour l'avenir des enfants*, cit., punti 25, 50-51, 54-69.

familiare a tutti i minori che abbiano un legame di filiazione con i lavoratori frontalieri, senza richiedere evidenze dell'esistenza del nucleo familiare, depone a favore di un'interpretazione elastica ed estensiva della cerchia dei beneficiari della prestazione.

Altrimenti detto, il giudice dell'Unione valorizza appieno il profilo della parità di trattamento riconosciuta ai lavoratori dall'art. 45 TfUE e dall'art. 7, par. 2 del Regolamento (Ue) n. 492/2011, al pari di quanto accaduto nel caso slovacco. Al contempo, apre la riflessione sul fatto che l'integrazione dei lavoratori Ue nel tessuto socio-economico del paese ove lavorano ha come rovescio il coinvolgimento dei familiari.

Della vasta tematica, ai nostri fini rileva dire che l'Unione estende loro gran parte delle facoltà dei lavoratori Ue, considerando i familiari strumentali al processo di integrazione europea e, pertanto, beneficiari indiretti della parità di trattamento riconosciuta al lavoratore Ue dai Trattati come dal coordinamento europeo dei sistemi di sicurezza sociale e dalla disciplina dei vantaggi sociali (19). È questo il profilo che occupa la Corte nella vicenda lussemburghese. Qui viene in evidenza il *favor* per i familiari del lavoratore nel godimento dei vantaggi sociali e delle prestazioni familiari, in perfetta sintonia con i precedenti giurisprudenziali. Non ugualmente accade nel caso slovacco, presumibilmente per il fatto che la vicenda non pare interessare – né menzionare – i familiari.

Da tale prospettiva, il caso *Caisse pour l'avenir des enfants* viene in rilievo per il grado di priorità assegnato al processo di integrazione comunitaria in chiave sociale oltre che economica, facendo balzare in avanti il lavoratore quale persona (20), il diritto fondamentale all'uguaglianza nei contesti lavorativi e le esigenze di benessere sociale e familiare di ciascuna persona al di là dell'ambito professionale.

5. — *Considerazioni finali* — Riepilogando, le questioni emerse dalle pronunce annotate riguardano le tutele dei lavoratori dell'Unione migranti e frontalieri nelle vesti della sicurezza sociale e dei vantaggi sociali; quelle riservate ed estese ai familiari latamente intesi di questi ultimi quali beneficiari indiretti di vantaggi sociali e di allocazioni assistenziali volte ad alleggerire gli oneri economici delle famiglie; le peculiari declinazioni che la libertà di circolazione sancita dai Trattati può avere in relazione a eventi che interessano lo Stato di appartenenza del lavoratore Ue quali la scissione e la successiva adesione all'Unione.

Entrambi i procedimenti sono incentrati sulla sicurezza sociale sia essa rapportata ai primi due paragrafi dell'art. 34 della Carta (caso slovacco) o alla disciplina europea sui vantaggi sociali e alla Direttiva n. 2004/38/Ce (caso lussemburghese). Circostanze che forniscono spunto alla Corte per chiarire, ancor più, ambito di applicazione *ratione materiae* e aspetti specifici del Regolamento (Ce) n. 883/2004.

Le riflessioni sul sistema europeo di sicurezza sociale sono comuni alle due pronunce. Esse richiamano la giurisprudenza dell'Ue che pone l'accento sugli elementi costitutivi della prestazione previdenziale e non sulla sua qualificazione a opera della normativa nazionale (21).

Più in generale, le pronunce entrano in contatto in diversi punti. Molte delle considerazioni concernenti il caso slovacco contribuiscono a sciogliere i dubbi della vicenda

(19) C. Giust., *Caisse pour l'avenir des enfants*, cit., punti 49-70.

(20) C. Giust. 21.7.2011, C-503/09, *Stewart*.

(21) C. Giust. 30.5.2018, C-517/16, *Czerwinski*.

lussemburghese. Nondimeno, talune specificità dei fatti di causa fanno divergere le sentenze in quei profili argomentativi maggiormente legati all'applicazione *ratione materiae* della sicurezza sociale, fino a fare da discriminare per la soluzione dei quesiti pregiudiziali e a risolvere le vicende in maniera opposta tra loro: la prestazione supplementare prevista dalla Slovacchia a favore degli atleti è esclusa dall'ambito di applicazione del sistema di sicurezza sociale; viceversa, gli assegni familiari erogati dal Lussemburgo sono inclusi.

