

PARTE II  
**GIURISPRUDENZA**



*Giulio Centamore (\*)*

## ACQUE AGITATE PER LA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA: UNA RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SU «USCITE» ED «ENTRATE» DEI DATORI DI LAVORO NEI SISTEMI CONTRATTUALI

SOMMARIO: 1. «Spostamenti tattici» dei datori di lavoro tra sistemi contrattuali e «reazione sindacale». — 2. Continuità temporale della copertura contrattuale e libertà sindacale. — 3. Il principio guida della «temporaneità» dei vincoli derivanti dal contratto collettivo. — 4. La «disdetta» del contratto collettivo di settore e aziendale: problemi aperti. — 5. La contrattazione pirata in giudizio.

1. — *«Spostamenti tattici» dei datori di lavoro tra sistemi contrattuali e «reazione sindacale»* — Richiamando alcuni recenti provvedimenti, di merito e di legittimità, resi dalla magistratura in materia di contrattazione collettiva del settore privato, il presente lavoro si soffermerà su due tematiche: la disdetta (o il recesso) dal contratto collettivo e l'individuazione del contratto collettivo applicabile al rapporto di lavoro. La scelta di affrontare in uno stesso contributo tali tematiche si spiega con la correlazione che, in questi ultimi anni, sembra emergere tra gli atti mediante i quali i datori di lavoro mirano a far cessare gli obblighi derivanti da un certo assetto contrattuale (di primo o di secondo livello) e quelli volti a realizzare assetti contrattuali ritenuti più convenienti sotto il profilo economico, organizzativo o persino degli equilibri sindacali.

Il dato che emerge dalla prassi delle relazioni industriali – per lo meno, ove per analizzare questo settore sociale si adoperi il diritto giurisprudenziale (1) – è quello, cioè, di una serie di «spostamenti tattici» dei datori di lavoro,

---

(\*) Ricercatore in Diritto del lavoro presso l'Università di Bologna.

(1) Un'adeguata comprensione del sistema sindacale italiano non può trascurare l'analisi degli orientamenti della giurisprudenza (Ballestrero 2016). È comune tra i giuristi del lavoro il rilievo che l'analisi della giurisprudenza sul diritto sindacale consenta di farsi un'idea attendibile di quali siano i punti di tensione, in un data fase, del sistema di relazioni industriali; allo stesso tempo, enfatizzando troppo il dato proveniente dalla casistica giudiziaria, si corre il rischio di pensare che quasi non vi sia altro al di fuori delle vertenze sottoposte ai tribunali, come per certi versi accadde alcuni anni fa in occasione del conflitto Fiat-Fiom: il giurista avveduto dovrà perciò essere in grado di non perdere il contatto con le dinamiche più generali del sistema economico-pro-

da un assetto contrattuale a un altro, e delle reazioni dei sindacati (o di taluni di essi) sul piano giudiziario, per lo più nelle forme dei ricorsi *ex art. 28 St. lav.* Potrebbe forse stupire il fatto stesso che vi sia contenzioso su problematiche che, nelle questioni di fondo, dovrebbero essere pacifiche in giurisprudenza, constando pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione in materia sia di efficacia temporale del contratto collettivo (2) sia di determinazione del contratto collettivo applicabile al rapporto di lavoro (3).

Tuttavia, in primo luogo, è possibile che costituisca condotta antisindacale un comportamento del datore di lavoro che sia, in sé, giuridicamente lecito, come appunto la disdetta (4) o la stipulazione cd. separata (5) di un accordo collettivo, per le modalità con le quali esso sia attuato o per il con-

---

duttivo e di relazioni industriali, cogliendo però al contempo il valore «esemplare» di talune vicende, sul piano giudiziario, politico-sindacale e degli sviluppi del diritto del lavoro (Bavaro 2011, 313-314).

(2) Cass. 30.5.2005, n. 11325, S.U., in *RIDL*, 2006, II, 298 ss., non annotata, ma nel medesimo fascicolo vd. il saggio di Tursi (2006).

(3) Cass. 26.3.1997, n. 2665, S.U., in *GC*, 1997, 1203 ss., con nota di Pera.

(4) Esempio emblematico, la disapplicazione (o la disdetta) del contratto collettivo prima della scadenza da parte del datore di lavoro costituisce comportamento antisindacale (T. Lucca 20.11.2018, in *Labor*, 2019, 451 ss., con nota di Carta, spec. in quanto «premissione [per le organizzazioni sindacali] delle [...] specifiche prerogative» derivanti dalla conclusione di un accordo collettivo). Si dovrebbe escludere, invece, l'antisindacalità del comportamento del datore di lavoro consistito nel dare disdetta a un accordo collettivo senza aver consultato le rappresentanze sindacali o le organizzazioni esterne firmatarie, salvo che tali consultazioni siano previste per contratto collettivo (Cass. 20.9.2005, n. 18508, massima in *MGC*, 2005, 9) oppure che le «particolari circostanze del caso [siano] causa di oggettivo impedimento per il sindacato di operare nel contesto aziendale» (Cass. 22.4.2004, n. 7706, in *RIDL*, 2005, II, 65 ss., con nota di Bollani; tuttavia, la sentenza cassa la decisione del Tribunale che, senza darne adeguata motivazione, aveva ravvisato nella mancata consultazione una condotta antisindacale).

(5) Si può segnalare, a questo proposito, una vicenda relativa a un caso di contrattazione aziendale separata sottoposta di recente a T. Milano (30.7.2020, n. 19596, inedita a quanto consta). Dopo aver concluso un accordo collettivo sul premio di risultato con la metà dei componenti della Rsu, in dissenso con l'altra metà dei componenti della rappresentanza (espressione del sindacato che aveva raccolto il maggior numero di consensi alle elezioni), il direttore generale dell'azienda aveva dato notizia, mediante una «nota», alla generalità dei dipendenti, di aver «sottoscritto con la maggioranza delle rappresentanze aziendali l'accordo decentrato». La giudice, pur ribadendo il principio secondo il quale non sussiste un obbligo di parità di trattamento sotto il profilo negoziale tra i sindacati presenti in azienda, ha considerato antisindacale il comportamento datoriale concretizzatosi nella suddetta «nota», che per il sindacato ricorrente aveva comportato una lesione della «effettività della sua azione e del credito di immagine nei confronti dei lavoratori», configurandosi in capo al datore di lavoro un obbligo di «correttezza dell'informazione aziendale relativa all'esercizio della funzione sindacale».

testo di relazioni sindacali nel quale si inquadri (6). Peraltro, benché, dopo le Sezioni Unite del 2005 (n. 11325), non vi siano più grossi dubbi sul fatto che il principio di ultrattività previsto dall'art. 2074 c.c. non sia applicabile ai contratti collettivi di diritto comune (7), permangono, comunque, alcune questioni circa gli effetti, sul piano sindacale e dei rapporti di lavoro, della manifestazione di volontà con la quale il datore di lavoro miri a svincolarsi dalla contrattazione collettiva (8).

Inoltre: è indubbio che le parti del rapporto di lavoro possano applicare un contratto collettivo «proprio di un settore non corrispondente a quello dell'attività svolta dall'imprenditore» (così, Cass. n. 2665/1997, S.U., cit.), ma è altresì comprensibile che, da parte del sindacato (o del lavoratore singolo, ove emergano dopo la fine del rapporto differenze retributive), sia adita l'autorità giudiziaria per contrastare prassi consistenti nell'abbandono del contratto collettivo di riferimento del settore (9), per applicarne uno stipulato da soggetti privi di radicamento tra i lavoratori e spesso anche tra le imprese. Qualora poi si ricada nell'ambito di applicazione di una delle leggi che impongono di rispettare i contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi – limitando, così, la libertà di scelta della disciplina collettiva applicabile –, si è posto, per i soggetti ricorrenti in giudizio, il problema di provare la rappresentatività comparativamente maggiore degli agenti negoziali.

Si potrebbe obiettare che in tali situazioni – o in altre in cui, pur non arrivando al caso estremo della contrattazione pirata, lo «spostamento tattico» del datore di lavoro sia apertamente opportunistico – la reazione del sindacato debba consistere nella mobilitazione della base, al fine di «difendere» il contratto collettivo e indirizzare attraverso il conflitto le determinazioni del datore di lavoro. Tuttavia, è anche vero che, in periodi in cui mobilitazione e conflitto sono difficilmente costruibili, la promozione di cause strategiche da parte del sindacato (10) possa essere non soltanto l'unica via percorribile per tutelare gli interessi degli iscritti, ma anche uno strumento di promozione

---

(6) Cfr., da ultimo sul tema: Falsone 2017; Carta 2020; Pacchiana Parravicini 2020; Recchia 2020.

(7) Mi pare sia sostanzialmente isolata la posizione di Bavaro (2014).

(8) Naturalmente, è il datore di lavoro l'unico soggetto che vi avrebbe interesse, al fine di rafforzare la propria posizione nei confronti delle controparti al tavolo negoziale (Maresca 1995, 36) oppure, come stiamo osservando negli ultimi anni, di «cambiare» tavolo negoziale.

(9) Su quanto sia divenuto complicato, specialmente in alcuni settori, stabilire quale sia il contratto collettivo di riferimento, Centamore 2020, spec. cap. 2.

(10) Sul tema, Protopapa 2020.

dell'immagine e degli scopi dell'organizzazione verso i non iscritti, o persino un passaggio di una più larga azione sindacale (11), i cui effetti non necessariamente potrebbero essere visibili dal principio (12).

Come sempre, insomma, quando si tratta del diritto sindacale, le cose non sono semplici come appaiono; vale la pena, perciò, dopo un breve inquadramento del tema, chiedersi cosa sia giunto negli ultimi tempi sulle scrivanie dei giudici del lavoro in riferimento alle questioni indicate e illustrare per sommi capi i provvedimenti che sono stati emanati.

2. — *Continuità temporale della copertura contrattuale e libertà sindacale* — Nel modello italiano di relazioni industriali, in assenza di legislazione, gli aspetti di struttura della contrattazione collettiva sono stabiliti dalle parti sociali a livello interconfederale e di settore, anche per quanto attiene alla continuità temporale della copertura contrattuale. I Ccnl – in molti casi (13) – stabiliscono, oltre alla propria durata, clausole di rinnovo tacito in assenza di formale disdetta entro certi termini; tali clausole sono collegate a quelle che regolano le modalità di presentazione delle piattaforme e delle trattative per il rinnovo del contratto e, in molti casi, anche a quelle che istituiscono periodi di astensione da azioni unilaterali. L'eventualità di un «vuoto contrattuale» non è considerata dalle parti sociali; anzi, esaminando l'elenco di Ccnl vigenti depositati nell'archivio Cnel (14), ci si avvede che, al di là dei rinnovi veri e propri dei contratti collettivi, l'attività negoziale, che spesso verte su singoli istituti contrattuali, è praticamente incessante.

Normalmente, dopo la scadenza del contratto collettivo, i datori di lavoro continuano a darvi applicazione e, se il rinnovo interviene a distanza di tempo, è frequente che le parti sociali ne regolino con effetti *ex tunc* le conseguenze patrimoniali subite dai lavoratori, senza che vi osti l'art. 11, c. 2, delle preleggi, per il quale i contratti collettivi «possono stabilire per la loro efficacia una data anteriore alla pubblicazione, purché non preceda

---

(11) Cfr. le riflessioni di Lassandari 2014.

(12) Con il senno del poi è facile, ma vale comunque la pena chiedersi: in relazione al conflitto giudiziario instaurato a tappeto, e sia pure con esiti alterni, dalla Fiom-Cgil, a partire dal 2010, avverso le aziende del gruppo Fiat, chi può dire se, in assenza di una tale frattura sistemica delle relazioni sindacali, il cui esito notissimo è stato la pronuncia C. cost. 23.7.2013, n. 231, sull'art. 19 St. lav., si sarebbero comunque realizzati i risultati consistiti negli storici Accordi confederali unitari del 2011, del 2013, del 2014 e del 2018?

(13) Vd., ad esempio, il Ccnl industria metalmeccanica del 2016, Sez. III, artt. 2-3; oppure il Ccnl industria alimentare del 2015, art. 86.

(14) <https://www.cnel.it/Archivio-Contratti>, ultimo accesso il 10.1.2021.

quella della stipulazione». Caducata, con la soppressione dell'ordinamento corporativo, la norma di cui all'art. 2071 c.c., nell'ordinamento vigente «la stessa durata di un contratto collettivo rientra tra gli elementi disponibili da parte del sindacato» (15).

In breve, la questione della continuità temporale della disciplina collettiva attiene anzitutto alla struttura della contrattazione collettiva e, in quanto tale, per l'art. 39, c. 1, Cost., è regolata dalle parti sociali (16): sotto tale profilo era perciò condivisibile la giurisprudenza – ormai superata – che ricollegava «il termine di vigenza del contratto collettivo [...] non già alla durata dei diritti pattuiti [...] bensì alla libertà di azione sindacale» (17) (cioè all'apertura delle trattative e al procrastinamento delle iniziative unilaterali).

La contrattazione collettiva non si occupa dunque dell'eventualità che un datore di lavoro intenda cessare di darvi applicazione, né, salvo rari casi, di quella che intenda «migrare» da un settore negoziale a un altro (questione, oggi controversa, da affrontare più che altro con la definizione delle aree contrattuali) (18): benché tali comportamenti siano quindi «anomalia» nel sistema sindacale, in assenza di una legge che obblighi ad applicare i contratti collettivi – individuando anche i criteri per stabilire quale – essi sono in linea di massima legittimi per l'ordinamento giuridico.

3. — *Il principio guida della «temporaneità» dei vincoli derivanti dal contratto collettivo* — Tuttavia, se si considera la problematicità che possono assumere in concreto tali situazioni, nelle quali si intrecciano libertà sindacale (di gruppi anche in competizione tra loro), iniziativa economica dell'imprenditore e diritti individuali dei prestatori di lavoro, è evidente che le disposizioni del codice civile in materia di contratti in generale siano ben poco adatte a regolarle. Non stupisce, perciò, che, come in altri ambiti del diritto sindacale, sia di origine giurisprudenziale lo «statuto» che regola la cessazione degli effetti del contratto collettivo, a seguito di una manifestazione di volontà dei soggetti stipulanti (le associazioni contrapposte, nel caso della contrattazione di settore; anche il datore di lavoro, in quella aziendale), oppure del datore di lavoro, che intenda interrompere l'applicazione di un contratto collettivo di settore ai rapporti di lavoro che intrattiene.

---

(15) Cass. 30.5.2005, n. 11325, S.U., cit.

(16) Non si sottovaluterà che, dal Protocollo del 1993 in avanti, la durata dei contratti collettivi di primo e di secondo livello è stata coordinata alle disposizioni sul decentramento contrattuale.

(17) Cass. 21.4.1987, n. 3899, in *RIDL*, 1988, II, 121 ss., con nota di Borgogelli. Cfr. Tiraboschi 2007, *sub* par. 1.

(18) Di recente, sul tema: Ferraresi 2020; Centamore 2020.

Principio guida di tale «statuto» è quello della «temporaneità» dei vincoli che derivano dagli accordi collettivi, oltre che tra le parti stipulanti, anche per le parti del rapporto di lavoro. Tale principio è il frutto della non facile ricerca di un equilibrio tra, da un lato, le esigenze di stabilità delle obbligazioni derivanti dalla conclusione del contratto e dunque di affidabilità dello stesso, sia per le parti stipulanti sia – trattandosi di accordi collettivi – per i soggetti che lo applicano ai reciproci rapporti, e, dall'altro, il divieto di perpetuità dei vincoli obbligatori che, dalla modernità giuridica in avanti, informa la disciplina dei traffici commerciali (19). Con una decisa semplificazione della realtà, la giurisprudenza ricollega all'esistenza di vincoli la cui durata è limitata nel tempo la stessa «funzione sociale» della contrattazione collettiva, che consisterebbe nel suo continuo adattamento a una «realtà socioeconomica in continua evoluzione» (20).

4. — *La «disdetta» del contratto collettivo di settore e aziendale: problemi aperti* — È questa la logica che sorregge l'orientamento secondo il quale sia esercitabile in qualsiasi momento il recesso dal contratto collettivo privo di un termine di durata, perché originariamente tale – come accade il più delle volte negli accordi interconfederali o in quelli aziendali più risalenti nel tempo – o perché di fatto applicato dalle parti dopo la sua scadenza (21).