In entrambe sono valorizzati la parità di trattamento e i vantaggi sociali di cui alla normativa dell'Ue che attua la libertà di movimento sancita dai Trattati – Regolamento (Ue) n. 492/2011. Le due sentenze, invero, ribadiscono che gli Stati dell'Ue sono tenuti a garantire ai lavoratori nazionali e a quelli provenienti da altri paesi Ue pari condizioni e trattamento, a nulla rilevando il luogo di residenza e/o di origine dei lavoratori.

Disciplina che, a giudizio della Corte, non esclude ma anzi integra le garanzie proprie della sicurezza sociale a beneficio del lavoratore transfrontaliero e/o migrante. Di modo che un assegno familiare come quello lussemburghese è considerato prestazione previdenziale ai sensi della sicurezza sociale e, al tempo stesso, vantaggio sociale riconosciuto alla generalità dei lavoratori che entrano in contatto con la legislazione lussemburghese. Analogamente, la prestazione supplementare slovacca riservata ai rappresentanti sportivi, esclusa dall'ambito di applicazione della sicurezza sociale, può configurare un vantaggio sociale qualora l'atleta coinvolto sia qualificabile come lavoratore migrante a seguito di eventi politici e giuridici quali la scissione seguita dall'adesione all'Unione.

I contesti indagati, quindi, disegnano i vantaggi sociali come un insieme ampio avente i tratti dell'integrazione comunitaria e del divieto generale di discriminazioni fondate sulla cittadinanza.

La prospettiva delineata appare alquanto innovativa. Essa considera i benefici sociali quale mezzo di tutela dei lavoratori Ue più trasversale rispetto ai rischi ipotizzati dal coordinamento sociale. Si punta, cioè, al pieno inserimento dei lavoratori negli Stati ospiti quali persone prima ancora che come forza lavoro. Con la conseguenza che uno Stato membro che concede simili benefici ai lavoratori nazionali non può rifiutarli a quelli provenienti dagli altri Stati membri e, per il loro tramite, ai familiari, così come definiti dal diritto interno conformemente alla direttiva del 2004, senza commettere discriminazioni fondate sulla cittadinanza. E senza violare uno degli aspetti essenziali del diritto dell'Ue: il diritto di circolare nel territorio dell'Unione (22).

Il *fil rouge* così tracciato unisce e adegua i temi classici del diritto dell'Unione alle mutevoli esigenze sociali ed economiche, rilevando singolarità in grado di divenire precedenti. Molto interessanti, quindi, le riflessioni della Corte che inquadrano le prestazioni di causa nella disciplina dei vantaggi sociali e che, in generale, ampliano le tutele dei lavoratori che si spostano sul territorio dell'Ue in termini sia di benefici sociali che di sicurezza sociale. Con novità importanti anche per quanto concerne le prestazioni familiari e la nozione stessa di familiare del lavoratore Ue quale beneficiario indiretto della parità di trattamento assicurata allo stesso.

Ingrandendo il punto di osservazione, le finalità innovatrici ed estensive finora vagliate paiono possibili grazie anche al consolidato orientamento della Corte, qui confermato, di allargare il fascio di garanzie che il diritto del lavoro dell'Ue riconosce ai lavoratori Ue, e

(22) De Pasquale, Pesce 2015.

nello specifico di fare leva sul particolare rilievo del principio della parità di trattamento conseguente alla qualificazione delle prestazioni *de quibus* quali vantaggi sociali e all'incidenza sulle disposizioni in tema di sicurezza sociale.

Principio che opera a beneficio sia dei lavoratori migranti che non rientrano in alcuna delle categorie economiche previste dal Trattato, sia di quelli frontalieri per i quali la circostanza di risiedere in uno Stato membro e di svolgere attività lavorativa in un altro, talvolta, provoca non poche incertezze sulle normative applicabili. E che ha radici profonde nella giurisprudenza dell'Ue (23). A quest'ultima le pronunce annotate si allineano non senza aggiungere un *quid pluris* di modo che lavoratori migranti e frontalieri mantengono diritti e benefici quesiti o in corso d'acquisizione lungo gli spostamenti nel territorio Ue in virtù della realizzazione personale e socio-economica.

Le sentenze qui ripercorse contribuiscono così a individuare nel processo di integrazione dell'Ue il cuore pulsante delle tutele riservate a quanti circolano all'interno dell'Ue per motivi di lavoro, con riflessi in termini giuridici ed economici atteso che l'incompatibilità con il diritto dell'Ue delle normative nazionali che subordinano il beneficio di prestazioni sociali al requisito della residenza nel proprio Stato, diventa netta e inconfutabile; e che le misure nazionali che possono anche solo in potenza sfavorire o scoraggiare i cittadini dell'Ue dal lavorare in altri Stati membri o semplicemente dal circolare nell'Unione, sono di fatto bandite. Diversamente, la libera circolazione dei lavoratori sarebbe fortemente compromessa e disincentivata.

Si tratta di «dogmi» giuridici che le argomentazioni della Corte qui esaminate enfatizzano sia premendo sulla natura dei vantaggi sociali, sia estendendo il novero degli stessi quali misure che contribuiscono all'inserimento del lavoratore nel tessuto socio-economico del paese Ue in cui lavora.

Conseguenziale concludere nel senso che i lavoratori frontalieri possono percepire un assegno familiare connesso all'esercizio di un'attività di lavoro dipendente in uno Stato membro per i propri figli e per i figli del coniuge che essi stessi mantengono pure non avendo un legame di filiazione, qualora tale beneficio sia garantito a tutti i minori residenti in tale Stato membro. E che i medesimi benefici spettano a chi, a seguito di particolari eventi quali la scissione seguita dall'adesione all'Unione, si trovi nella condizione di lavoratore migrante. A quanti, in buona sostanza, abbiano scelto di continuare a risiedere nel paese scisso e membro Ue, divenendo *ipso iure* cittadini di altro Stato Ue.

È da salutare con favore la scelta della Corte di preservare l'evoluzione delle garanzie dei lavoratori Ue che si muovono sul territorio dell'Unione. Vale a dire, la sensibilità di ravvisare seri pregiudizi alla circolazione nell'Unione nelle normative nazionali che riconoscono taluni benefici economici, fiscali, previdenziali o supplementari esclusivamente ai propri cittadini e, più in generale, la capacità di discostarsi da interpretazioni che escludono la concessione di vantaggi sociali ai cittadini degli altri Stati Ue in ragione di situazioni *una tantum* e/o isolate (24).

(23) C. Giust. 10.10.2019, C-703/17, *Krah*.

(24) C. Giust. 16.9.2004, C-386/02, *Baldinger*.

Riferimenti bibliografici

- Adam R., Tizzano A. (2017), *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino.
- Adinolfi A. (2014), *Commento all'art. 45 TfUe*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano.
- De Pasquale P., Pesce C. (a cura di) (2015), *I cittadini e l'Europa - Principio democratico e libertà economiche*, Editoriale scientifica, Napoli.
- Triggiani E. (2019), *Spunti e riflessioni sull'Europa*, Cacucci, Bari.

Celeste Pesce
*Ricercatrice di Diritto dell'Unione europea
presso l'Università di Bari «Aldo Moro»*

CASSAZIONE, 19.6.2020, n. 12041 – Pres. Di Cerbo, Est. Amendola, P.M. Sanlorenzo (conf.) – C.E. e F.R.M. nella qualità di eredi di F.S. (avv. Cossu) c. Società per azioni M.I. (avv.ti Petrini, Fanelli) / Società per azioni M.I. (avv.ti Petrini, Fanelli) c. C.E. e F.R.M. nella qualità di eredi di F.S. (avv. Cossu).
Cassa Corte d'Appello di Torino, 14.5.2013.

Infortuni e malattie professionali – Danno differenziale – Azione di regresso Inail – Criteri di accertamento della responsabilità del datore di lavoro – Responsabilità contrattuale – Nesso di causalità – Art. 2087 c.c.

La disciplina prevista dagli artt. 10 e 11 del d.P.R. n. 1124/1965 deve essere interpretata nel senso che l'accertamento incidentale in sede civile del fatto che costituisce reato, sia nel caso di azione proposta dal lavoratore per la condanna del datore di lavoro al risarcimento del cd. danno differenziale, sia nel caso dell'azione di regresso proposta dall'Inail, deve essere effettuato secondo le regole comuni della responsabilità contrattuale. Da tale principio ne consegue che è escluso che in tali casi sul lavoratore incomba l'onere di provare la colpa del datore, essendo egli onerato unicamente dalla dimostrazione del fatto materiale, dell'attività svolta e del nesso di causalità tra occasione di lavoro e infortunio; mentre, allo scopo di escludere la propria responsabilità, il datore di lavoro dovrà dimostrare di aver adottato tutte le cautele antinfortunistiche e le misure protettive idonee a escludere il danno. (1)