È vero, d'altro canto, che l'ipotesi di gran lunga più frequente riguarda i contratti collettivi provvisti di un termine di durata. In tal caso, salva l'ipotesi remota del mutuo dissenso (art. 1372, c. 1, c.c.), il contratto collettivo produrrà i propri effetti fino alla scadenza del termine, cioè «entro l'ambito temporale concordato dalle parti» (22). Nel caso in cui il contratto

---

(19) Problematizza l'esistenza di un generale principio di libertà di recesso unilaterale nel diritto privato Bellocchi (2007, 301).

(20) Cass. 20.8.2019, n. 21537, in *RIDL*, 2019, II, 735 ss., con nota di Maresca e Comandè; Cass. 20.8.2009, n. 18548, in *RIDL*, 2010, II, 931 ss., con nota di Sartori; Cass. 18.9.2007, n. 19351, in *RCDL*, 2007, 1021 ss., con nota di Beretta.

(21) Oltre alle sentenze citate alla nota precedente, vd. la recente Cass. 17.9.2019, n. 23105, inedita a quanto consta. Per un'ipotesi in cui le parti abbiano con il proprio comportamento implicitamente stabilito la prosecuzione del contratto collettivo dopo la scadenza, Cass. 2.2.2009, n. 2590, in *MGC*, 2009, 164 ss. In dottrina, Bellocchi 2007, 300-301.

(22) Tra le molte: Cass. 17.9.2019, n. 23105, cit.; Cass. 12.10.2015, n. 20441, inedita a quanto consta; Cass. 7.10.2010, n. 20784, in *MGC*, 2010, 1297 ss.; Cass. 9.5.2008, n. 11602, in *RIDL*, 2008, II, 789 ss.; soprattutto, Cass. 30.5.2005, n. 11325, S.U., cit. Dopo l'intervento delle S.U. del 2005, solo un orientamento minoritario nella giurisprudenza di legittimità afferma che, a seguito di scadenza o disdetta di un accordo collettivo, le voci retributive da esso previste a compensazione di particolari modalità

collettivo preveda una clausola di ultrattività – come accade il più delle volte – le parti potranno dare disdetta nelle forme ed entro i termini previsti dal contratto stesso, per evitare che esso sia efficace oltre la data originariamente prevista, oppure, una volta che ciò sia avvenuto, al fine di farne cessare gli effetti (23): in due sentenze del 2017 (24) e del 2018 (25), la Cassazione ha precisato che, se non è stata prevista dalle parti la forma scritta, la disdetta potrà essere comunicata alle controparti in forma orale.

Giova soffermarsi sulla posizione del datore di lavoro che intenda liberarsi dall'obbligo – derivante dal vincolo associativo oppure dal rinvio contenuto nei contratti individuali (26) – di applicare il contratto di settore. Al riguardo, la giurisprudenza ripete, anche di recente (27), che non sussiste in capo alle parti del rapporto di lavoro una facoltà di «disdetta»; ma sarebbe singolare il contrario: che a recedere da un accordo sia un soggetto che non

---

di svolgimento della prestazione debbano essere conservate, in ossequio a un generale principio di «irriducibilità della retribuzione» ricavato dagli artt. 36 Cost. e 2103 c.c.: Cass. 22.5.2014, in *MGC*, 2014; Cass. 23.7.2008, n. 20310, in *MGC*, 2008, 1197 ss. Mentre, secondo l'orientamento maggioritario, sono intangibili soltanto le posizioni soggettive che siano «entrate in via definitiva nel patrimonio» dei lavoratori, essendone quantomeno maturati i presupposti, sulla base della disciplina collettiva scaduta o disdetta (Cass. 28.10.2013, n. 24268, in *ADL*, 2014, 1025 ss., con nota di Allamprese, con ampi rimandi in dottrina e giurisprudenza).

(23) Qualora una clausola di ultrattività sia contenuta nel contratto collettivo, occorrerà comunque verificarne la formulazione, per stabilire se l'efficacia sia stata prorogata indefinitamente oppure per un periodo di tempo determinato. Nel primo caso si verificherà un'ipotesi di «trasformazione [del contratto collettivo] in un contratto a tempo indeterminato rispetto al quale potrebbe essere esercitato [liberamente] il recesso» (Maresca 2019, 742-743). Mentre nel secondo caso il diritto di disdetta «maturerà» nuovamente in vista della successiva scadenza e prima di allora non potrà essere esercitato; si prenda ad esempio il Ccnl industria alimentare del 2015, il cui art. 86, già citato in precedenza, prevede al comma 2 che, in assenza di disdetta nei tempi e nelle forme previste, il rinnovo del contratto avverrà «di anno in anno»: in presenza di simili formulazioni dovrebbe escludersi la trasformazione del Ccnl in un contratto a tempo indeterminato. Cfr., altresì Cass., 12.2.2021, n. 3672, inedita a quanto consta, che alla locuzione «[il contratto collettivo] conserva la sua validità fino alla sottoscrizione del nuovo Ccnl» ha attribuito il significato di un termine di durata «indeterminato nel “quando”», ossia di un evento futuro «certo, anche se privo di una precisa collocazione cronologica», cui si ricollega l'effetto di vincolare le parti «al contenuto del contratto sottoscritto fino alla nuova negoziazione e sottoscrizione».

(24) Cass. 8.11.2017, n. 2600, in *Labor*, 2018, 467 ss., con nota di Carta.

(25) Cass. 4.4.2018, n. 8379, in *ADL*, 2018, 904 ss., con nota di Santini.

(26) Per una ricostruzione sintetica degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in materia di efficacia soggettiva del contratto collettivo, cfr. *Lo Faro* 2013, 202-205.

(27) Cass. 20.8.2019, n. 21537, cit.

abbia partecipato alla stipulazione. La disdetta è una prerogativa «sindacale», che, volta a far estinguere l'accordo, spetta alle sole parti firmatarie; essa compete perciò al datore di lavoro nella contrattazione aziendale (28). Nei termini e con le forme previste dal contratto collettivo, il diritto di darne disdetta spetta «unicamente alle parti stipulanti, ossia alle associazioni sindacali e datoriali che di norma provvedono anche a disciplinare le conseguenze della disdetta; al singolo datore di lavoro, pertanto, non è consentito recedere unilateralmente dal contratto collettivo [di settore]» (29).

In una recente sentenza del Tribunale di Roma, la giudice ha ravvisato la portata antisindacale della «disapplicazione del contratto collettivo in corso di validità» – si trattava del Ccnl terziario Confcommercio, sostituito dal Ccnl Anpit-Cisal – nell'«oggettivo impedimento per il sindacato di operare nel contesto aziendale [...] risultando tale ruolo [...] garantito invece quale oggetto di protezione giuridica nel corso del periodo di vigenza del contratto collettivo ma non oltre lo stesso» (30).

In breve: impegnatosi, per vincolo associativo o con il rinvio del contratto individuale, ad applicare il contratto collettivo per tutto il periodo previsto dalla clausola che ne stabilisce la durata, il datore di lavoro non potrà, prima dello spirare di tale termine, esprimere validamente una manifestazione di volontà volta a «svincolarsi» da un certo assetto negoziale (31). Né, al riguardo, il recesso dall'associazione datoriale modificherebbe le cose, come precisato nel 2019 dalla Cassazione in relazione a un caso

---

(28) Di recente, in giurisprudenza di merito, T. Roma 27.5.2020 – dott.ssa Lionetti –, in *Pluris*; T. Cassino 10.12.2018 – dott.ssa Di Cristinzi –, in *www.ilcaso.it* (ultimo accesso il 10.1.2021); nella giurisprudenza di legittimità vd. Cass. 19.4.2011, n. 8994, in *GC*, 2012, I, 2412 ss.; Cass. 20.12.2006, n. 27198, in *MGC*, 2006, 12; Cass. 18.10.2002, n. 14827, in *D&G*, 2002, n. 39, 21 ss., con nota di De Marinis; Cass. 7.3.2002, n. 3296, in *MGL*, 2002, 302 ss.; Cass. 20.6.2001, n. 8429, in *RIDL*, 2002, II, 8, con nota di Caro.