(1) RICONOSCIMENTO DEL DANNO DIFFERENZIALE
E AZIONE DI REGRESSO INAIL: AL DATORE L'ONERE DI PROVARE
L'ADEMPIMENTO DEGLI OBBLIGHI DI SICUREZZA

1. — Con la decisione in commento, la Cassazione torna a occuparsi della ripartizione dell'onere probatorio nella domanda di danno differenziale da infortunio sul lavoro o malattia professionale, aderendo all'indirizzo giurisprudenziale che, in contrasto con altre pronunce, ha stabilito che la questione dell'accertamento incidentale in sede civile del fatto che costituisce illecito si pone negli stessi termini di cui all'art. 1218 c.c. in tema di inadempimento delle obbligazioni, confermando l'orientamento giurisprudenziale che afferma che l'azione di regresso dell'Inail nei confronti del datore di lavoro o dei suoi preposti alla direzione dell'azienda o alla sorveglianza dell'attività lavorativa, ritenuti civilmente responsabili di un infortunio verificatosi in danno di un dipendente, è esercitabile autonomamente senza dover necessariamente attendere l'instaurazione o l'esito del procedimento penale per il fatto da cui è derivato l'infortunio, non assumendo alcun rilievo l'eventuale conclusione di tale procedimento penale con un provvedimento di archiviazione o di proscioglimento in sede istruttoria (Cfr. Cass. 2.10.2019, n. 24629, in *MGC*, 2019).

Alla luce di tale orientamento, quindi, mentre al lavoratore è richiesto di allegare e provare l'esistenza dell'obbligazione lavorativa, del danno subito e il nesso di causalità di quest'ultimo con la prestazione svolta, al datore di lavoro è invece attribuito il compito di provare che il danno sia dipeso da causa a lui non imputabile e cioè, più precisamente, di

aver correttamente adempiuto al proprio obbligo di sicurezza sancito dall'art. 2087 c.c., anche in relazione a quanto previsto dalle numerose disposizioni che, anche in attuazione dei principi connessi alla piena applicazione della disposizione, nel corso del tempo si sono succedute e ai sensibili mutamenti che investono la sua funzione (Lazzari 2012).

A tal proposito, la dottrina ha più volte segnalato come la norma codicistica, pur nell'ampio quadro normativo venutosi a delineare nel corso degli anni e sensibilmente rafforzato per effetto della piena integrazione europea dell'Italia, costituisca la fondamentale disposizione di chiusura del sistema (Albi 2008; Avio 2014).

Dimodoché essa è idonea a configurare la responsabilità datoriale non soltanto in ragione delle specifiche previsioni normative che impongono l'adozione di determinate cautele antinfortunistiche, analiticamente individuate dalle espresse regole fissate dalla legge, ma, più in generale, nell'ambito della generale previsione di sussistenza dell'obbligo di protezione dell'integrità fisica e psicologica del lavoratore a carico del datore di lavoro, secondo quanto stabilisce la norma in ragione della «particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica», che ha comportato l'estensione per via giurisprudenziale dell'ambito di applicazione della norma a una fattispecie sempre più ampia ed estesa di situazioni (D'Aponte 2018; Natullo 2020).

2. — In tale ambito, ci si è peraltro di recente domandati se, nell'ambito dei profondi cambiamenti apportati anche alla legislazione sul lavoro per effetto della recente esplosione mondiale della pandemia da virus Covid-19, che ha colpito, secondo l'Organizzazione mondiale della sanità, circa il 10% della popolazione mondiale, l'insorgenza del contagio nell'ambito dello svolgimento della prestazione di lavoro potesse costituire o meno fonte di responsabilità contrattuale anche alla luce della mancata previsione della malattia tra quelle tabellate dall'Inail.

Invero, l'art. 2087 c.c., d'altronde, pur contenendo un obbligo generale di adozione delle misure, tra le altre, idonee a garantire l'integrità fisica dei prestatori di lavoro, chiaramente non consente di identificare la sussistenza di una specifica fonte di responsabilità datoriale in presenza di un evento obiettivamente eccezionale quale quello determinato dalla crisi sanitaria, e tuttavia, nel solco tracciato dalla giurisprudenza, la dottrina ne ha evidenziato una «funzione dinamica», intesa come fonte di obbligo per l'imprenditore ad attivarsi allo scopo di garantire tutte quelle attività di prevenzione idonee a evitare il contagio in occasione dello svolgimento della prestazione lavorativa.