(29) Così Cass. 31.10.2013, n. 24575, in *RIDL*, 2014, II, 414 ss., con nota di Forlivesi; vd. altresì Cass. 19.4.2011, n. 8994, cit.; Cass. 20.9.2005, n. 18508, cit.

(30) T. Roma 23.1.2019, n. 628 – dott.ssa Lionetti –, inedita a quanto consta, resa su opposizione a decreto *ex art. 28 St. lav.* con ricorrenti Filcams-Cgil Roma sud Pomezia Castelli e Fisascat-Cisl Roma capitale e Rieti.

(31) In termini di un legittimo affidamento che, dando applicazione a un contratto collettivo dotato di un termine di durata, il datore di lavoro ingenera nelle controparti: Comandè 2019, 754. Né avrebbe rilievo, per liberarsi *ante tempus* dall'obbligo di applicare il contratto collettivo, la situazione economica negativa, difficile o di crisi, nella quale versi il datore di lavoro, che a tal fine non potrebbe addurre «l'eccessiva onerosità dello stesso, ai sensi dell'art. 1467 c.c.» (Cass. 31.10.2013, n. 24575, cit.; Cass. 19.4.2011, n. 8994, cit.; Cass. 7.3.2002, n. 3296, cit.).

sorto dalla riorganizzazione del sistema contrattuale di gruppo attuata dieci anni fa dalla (allora) Fiat (32).

Più raramente, invece, è stato approfondito il problema della vincolatività, per il datore di lavoro che intenda «migrare» da un assetto contrattuale a un altro, del rinvio al contratto collettivo contenuto nel contratto individuale (33): il tema, che a quanto consta comincia ad affiorare in giurisprudenza (34), potrebbe in futuro acquisire una certa rilevanza, potendo, forse, costituire, per le cause individuali, un piccolo ma inaspettato argine alla diffusione dei contratti pirata. Ad esempio, nei casi in cui le parti si siano impegnate, nel contratto individuale, ad applicare al rapporto di lavoro «il contratto collettivo del settore metalmeccanico» (o simili formulazioni), potrà il datore di lavoro – dopo la scadenza del contratto collettivo, eventualmente previo recesso dall'associazione datoriale – iniziare ad applicare l'equivalente «pirata» (35)? È avviso di chi scrive che clausole simili a quelle menzionate potrebbero essere interpretate come riferibili non a un «generico» contratto collettivo che includa le aziende metalmeccaniche nel proprio campo di applicazione, ma al contratto collettivo «principale» o «di riferimento» del settore (coerentemente con l'intendimento originario delle parti del rapporto di lavoro): esiste, oggi, del resto, uno strumento affidabile per risalire al numero di imprese e di lavoratori ai quali sono applicati i contratti collettivi (il *database* Cnel-Inps) (36) e verificare, così, quale sia «il» contratto collettivo al quale le parti abbiano rinviato nel contratto individuale.

A maggior ragione, ciò dovrebbe essere vero nel caso in cui il contratto individuale faccia espresso riferimento, nel rinviare al contratto collettivo, alle associazioni firmatarie, come in un caso deciso nel 2019 dal Tribunale

---

(32) Cass. 20.8.2019, n. 21537, cit. Il problema degli effetti del recesso dall'associazione datoriale sugli obblighi relativi all'applicazione della contrattazione collettiva era stato affrontato dalla giurisprudenza di merito nelle controversie introdotte dalla Fiom-Cgil; per un quadro, cfr., tra i molti: Lassandari 2011; Del Punta 2011; Liso 2011; Zoppoli 2011; Bavaro 2014.

(33) Cfr., in generale, Nogler 1991.

(34) T. Forlì 12.9.2019, n. 15, inedita a quanto consta.

(35) La nozione di (contratto collettivo) «equivalente pirata» è indubbiamente sfuggente, ma, sia pure con una certa approssimazione, si allude con essa a un contratto collettivo, firmato da associazioni prive di adeguata rappresentatività, che abbia un ambito di applicazione identico o quantomeno simile a quello più applicato nel settore.

(36) Si prenda ad esempio il settore della piccola e media industria metalmeccanica (dati 2019): il Ccnl Unionmeccanica-Confapi, Fiom-Cgil, Fim-Cisl e Uilm-Uil è applicato a 33.569 aziende e 364.544 lavoratori; il Ccnl Conflavoro Pmi, Fesica-Confsal e Confsal-Fisals è applicato a 29 imprese e 183 lavoratori (dati Cnel Inps).

di Forlì (37). La controversia traeva origine dalla nota vicenda di contrattazione separata nel settore delle agenzie assicurative in gestione libera, nel quale si è passati, tra il 2011 e il 2014, da un Ccnl stipulato unitariamente da Sna e Unapass (ora Anapa) con Fiba-Cisl, Fisac-Cgil e Uilca-Uil, a due Ccnl: il primo stipulato dai precedenti firmatari senza Sna, e il secondo stipulato – dopo una rottura con gli altri partner negoziali – da Sna con Confsal, Fesica-Confsal e Confsal-Fisals (38). Nel caso di specie, benché il datore di lavoro, iscritto Sna, avesse iniziato ad applicare il contratto collettivo stipulato dalla sua associazione con un sindacato di lavoratori privo di rappresentatività (39), il rinvio convenuto nel contratto individuale (rivolto al «Ccnl Sna-Unapass») ha indotto il giudice a considerare illegittima l'applicazione del Ccnl «separato».

5. — *La contrattazione pirata in giudizio* — La pronuncia del Tribunale di Forlì induce ad affrontare, sia pure brevemente, a conclusione di questa rassegna, il tema dei «riflessi giudiziari» della contrattazione pirata.

L'espressione contrattazione «pirata», priva di un fondamento normativo, è tratta dal gergo delle relazioni industriali ed è ormai presente alla dottrina giuslavoristica (40): sia pure al costo di una certa approssimazione, con essa può alludersi a contratti collettivi (i) che siano stipulati da soggetti diversi dalle organizzazioni storiche del sistema di relazioni industriali e prive di radicamento tra la base dei lavoratori e (il più delle volte) nel tessuto delle imprese; (ii) che prevedano un trattamento economico e normativo nel complesso peggiorativo rispetto a quello stabilito dai contratti collettivi «di riferimento» nel settore contrattuale. Essi consentono, perciò, alle imprese di operare sul mercato con modesti oneri economici e normativi di utilizzo del lavoro, distorcendone le dinamiche concorrenziali e contribuendo, insieme ad altri fattori, a comprimere i livelli salariali e inasprire le condizioni di lavoro.

---

(37) T. Forlì 12.9.2019, n. 15, cit.

(38) Cfr. Pigliarmini 2019.

(39) Affermazione che trova il proprio fondamento nell'accertamento operato da T. Genova 1.2.2019, in *RGL*, 2018, II, 644 ss., con nota di Ghigiarelli. Il giudice, facendo uso dei poteri istruttori *ex art.* 421 c.p.c. per individuare il contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative *ex art.* 1, d.l. 9.10.1989, n. 338 (in materia di base imponibile per il calcolo dei contributi), aveva accertato (tra le altre cose) che all'indirizzo presso il quale ci sarebbe dovuto essere un rappresentante delle organizzazioni firmatarie Fesica-Confsal e Confsal-Fisals si trovava invece un club di tifosi di calcio del Genoa C.F.C.

(40) Tra i molti contributi di questi ultimi anni, cfr.: Olini 2016; Greco 2017; Bellavista 2020; Ciucciiovino 2020.

Dalla casistica giurisprudenziale emerge, ormai, la diffusione di questi contratti collettivi «alternativi» in molti settori economici. Ve n'è traccia nel commercio (41), nei pubblici esercizi (42) e alberghi (43), nel tessile (44), nel portierato, vigilanza (45) e *front office* (46) – per non fare che alcuni esempi – ma anche nel settore, tradizionalmente «forte» dal punto di vista sindacale, dell'industria metalmeccanica, come dimostra un recente provvedimento emesso dal Tribunale di Torino (47): venendo dall'applicazione del Ccnl «storico» dell'industria metalmeccanica, l'azienda, iscrittasi a Conflavoro, iniziava ad applicare il Ccnl sottoscritto, per il medesimo settore di attività, da Conflavoro, Confsal e Fesica; dato che l'applicazione del nuovo contratto collettivo era intervenuta successivamente alla scadenza di quello precedente, il giudice non ravvisava alcuna antisindacalità nella condotta del datore di lavoro.