Secondo tale impostazione, dunque, pur nella ormai generale previsione dell'obbligo di valutazione dei rischi presenti nell'ambiente di lavoro e individuazione delle corrispondenti misure di prevenzione, la questione dell'applicazione dell'art. 2087 c.c. ha una portata senza dubbio più estesa, mancando ancora, nell'ambito della pur copiosa legislazione in materia, specifiche disposizioni che ne escludano ovvero quanto meno attenuino l'ambito di applicazione, pur nella complessità degli interventi dettati dalla particolare situazione emergenziale.

Infatti, il legislatore, spinto dall'esigenza di individuare idonei strumenti di tutela del lavoratore e di limitare il rischio di esposizione a situazioni di contagio, con l'art. 42 del d.l. 17.3.2020, n. 18, convertito in l. 24 aprile 2020, n. 27, ha di fatto disposto l'equiparazione tra i casi accertati di contagio da Covid-19 in occasione di lavoro e l'infortunio sul lavoro, creando enormi incertezze e preoccupazioni in ordine all'individuazione del quadro delle responsabilità ascrivibili in capo al datore di lavoro.

Invero, l'art. 2, c. 6, del d.P.C.m. 26.4.2020 aveva imposto a tutte le imprese che non avessero sospeso le proprie attività durante la crisi sanitaria di osservare il Protocollo 14.3.2020, come integrato il 24.4.2020, sanzionando la mancata osservanza con la sospensione dell'attività.

A sua volta, l'art. 1, cc. 14 e 15, del d.l. 16.5.2020, n. 33, convertito in l. 14.7.2020, n. 74, ha poi stabilito che «il mancato rispetto dei contenuti dei protocolli o delle linee guida, regionali, o, in assenza, nazionali, di cui al comma 14 che non assicuri adeguati livelli di protezione determina la sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza».

Senonché, la previsione dell'art. 42 del d.l. n. 18/2020 aveva creato non pochi problemi in ordine alla possibilità di apprestare la tutela Inail in fattispecie di siffatto contenuto.

Il superamento delle incertezze determinate dal quadro normativo appena delineato viene tuttavia conseguito per effetto della introduzione della disposizione contenuta all'art. 29-*bis* della l. n. 40/2020, di conversione del d.l. n. 23/2020.

La norma infatti, pur ribadendo la configurabilità della responsabilità datoriale alle ipotesi di contagio da Covid-19, ha stabilito che, «ai fini della tutela contro il rischio di contagio da Covid-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'art. 2087 c.c. mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del Covid-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24.4.2020 tra Governo e parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e degli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, c. 14, del d.l. 16.5.2020, n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni, rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

La norma cerca di conseguire l'obiettivo, in parte riuscito, di chiarire l'ambito delle responsabilità datoriali, restando tuttavia fermo il principio generale dell'obbligo del datore di lavoro di dimostrare di aver adempiuto ai propri obblighi di sicurezza per escludere il danno nei confronti del lavoratore e le conseguenti responsabilità.

Appare tuttavia inevitabile la necessità sia di predisporre norme di coordinamento tra gli obblighi di valutazione dei rischi sanciti dal d.lgs. n. 81/2008, sia di chiarire meglio il rapporto tra la fonte legale e quella pattizia, assumendo adesso il rispetto dei protocolli d'intesa valore decisivo ai fini dell'adempimento del dovere di sicurezza sancito dall'art. 2087 c.c., di cui la normativa prevenzionistica costituisce a questo punto solo particolare attuazione, senza tuttavia che dalla stessa sia in qualche modo desumibile una così estesa previsione.

Resta inoltre irrisolto anche il nodo del dovere di collaborazione del lavoratore, rispetto al quale è inopportuno omettere ogni richiamo, valendo tuttavia ampiamente, qui, il richiamo a quanto in materia previsto sia dallo stesso d.lgs. n. 81/2008 sia dalla contrattazione collettiva in ordine ai profili disciplinari relativamente, ad esempio, al mancato utilizzo dei Dpi.

Ciò che dunque, nel complesso, appare a questo punto necessaria è probabilmente anche una revisione dell'intera normativa a livello comunitario, che tenga necessariamente conto delle straordinarie trasformazioni imposte dalla legislazione emergenziale, anche allo scopo di fare definitivamente chiarezza in ordine all'opportunità di predeterminare le modalità e i criteri di fissazione delle responsabilità e i suoi esatti confini, rispetto a quanto ivi

previsto con riferimento alle modalità idonee a valutare i rischi in ambiente di lavoro e in relazione ai rapporti con la normativa penale e alla nozione di colpa generica, e anche allo scopo di scongiurare ambiti diversi di applicazione rispetto a categorie che rischiano di restare escluse dall'ambito di copertura della normativa in mancanza della previsione di norme di coordinamento con quanto previsto dal d.lgs. n. 38/2000.