Più in generale, occorre chiedersi se sia legittima l'applicazione dei contratti pirata da parte dei datori di lavoro. E la risposta, oltre che problematica, non può che essere articolata, dato che il quadro normativo è andato complicandosi nel corso degli anni. In relazione al versamento, da parte dei datori di lavoro, dei contributi previdenziali e assistenziali, la legge (art. 2, c. 25, l. n. 549/1995, di interpretazione autentica dell'art. 1, d.l. n. 338/1989, convertito con modifiche in l. n. 389/1989) impedisce che si faccia riferimento alla contrattazione pirata, dovendo il parametro essere costituito dai contratti collettivi «stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria». Similmente, la fruizione di «benefici normativi e contributivi previsti dalla normativa in materia di lavoro e legislazione sociale» è condizionata al rispetto della contrattazione collettiva delle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (art. 1, c. 1175, l. n. 296/1996). Per quanto riguarda il lavoro dei soci di cooperativa, l'art. 7, c. 4, d.l. n. 248/2007, convertito con

---

(41) T. Roma 23.1.2019, n. 628, cit.

(42) T. Pesaro 7.10.2016 – dott. De Cesare –, inedita a quanto consta ma reperibile nella *Banca dati Pluris*.

(43) T. Roma 29.1.2019, n. 840, inedita a quanto consta.

(44) Cass. 28.10.2019, n. 27503, T. Trani 18.11.2019, n. 2195, entrambe in *LG*, 2020, 1187 ss., con nota di Pigliarmini; Cass. 1.10.2015, n. 19639, inedita a quanto consta; Cass. 16.4.2015, n. 7781, inedita a quanto consta; T. Teramo 9.5.2013, reperibile nella banca dati *DeJure*. Cfr., sul tema, *amplius*, Rizzuto, Tomassetti 2019.

(45) Cass. 20.2.2019, n. 4951, in *Labor*, 2019, 401 ss., con nota di Imberti.

(46) Cons. Stato 13.10.2015, n. 4699, in *RGL*, 2016, II, 20 ss., con nota di Calderara.

(47) T. Torino 9.12.2020, inedita a quanto consta.

modifiche in l. n. 31/2008, prevede che il «trattamento economico complessivo» (48) loro corrisposto non sia inferiore a quello stabilito dai «contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria». Anche chi lavora alle dipendenze di imprese sociali (art. 13, d.lgs. 3.7.2017, n. 112) o per enti del terzo settore (art. 16, d.lgs. 3.7.2017, n. 117) ha diritto a un «trattamento economico e normativo non inferiore a quello previsto dai contratti collettivi di cui all'art. 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81». Meccanismi più articolati ma che – semplificando – portano a esiti similari sono previsti, come noto, dal codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18.4.2016, n. 50, *passim*).

Ora, la buona notizia è che la giurisprudenza, da un lato, ha affermato la legittimità di tali disposizioni rispetto all'art. 39 Cost. (49) e, dall'altro, sta in molti casi superando le problematiche derivanti dall'assenza di un sistema legale di misurazione della rappresentatività delle parti stipulanti (cioè, le associazioni di categoria), sostanzialmente continuando a verificare quest'ultima – benché in modo il più delle volte subordinato alle domande e alle allegazioni delle parti ricorrenti in giudizio (50) – sulla base dell'affiliazione alle confederazioni storiche del sistema di relazioni industriali (51).

La notizia meno buona è che, al di fuori degli ambiti di intervento delle leggi menzionate *retro* e di alcune altre che non si avrebbe modo di prende-

---

(48) Nozione nella quale ricomprendere non soltanto le voci retributive che rientrano nel cd. minimo costituzionale (elaborato dalla giurisprudenza sull'art. 36 Cost.), ma anche il complesso delle altre voci previste dal contratto collettivo: Cass. 21.2.2019, n. 5189; Cass. 4.8.2014, n. 17583; Cass. 28.8.2013, n. 19832, tutte inedite a quanto consta.

(49) Per le disposizioni in materia di fiscalizzazione degli oneri sociali e sgravi contributivi, ma con un ragionamento estensibile alle disposizioni sugli appalti pubblici, C. cost. 16.7.1987, n. 270, in *FI*, 1988, I, 1064 ss., con nota di Pino; per il lavoro in cooperativa: C. cost. 26.3.2015, n. 51, in *RGL*, 2015, II, 493 ss., con nota di Barbieri; Cass. 20.2.2019, n. 4951, cit.; Cass. 18.4.2019, n. 10851, inedita a quanto consta; Cass. 21.2.2019, n. 5189, cit., quest'ultima anche in materia di appalti pubblici.

(50) Vanno però segnalati, per la loro importanza, sia T. Genova 1.2.2019, cit., nel quale il giudice ha fatto uso dei poteri istruttori *ex* art. 421 c.p.c., sia Cons. Stato 13.10.2015, n. 4699, cit., dato che la Sezione ha ritenuto di dover acquisire, in via istruttoria, alcuni chiarimenti dal dirigente responsabile della direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro e delle relazioni industriali del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, circa le modalità mediante le quali il Ministero verifica la rappresentatività delle organizzazioni sindacali al fine di stilare le tabelle sul costo del lavoro negli appalti pubblici.

(51) In dottrina, cfr. di recente Bellavista 2020, 454-455. Per una ricostruzione più analitica della giurisprudenza Centamore 2020, 163 ss., 173 ss., 193 ss.

re in considerazione (52), non può considerarsi di per sé illegittima, nell'ordinamento sindacale di fatto, l'applicazione dei contratti collettivi «pirata» (53).

Ma se le principali organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro non riescono più a imporre, soprattutto nei settori periferici dell'economia, con la forza dell'azione sindacale, l'applicazione dei propri contratti collettivi, occorre, dunque, per porre un freno al fenomeno dilagante della contrattazione pirata, l'intervento della legge: quale occasione migliore a questo proposito di quella che potrebbe essere presto fornita dalla Direttiva europea sul salario minimo, la cui proposta – Com(2020)682 *final* – è stata appena varata dalla Commissione von der Leyen?

### Riferimenti bibliografici

- Ballestrero M.V. (2016), *Il ruolo della giurisprudenza nella costruzione del diritto del lavoro*, in LD, 761 ss.
- Bavaro V. (2011), *Rassegna giuridico-sindacale sulla vertenza Fiat e le relazioni industriali in Italia*, in DLRI, 313 ss.
- Bavaro V. (2014), *Sull'efficacia temporale del contratto collettivo nell'ordinamento giuridico sindacale*, in RIDL, I, 51 ss.
- Bellavista A. (2020), *Cooperative e sfruttamento del lavoro nella logistica*, in RGL, I, 452 ss.
- Bellocchi P. (2007), *Il contratto collettivo di diritto comune*, in G. Proia (coordinato da), *Il diritto sindacale*, Giappichelli, Torino, 261 ss.
- Carta C. (2020), *Di 28 ce n'è uno? Azione e contrattazione collettiva fra Statuto e Cdfue*, in LD, 719 ss.
- Centamore G. (2020), *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, Bup, Bologna.
- Ciucciovino S. (2020), *Fisiologia e patologia del pluralismo contrattuale tra categoria sindacale e perimetri settoriali*, in LD, 185 ss.
- Comandè D. (2019), *Il recesso ante tempus dal contratto collettivo nazionale tra vincolo associativo e contrattuale*, in RIDL, II, 749 ss.
- Del Punta R. (2011), *Gli accordi «separati» sono antisindacali? Il sistema sindacale «di fatto» nell'era della disunità sindacale*, in RIDL, II, 690 ss.
- Falsone M. (2017), *Tecnica rimediale e art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in LD, 572 ss.

---

(52) Cfr., ad esempio, Orlandini (2020), per la disciplina interna di recepimento del diritto derivato Ue in materia di lavoratori distaccati.

(53) Ciò non toglie naturalmente che ai lavoratori debba essere corrisposta una retribuzione conforme all'art. 36 Cost., ma ciò sembra in linea di massima compatibile con l'applicazione di contratti collettivi «pirata»: oltre al caso in cui i contratti collettivi in questione prevedano minimi retributivi non di molto inferiori a quelli dei contratti collettivi confederali (giocando il *dumping* su altre voci di retribuzione, ad esempio quelle differite, oppure su elementi del trattamento normativo o di *welfare* contrattuale), sarebbe comunque possibile per i datori di lavoro incrementare in vario modo le retribuzioni individuali ed evitare così di esporsi a ricorsi ex art. 36 Cost. e art. 2099 c.c.

- Ferraesi M. (2020), *La categoria contrattuale nel diritto sindacale italiano*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano.
- Greco M.G. (2017), *Contrattazione collettiva, contratti pirata e regolamenti nella determinazione dei livelli retributivi nelle cooperative di produzione e lavoro*, in *VTDL*, 367 ss.
- Lassandari A. (2011), *I giudici e il conflitto intersindacale tra libertà sindacale e diritto comune*, in *RGL*, II, 297 ss.
- Lassandari A. (2014), *L'azione giudiziale come forma di autotutela collettiva*, in *LD*, 309 ss.
- Liso F. (2011), *Un primo commento ai decreti ex art. 28 St. lav. sull'applicazione del Ccnl separato dei metalmeccanici del 2009*, in *RIDL*, II, 700 ss.
- Lo Faro A. (2013), voce *Contratto collettivo (lavoro privato)*, in *ED*, Annali, VI, 2013, 196 ss.
- Maresca A. (1995), *Contratto collettivo e libertà di recesso*, in *ADL*, 35 ss.
- Maresca A. (2019), *Recesso dal vincolo associativo e sostituibilità del contratto collettivo nazionale di lavoro: libertà sindacale e qualche spunto civilistico*, in *RIDL*, II, 740 ss.
- Nogler L. (1991), *Note in tema di schemi innominati di rinvio al contratto collettivo da parte del contratto individuale*, in *RIDL*, II, 531 ss.
- Olini G. (2016), *I contratti nazionali: quanti sono e perché crescono*, in *DLRI*, 417 ss.
- Orlandini G. (2020), *Salari e contrattazione alla prova dei vincoli del mercato interno*, in *LD*, 285 ss.
- Pacchiana Parravicini G. (2020), *La repressione della condotta antisindacale: significato e apporto di una norma (apparentemente) processuale*, in *LDE*, n. 2.
- Pigliararmi G. (2019), *La rappresentatività tra libertà sindacale e categoria merceologica. A proposito di una recente riflessione di Pietro Ichino*, in *Bollettino Adapt*, 7 ottobre, n. 35.
- Protopapa V. (2020), *Strategie legali delle organizzazioni sindacali e Statuto dei lavoratori*, in *LD*, 655 ss.
- Recchia G. (2020), *La «bella giovinezza» dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in O. Razzolini et al. (a cura di), *Sindacato e processo (a cinquant'anni dallo Statuto dei lavoratori)*, speciale di *giustiziacivile.com*, 97 ss.
- Rizzuto G., Tomassetti P. (2019), *Il dumping contrattuale nel settore moda*, Edizioni lavoro, Roma.
- Tiraboschi M. (2007), voce *Contratto collettivo (efficacia temporale del)*, in *DDPComm.*, Aggiornamento, 191 ss.
- Tursi A. (2006), *La pretesa «ultrattività» del contratto collettivo e l'incerto statuto teorico dell'autonomia collettiva*, in *RIDL*, I, 201 ss.
- Zoppoli L. 2011, *Pluralità di contratti collettivi nazionali condotta antisindacale e trattamenti discriminatori*, in *RIDL*, II, 708 ss.

# RAPPORTO DI LAVORO

---

CORTE DI GIUSTIZIA, 14.10.2020, C-681/18, S. Terza – Avv. Gen. Sharpston – J.H. c. K.G.

## **Somministrazione di lavoro – Temporaneità – Art. 5, par. 5, Direttiva n. 2008/104 – Finalità antielusiva.**

*La Direttiva n. 2008/104 configura l'obbligo a carico degli Stati membri di preservare la natura temporanea del lavoro somministrato e prevenire missioni successive presso la stessa impresa utilizzatrice che abbiano lo scopo di eludere le disposizioni della direttiva, poiché essa mira a precludere che il lavoro tramite agenzia interinale diventi una situazione permanente per il lavoratore somministrato, pur non prescrivendo l'adozione di misure specifiche a tal fine. (1)*

(1) LA «TEMPORANEITÀ» DELLA SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO  
SECONDO LA CORTE DI GIUSTIZIA: POSSIBILI RISVOLTI SULLA LEGITTIMITÀ  
DELLA SOMMINISTRAZIONE A TEMPO INDETERMINATO

SOMMARIO: 1. Introduzione al caso. — 2. Brevi cenni sull'evoluzione della disciplina interna sul lavoro somministrato a tempo determinato. — 3. Sulle prime due questioni: i limiti alle missioni successive e le ragioni giustificatrici. — 4. La «temporaneità» della somministrazione in *J.H. c. K.G.* (e nella Direttiva n. 2008/104). — 5. La somministrazione a tempo indeterminato alla luce delle riflessioni della Corte di Giustizia intorno al requisito della «temporaneità».

1. — *Introduzione al caso* — Con la sentenza *J.H. c. K.G.* del 14.10.2020 la Corte di Giustizia affronta una questione che riguarda, in particolare, la somministrazione a tempo determinato. Sebbene la pronuncia sia ingenerata da un caso nostrano, l'argomentazione della Corte investe solo parzialmente la relativa disciplina italiana, essendo questa mutata rispetto a quella applicabile al tempo dei fatti. Tuttavia, la pronuncia in oggetto merita attenzione in quanto enuncia, ed elabora, alcuni criteri che contribuiscono in maniera significativa a fare chiarezza sia sugli obiettivi della Diretti-

va n. 2008/104 (1), sia sui limiti che essa pone al «lavoro tramite agenzia interinale», come dal titolo della stessa direttiva. In particolare, è la «temporaneità» il perno attorno al quale ruotano le riflessioni dei giudici di Lussemburgo: un criterio – come vedremo – ampiamente presente nel dettato normativo (2).

Il ricorrente, J.H., contestava di fronte al Tribunale di Brescia la legittimità del ricorso a missioni a tempo determinato successive e ininterrotte, presso la stessa impresa utilizzatrice, intercorse tra il 3.3.2014 e il 30.11.2016, e domandava la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con l'utilizzatore, ossia K.G., *ex art.* 27, d.lgs. n. 276/2003.

La disciplina allora vigente, su cui ci soffermeremo nel prossimo paragrafo, non avrebbe consentito al giudice del rinvio di pronunciarsi sulla presunta irregolarità del suddetto utilizzo del contratto di somministrazione, se non a seguito di un accertamento di illegittimità per violazione della Direttiva n. 2008/104.

Il Tribunale di Brescia, il quale ritiene che sussista una siffatta incompatibilità, anche alla luce del Considerando 15 della Direttiva, «nella misura in cui non permette alcun controllo giurisdizionale sulle ragioni del ricorso al lavoro tramite agenzia interinale né fissa limiti alle missioni successive dello stesso lavoratore presso la medesima impresa utilizzatrice» (3), interpella perciò la Corte di Giustizia con l'intento di chiarire «[S]e l'art. 5, par. 5, della [Direttiva n. 2008/104] debba essere interpretato nel senso che osti all'applicazione del [d.lgs. n. 276/03], che: a) non prevede limiti alle missioni successive del medesimo lavoratore presso la stessa impresa utilizzatrice; b) non subordina la legittimità del ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato all'indicazione delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo del ricorso alla somministrazione stessa; c) non prevede il requisito della temporaneità dell'esigenza produttiva propria dell'impresa utilizzatrice quale condizione di legittimità del ricorso a tale forma di contratto di lavoro» (4).