3. — Proprio con riferimento al tema dell'autonomia del giudizio civile rispetto a quello penale, che già si ritrova nella riforma del processo penale ed è ormai pienamente riconosciuta dalla giurisprudenza, la decisione della Corte di Cassazione assume un'importanza decisiva in quanto chiarisce che la disciplina prevista dagli artt. 10 e 11 del d.P.R. n. 1124/1965 va interpretata nel senso che l'accertamento incidentale in sede civile del fatto che costituisce reato, sia nel caso di azione proposta dal lavoratore per la condanna del datore di lavoro al risarcimento del cd. danno differenziale, sia nel caso dell'azione di regresso proposta dall'Inail, deve essere effettuato secondo le regole comuni della responsabilità contrattuale.

Invero, l'art. 10 del d.P.R. n. 1124/1965, dopo aver fissato al comma 1 il regime dell'esonero, al comma successivo stabilisce che, «nonostante l'assicurazione predetta, permane la responsabilità civile a carico di coloro che abbiano riportato condanna penale per il fatto dal quale l'infortunio è derivato» (comma 3).

La norma dispone poi ai commi successivi che la sussistenza di una sentenza penale fa permanere la responsabilità civile del datore di lavoro sia nel caso in cui si accerti che l'infortunio sia avvenuto «per fatto imputabile a coloro che egli ha incaricato della direzione o sorveglianza del lavoro, se del fatto di essi debba rispondere secondo il codice civile» (comma 4), sia quando, nel caso di sentenza di non luogo a procedere per morte dell'imputato o per amnistia, il giudice civile, adito entro il termine decadenziale di tre anni dall'emissione della sentenza penale, venga chiamato a valutare se, «per il fatto che avrebbe costituito reato», sia configurabile anche una responsabilità risarcitoria (c. 5).

4. — Il sistema delineato dal legislatore negli anni sessanta, in linea con la concezione già presente negli artt. 4 e 5 del r.d. n. 1765/1935 che privilegiava il riconoscimento del diritto all'esonero come bilanciamento del sistema di pagamento del premio, era dunque incentrato sulla pregiudizialità dell'accertamento in sede penale allo scopo di poter poi riconoscere, soltanto in via sussidiaria, anche la sussistenza di una responsabilità datoriale in sede civile. Il disegno dell'epoca, invero, attribuiva di fatto scarso spazio alla tutela della persona del lavoratore, e quindi era largamente parametrata sulla previsione dell'indennizzo patrimoniale in relazione alla riduzione della capacità lavorativa del lavoratore intesa come bene economicamente apprezzabile, piuttosto che sul versante della protezione di ulteriori valori di maggior rilievo sul piano civilistico e, quindi, di carattere biologico.

D'altra parte, come osservato dalla dottrina, il regime dell'esonero non è più ormai compatibile con la coscienza collettiva ed è quindi in piena crisi nel diritto vivente, essendo ormai degradato da regola a deroga, senza tuttavia che tale circostanza possa porre in crisi l'intero impianto normativo che lo sostiene e di cui è parte (Giubboni 2018).

La giurisprudenza costituzionale ha poi nel corso del tempo favorito in misura sempre più massiccia la transizione verso l'autonomia dell'accertamento del giudice civile rispetto a quello penale.

Ha così esteso progressivamente la responsabilità datoriale anche a qualsiasi altro dipendente ex art. 2049 c.c. (C. cost. 9.3.1967, n. 22, in www.giurcost.org), poi ampliato la com-

petenza del giudice civile in materia di accertamento del fatto, anche in ipotesi di archiviazione o proscioglimento (C. cost. 19.6.1981, n. 102, in *www.olympus.uniurb.it*, e C. cost. 30.4.1986, n. 118, in *www.giurcost.org*), quindi riconosciuto l'estensione della competenza del giudice civile anche all'accertamento del diritto di regresso da parte dell'Inail (C. cost. 31.3.1988, n. 372, in *www.giurcost.org*, ma anche Cass. 16.3.2015, n. 5160, S.U., in *LG*, 2015, 719 ss., e Cass. 14.7.2001, n. 9601, in *OGL*, 2001, 558 ss.).

D'altra parte, lo stesso legislatore ha poi raccolto gli esiti dell'evoluzione interpretativa che è emersa nel tempo dalle pronunce giurisprudenziali attorno al riconoscimento del danno biologico, prevedendo, all'art. 13 del d.lgs. n. 38 del 2000, che essosi identifichi nella «lesione dell'integrità psico-fisica, suscettibile di valutazione medico-legale, della persona» e, come tale, indennizzabile dall'Inail.

5. — La decisione in commento, quindi, si pone nel solco della più accorta giurisprudenza, che mira a valorizzare non tanto profili suscettibili di una valutazione economica in ragione dell'accertamento degli effetti dello scambio tra erogazione di una prestazione e beni assicurati in una logica più mercantile che protettiva dell'interesse del lavoratore vittima di malattia o infortunio, quanto piuttosto una quanto mai opportuna e indispensabile protezione dei bisogni primari del lavoratore in quanto persona.

La logica è dunque quella di limitare la funzione statica e rigida e, dunque, il ruolo stesso delle tabelle assicurative, per esaltare piuttosto quel nucleo di principi fondamentali e irrinunciabili sanciti dalla Costituzione che, ponendo al centro il valore essenziale della tutela della persona, siano collegati da uno stretto nesso causale con quelle attività ritenute meritevoli di tutela dalla legge, nella auspicabile prospettiva di una revisione dell'art. 1 del T.U. n. 1124/1965, che abbia la finalità di riconoscere una tutela di carattere previdenziale universale a tutte le categorie di lavoratori, indipendentemente e a prescindere dalla natura e dalla tipologia del rapporto, e che è quanto mai necessaria in un'epoca di incertezza e precarietà sempre più marcate.

Riferimenti bibliografici

- Albi P. (2008), *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, Giuffrè, Milano, 2008.
- Avio A. (2014), *Gli infortuni sul lavoro e la responsabilità civile*, in *LD*, 145 ss.
- D'Aponte M. (2018), *La tutela della salute del lavoratore dopo il Jobs Act*, Giappichelli, Torino.
- Gambacciani E., La Peccerella L. (2020), *Emergenza Covid-19 e assicurazione infortuni: tutela piena per i lavoratori ed esonero da responsabilità per i datori di lavoro in regola con le norme di sicurezza*, in *MGL*, 315 ss.
- Giubboni S. (2019), *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: vecchie nuove questioni in tema di danno differenziale*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 397.
- Lazzari C. (2012), *Datore di lavoro e obbligo di sicurezza*, in *W.P. Olympus*, n. 7.
- Marazza M. (2020), *L'art. 2087 c.c. nella pandemia Covid-19 (e oltre)*, in *RIDL*, I, 271 ss.
- Natullo G. (2020), *Ambiente di lavoro e tutela della salute*, Giappichelli, Torino.

Marcello D'Aponte
*Professore associato di Diritto del lavoro
presso l'Università di Napoli «Federico II»*

INDICE

ANALITICO-ALFABETICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

ATTIVITÀ SINDACALE

Militari – Sanzione disciplinare – Violazione del vincolo gerarchico. 667

COMANDO E DISTACCO

Illegittimità – Decadenza. 618

CONDOTTA ANTISINDACALE

Divieto di discriminazione in base alle convinzioni personali del lavoratore in materia sindacale – Trasferimento con effetti sproporzionati sugli iscritti a una particolare organizzazione sindacale – Presunzione di discriminazione – Onere a carico del datore di lavoro di provare la non sussistenza della discriminazione – Generico richiamo a ragioni tecniche, organizzative produttive – Insufficienza. 654

CONTRATTO COLLETTIVO

Contratto aziendale – Nozione – Sgravi contributivi – Decontribuzione dei premi di risultato *ex art. 2 della l. n. 135/97* applicabile *ratione temporis* – Retribuzione di risultato – Individuazione dei parametri – Interpretazione restrittiva della disposizione – Fondamento – Fattispecie. 651

CONTROVERSIE DI LAVORO E PREVIDENZA

Giurisdizione del giudice italiano – Condotta antisindacale – Immunità giurisdizionale – Contrattazione collettiva – Art. 28 St. lav. – Art. 11 Convenzione Onu di New York del 2004 – Art. IX Convenzione Nato di Londra del 1951. 673

Giurisdizione del giudice italiano – Condotta antisindacale – Immunità giurisdizionale – Contrattazione collettiva – Art. 28 St. lav. – Art. 11 Convenzione Onu di New York del 2004 – Art. IX Convenzione Nato di Londra del 1951. 673