È, quindi, la disciplina della somministrazione a tempo determinato applicabile *ratione temporis* a costituire il principale oggetto dell'attenzione del giudice del rinvio, il quale ha l'intuizione di utilizzare la stessa anche come pretesto per ampliare la riflessione estendendola all'ambito di operatività dei requisiti di legittimità della somministrazione di lavoro, alla luce del diritto unionale. Una volta poste le prime due questioni strettamente connesse alla somministrazione a tempo determinato, al punto c) della domanda pregiudiziale viene sollevato un profilo, che va oltre la specifica fattispecie oggetto della controversia principale, mettendo i giudici di Lussemburgo nella condizione di pronunciarsi in merito al peso del criterio della temporaneità – in specie della temporaneità dell'esigenza produttiva dell'utilizzatore – in relazione alla legittimità del ricorso al contratto di somministrazione.

---

(1) Sulla tormentata genesi della Direttiva n. 2008/104, si rinvia, tra i molti, a Ferrara 2014.

(2) La Corte di Giustizia non aveva mai affrontato la questione sino alla pronuncia in oggetto. Al contempo la dottrina raramente, e al più in maniera incidentale, si è specificamente soffermata sul requisito della «temporaneità» nella Direttiva n. 2008/104; tra i pochi, e calandola nel contesto giuslavoristico tedesco, Krüger 2016.

(3) C. Giust. 14.10.2020, C-681/18, *J.H. c. K.G.*, punto 29.

(4) C. Giust. *J.H. c. K.G.*, cit., punto 30.

2. — *Brevi cenni sull'evoluzione della disciplina interna sul lavoro somministrato a tempo determinato* — In ragione dell'intervallo di tempo cui si riferisce la controversia tra J.H. e K.G., trova applicazione ai fatti di causa l'art. 20, c. 4, d.lgs. n. 276/2003, nella versione riformata dall'art. 1, c. 2, d.l. n. 34/2014, convertito in l. n. 78/2014, per cui la somministrazione di lavoro a tempo determinato era ammessa entro i soli limiti quantitativi eventualmente previsti dalla contrattazione collettiva e fermi restando i divieti disciplinati dall'art. 20, c. 5, giacché la riforma del 2014 aveva soppresso, dalla versione originaria dell'art. 20, c. 4, l'obbligo di subordinare la missione a tempo determinato a «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore». La stessa l. n. 78/14 aveva previsto la possibilità di stipulare contratti di lavoro acasuali a tempo determinato di durata non superiore a 36 mesi, estendendone l'applicazione anche all'ambito della somministrazione a tempo determinato (5).

È proprio la riforma dettata dal d.l. del 2014 che, a parere del Tribunale del rinvio, aggrava ulteriormente l'asserita incompatibilità della disciplina interna con la normativa configurata dalla Direttiva n. 2008/104, in quanto essa priva il giudice di qualsiasi possibilità di valutare le ragioni che giustificano l'apposizione del termine, rendendo la somministrazione a tempo determinato acasuale, senza prevedere, contestualmente, limiti alle missioni successive presso l'utilizzatore.

Difatti, la disciplina dei contratti a tempo determinato era parzialmente diversa, e verosimilmente più protettiva secondo la prospettiva del giudice del rinvio, dato che, a quest'ultima ipotesi, e solo a essa, si applicava la limitazione prevista dall'art. 5, cc. 3 ss., d.lgs. n. 368/01, secondo cui tra più assunzioni a termine successive tra loro doveva decorrere un periodo di almeno 10 giorni, se il contratto scaduto aveva avuto una durata fino a sei mesi, o 20 giorni, nel caso di durata superiore (previsione ora rinvenibile, negli stessi termini, nell'art. 21, c. 2, d.lgs. n. 81/15). L'applicazione di suddetto limite era, invece, esclusa nell'ipotesi in cui il contratto a termine s'incardinasse in una somministrazione di lavoro (*ex art.* 22, c. 2, d.lgs. n. 276/2003; esclusione ora configurata dall'art. 34, d.lgs. n. 81/15) (6).

Il regime della somministrazione di lavoro a tempo determinato è ulteriormente mutato da allora: prima con la riforma apportata dal d.lgs. n. 81/2015, finalizzata principalmente alla riorganizzazione dei contratti cd. atipici, che non ha inciso nel merito della disciplina configurata dalla l. n. 78/2014 (7); poi con i significativi e capillari, seppur non numerosi, interventi del d.l. n. 87/18, convertito in l. n. 96/18, che — come noto — ha esteso alcuni dei limiti imposti al contratto a tempo determinato anche alla somministrazione a tempo determinato, reintroducendo, in particolare, il meccanismo della causale per i contratti di lavoro somministrato (e non per quello di somministrazione di lavoro, come previsto dalle precedenti disposizioni) (8). Ne deriva una

---

(5) Cfr. Spattini, Tiraboschi 2014.

(6) Sui complessi rapporti tra la disciplina della somministrazione a tempo determinato e quella del contratto a tempo determinato, sino alla riforma del 2014, cfr. Zoli 2015.

(7) Per una riflessione sulle fattispecie contrattuali prese in esame, a seguito della riforma del *Jobs Act* e alla luce delle direttive europee, cfr. Aimo 2015.

(8) Sul regime transitorio, cfr. Maresca 2018, 1015-1018.

disciplina che, da un lato, prevede il limite complessivo del 30% all'utilizzo di lavoratori somministrati a tempo determinato e, dall'altro, estende alla fattispecie contrattuale l'applicazione del Capo III dello stesso d.lgs. n. 81/2015 sul «Lavoro a tempo determinato», con la rilevante eccezione dell'obbligo di rispettare gli intervalli tra un rinnovo contrattuale e l'altro. Anche nelle più recenti disposizioni si conferma, dunque, l'assenza di «limiti a missioni successive del medesimo lavoratore presso la stessa impresa utilizzatrice», per riprendere le parole usate dal Tribunale di Brescia, mentre si subordina nuovamente la stipula di siffatti contratti a causali, stavolta, specifiche e non più generiche (9).

Il recente intervento di riforma riduce la portata delle due questioni poste dal Tribunale di Brescia sì da circoscriverne l'interesse alla mancata previsione di limiti alle missioni successive (questione *sub a*) – ipotesi di illegittimità attutita dalla contestuale previsione di causali specifiche che dovrebbero nuovamente favorire il controllo del giudice sulla scelta delle parti contraenti e, quindi, placare i timori espressi dal giudice rimettente – e all'assenza del requisito della temporaneità dell'esigenza produttiva (questione *sub c*), oltre, ovviamente, alla richiesta della parte ricorrente di vedersi riconosciuto il rapporto a tempo indeterminato con l'impresa utilizzatrice: oggetto del procedimento principale. L'interesse – concreto e non di natura puramente speculativa – della parte ricorrente farebbe, difatti, riemergere la necessità di una risposta puntuale, da parte della Corte di Lussemburgo, alle tre sottoquestioni sollevate.

Inoltre, se la vigente disciplina sulla somministrazione a tempo determinato si fa solo parzialmente portatrice delle problematiche sollevate dal giudice italiano, l'ultima domanda, di più ampio respiro, apre un varco su terreni interpretativi sinora inesplorati dalla Corte Ue; ragione per cui, mentre nel prossimo paragrafo si rifletterà sulla breve argomentazione elaborata in merito alle prime due subquestioni, il resto del commento si concentrerà sulle considerazioni suscitate dall'ultima parte della domanda pregiudiziale.

3. — *Sulle prime due questioni: i limiti alle missioni successive e le ragioni giustificatrici* — La Corte statuisce sulla questione principale dichiarando che la norma richiamata dal Tribunale di Brescia non impone agli Stati membri né di «limitare il numero di missioni successive di un medesimo lavoratore presso la stessa impresa utilizzatrice», né «di subordinare il ricorso a detta forma di lavoro a tempo determinato all'indicazione delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo»: ciò conformemente allo stesso spirito della direttiva, che non prevede l'adozione di «alcuna misura specifica» da parte degli Stati membri (10). La Direttiva n. 2008/104 è, difatti, meno incisiva nel circoscrivere le ipotesi lecite di somministrazioni di manodopera, prevedendo solo, da un lato, «l'introduzione di requisiti minimi» diretti a garantire il principio di parità di trattamento (art. 5) e, dall'altro, il riesame delle restrizioni e dei divieti

---

(9) Ferrara (2019) segnala, *inter alia*, gli aspetti problematici dell'applicazione delle causali previste dal novellato art. 19, c. 1, d.lgs. n. 81/2015, al lavoro somministrato a tempo determinato. Cfr. altresì l'approfondita analisi di Passalacqua 2018.