Licenziamento individuale – Impugnazione – Art. 6, l. n. 604/1966 – Art. 2702 c.c. – Firma digitale – Decadenza – D.lgs. n. 82/2005 – Artt. 1334 e 1335 c.c. – Posta elettronica certificata. 678

DISCRIMINAZIONI

Discriminazione collettiva – Assenza di vittime identificabili – Accesso all'occupazione – Dichiarazioni pubbliche – Politica di assunzione – Irrilevanza di una procedura di selezione in corso – Libertà di espressione. 575

Legittimazione ad agire – Associazioni rappresentative dell'interesse collettivo – Sanzioni – Effettività – Dissuasività – Risarcimento del danno non patrimoniale. 575

FERIE

Art. 7, Direttiva n. 2003/88 – Diritto all'indennità monetaria per le ferie annuali non godute in relazione al periodo compreso tra il licenziamento e la reintegrazione in caso di successiva interruzione del rapporto di lavoro – Sussiste. 563

Art. 7, Direttiva n. 2003/88 – Lavoratore illegittimamente licenziato e reintegrato nel posto di lavoro mediante decisione giudiziaria – Maturazione del diritto alle ferie annuali retribuite non godute per il periodo compreso tra il licenziamento e la reintegrazione – Sussiste. 563

LAVORO SCHIAVILE

Reato di intermediazione illecita e di sfruttamento – Art. 603-*bis* c.p. – Caporalato – *Riders* – Lavoro autonomo – Esercizio dei poteri del datore di lavoro – Codice antimafia – Applicazione della misura preventiva dell'amministrazione giudiziaria. 639

LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

Art. 7 St. lav. – Omessa preventiva contestazione – Insussistenza del fatto – Illegittimità del licenziamento – Reintegrazione – Art. 3, c. 2, d.lgs. n. 23/2015 – Art. 18, c. 4, St. lav. 606

Licenziamento per g.m.o. – Regime sanzionatorio *ex art.* 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 – Corte costituzionale n. 194/2018 – Criteri di quantificazione dell'indennizzo – Condotta e condizioni delle parti – Decisione Ceds – Illegittimità del recesso anche per violazione dell'obbligo di *repêchage* – Risarcimento in funzione dissuasiva. 623

Licenziamento per g.m.o. – <i>Repêchage</i> – Oneri a carico del datore di lavoro – Obblighi formativi <i>ex art.</i> 2103 c.c. – Costi formativi non eccessivamente onerosi – Correttezza e buona fede – Violazione dell'obbligo di <i>repêchage</i> – Illegittimità del recesso.	623
Licenziamento ritorsivo – Onere probatorio.	618

MATERNITÀ E PATERNITÀ

Assegno di natalità – Madre – Cittadinanza Ue – Difetto – Permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo – Necessità – Discriminazione – Illegittimità costituzionale – Sospetto.	559
Assegno di natalità e indennità di maternità di base – Madre – Cittadinanza Ue – Difetto – Permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo – Necessità – Discriminazione – Violazione del diritto europeo – Sospetto – Rinvio pregiudiziale.	559
Indennità di maternità di base – Madre – Cittadinanza Ue – Difetto – Permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo – Necessità – Discriminazione – Illegittimità costituzionale – Sospetto.	560

PATTO DI PROVA

Durata superiore a quella stabilita dal contratto collettivo – Concreto interesse del lavoratore – Necessità – Onere di prova in capo al datore – Carenza – Sostituzione di diritto.	601
--	-----

RETRIBUZIONE

Appalto privato – Retribuzione sufficiente – Minimi retributivi – Pertinenza del contratto collettivo applicato al settore di attività – Non sussiste – Rappresentatività delle organizzazioni sindacali firmatarie – Non sussiste.	629
---	-----

TRASFERIMENTO DI AZIENDA

Azienda in accertato stato di crisi – Continuazione del rapporto di lavoro in capo al cessionario – Deroghe – Art. 47, c. 4- <i>bis</i> , l. n. 428/1990 – Direttiva n. 2001/23/Ce – Incompatibilità – Interpretazione conforme.	589
Azienda in accertato stato di crisi – Continuazione del rapporto di lavoro in capo al cessionario – Deroghe – Art. 47, c. 4- <i>bis</i> , l. n. 428/1990 – Direttiva n. 2001/23/Ce – Incompatibilità – Interpretazione conforme.	589