(10) C. Giust. *J.H. c. K.G.*, cit., punto 42.

imposti dal legislatore nazionale, tollerati solo se d'interesse generale e laddove investano, «in particolare, la tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale, le prescrizioni in materia di salute e di sicurezza sul lavoro o la necessità di garantire il buon funzionamento del mercato del lavoro e la prevenzione di abusi» (11).

D'altronde, la Direttiva n. 1999/70, sul lavoro a tempo determinato, non si applica alle ipotesi di somministrazione di lavoro presso un'impresa utilizzatrice, come precisato dalla stessa Corte di Giustizia in *Della Rocca v. Poste italiane Spa* (12). E se è pacifico che una successione incontrollata di contratti può, a parere della Corte, costituire abuso della Direttiva n. 1999/70, in particolare della clausola 5 dell'Accordo quadro del 18.3.1997, allegato alla direttiva, che pone a carico degli Stati membri l'obbligo di prevenire un simile effetto elusivo tramite la configurazione di una o più misure restrittive (13), pare alla Corte altrettanto ovvio che un simile precetto non sia applicabile alla somministrazione a tempo determinato e, in specie, all'art. 5, par. 5, della Direttiva n. 2008/104 (14).

I primi due quesiti della domanda pregiudiziale si risolvono, dunque, in un nulla di fatto e i limiti suggeriti dal giudice del rinvio restano nel limbo delle possibilità accordate al legislatore, giacché non vengono interpretati come necessari presupposti di legittimità della disciplina interna della somministrazione, a fronte di quella unionale, ma neanche si esclude apertamente che essi siano ammessi dalla Direttiva n. 2008/104. Plausibile sarebbe, perfino, considerare i limiti a missioni successive, così come le causali giustificatrici del ricorso al lavoro somministrato a tempo determinato, come misure restrittive finalizzate a tutelare i lavoratori tramite agenzia interinale, ossia ragioni d'interesse generale tollerate dalla Direttiva (art. 4, c. 1) (15).

4. — *La «temporaneità» della somministrazione in J.H. c. K.G. (e nella Direttiva n. 2008/104)* — Il criterio della temporaneità che andremo ora a considerare si interseca con le finalità antielusive della Direttiva sul lavoro interinale. Sebbene sia ribadito che, al fine di prevenire abusi ed elusioni, la Direttiva n. 2008/104 non impone «l'adozione di una determinata normativa in materia» (16), la Corte non esclude che tra gli obiettivi della Direttiva sulla somministrazione di lavoro rientri pure quello antielusivo.

---

(11) C. Giust. *J.H. c. K.G.*, cit., punto 43, in attuazione dell'art. 4 della Direttiva n. 2008/104: norma «che si rivolge unicamente alle autorità competenti degli Stati membri, imponendo loro un obbligo di riesame», e non prevede in capo alle autorità giudiziarie nazionali «l'obbligo di disapplicare qualsiasi disposizione di diritto nazionale che preveda divieti o restrizioni imposti quanto al ricorso al lavoro tramite agenzie di lavoro interinale che non siano giustificati da ragioni di interesse generale ai sensi del suddetto articolo 4, paragrafo 1»; C. Giust. 17.3.2015, C-533/13, *Auto-ja (AKT ry)*, punto 32; Davies 2016.

(12) C. Giust. 11.4.2013, C-290/12, *Della Rocca v. Poste italiane Spa*, punti 42-45; cfr., *inter alia*, Bassetti 2014, 210-212.

(13) C. Giust. 25.10.2018, C-331/17, *Sciotto*, punto 30.

(14) C. Giust. *J.H. c. K.G.*, cit., punto 45; per un approfondimento sulla giurisprudenza europea in merito al contratto a termine, Gottardi 2012.

(15) Così suggeriva Ratti (2020, 6).

(16) C. Giust. *J.H. c. K.G.*, cit., punto 44, conformemente a C. Giust. *Auto-ja (AKT ry)*, cit., punto 31.

I giudici di Lussemburgo, aderendo alle conclusioni dell'Avvocato Generale, interpretano l'obbligo per gli Stati membri di adottare misure che prevengano «missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni della presente direttiva», ossia la seconda parte dell'art. 5, par. 5, come riferito non solo al principio della parità di trattamento tra lavoratori assunti direttamente dall'utilizzatore e lavoratori interinali (sancito dallo stesso articolo 5), ma, più in generale, a tutte le disposizioni della Direttiva n. 2008/104, in quanto la locuzione cui fa riferimento il giudice del rinvio «mira a far sì che questi stessi Stati adottino le misure necessarie al fine di prevenire, in particolare, missioni successive aventi lo scopo di eludere le disposizioni della direttiva *nel suo insieme*» (17). La Corte scende nel particolare e correla il rispetto del requisito della temporaneità con le finalità antielusive della direttiva, sancendo che tale previsione va «interpretata nel senso che essa osta a che uno Stato membro non adotti alcuna misura al fine di preservare la natura temporanea del lavoro tramite agenzia interinale» (18).

Peraltro, l'argomentazione ora richiamata sembra contraddire una recente interpretazione della direttiva in commento resa dalla Cassazione, la quale ha affermato come essa «non abbia di mira la prevenzione dell'abuso del ricorso alla somministrazione in quanto l'impiego tramite agenzia interinale è apprezzato come forma di impiego flessibile»: una curiosa lettura della disciplina dell'Unione, che, tra l'altro, pare sottintendere la paradossale convinzione che la promozione di forme di impiego flessibile neghi, di per sé, l'ipotesi dell'abuso (19).

Al contrario, la Corte di Giustizia Ue dimostra una notevole sensibilità nei confronti dei possibili abusi del margine di flessibilità concesso dalla Direttiva del 2008, scegliendo di promuovere il requisito della temporaneità come criterio per valutare se una norma nazionale abbia o meno l'effetto di eluderne le disposizioni.

Sino alla sentenza *J.H. c. K.G.*, la scarsa giurisprudenza europea sul lavoro tramite agenzia interinale non si era soffermata sul requisito della temporaneità, neanche quando, nel caso *Auto-ja (AKT ry)* (20), l'Avvocato Generale aveva affrontato il profilo in esame (21).

---

(17) C. Giust. *J.H. c. K.G.*, cit., punto 57, C-681/2018, corsivo mio; si attendeva un'interpretazione di tale periodo da parte della Corte, non essendo scontato che questo venisse inteso come applicabile all'intero testo della direttiva. In particolare, cfr. le perplessità sollevate da Aimo (2015, 648).

(18) C. Giust. *J.H. c. K.G.*, cit., punto 63. Già Ferrara (2014, 117-118 e 136-138) enfatizzava le finalità antielusive cui doveva tendere il processo di armonizzazione in materia di somministrazione di lavoro, anche alla luce del dettato dell'art. 5, par. 5. Al contrario, la scelta del legislatore italiano, che ha progressivamente ampliato la facoltà di ricorso sia alla somministrazione a tempo determinato sia a quella a tempo indeterminato, denota la volontà legislativa di «favorire il “decollo” di questa forma di impiego della forza lavoro quale alternativa [...] rispetto al contratto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato»: così Carinci 2014, 44.

(19) Cass. 8.1.2019, n. 197, in *bollettinoadapt.it*. Sulle finalità antielusive della Direttiva n. 2008/104 nell'antecedente giurisprudenza interna di legittimità e di merito, si veda Ferrara 2018, 181.

(20) C. Giust. *Auto-ja (AKT ry)*, cit., in merito alle ragioni di interesse generale giustificatrici di limiti imposti al lavoro tramite agenzia interinale e all'obbligo di riesame posto in capo ai giudici nazionali.

(21) Avvocato Generale Szpunar, C. Giust. *Auto-ja (AKT ry)*, cit., sul contenuto delle conclusioni si tornerà nel paragrafo seguente.

Solo a distanza di cinque anni, e grazie a un efficace *assist* del Tribunale rimettente, i giudici europei affrontano il requisito della «natura temporanea», che acquisisce, così, anche a livello giurisprudenziale, quella centralità già ampiamente riconosciutagli dalla Direttiva n. 2008/104 (22). A tal fine, la sentenza ribadisce ed enfatizza i riferimenti al carattere temporaneo presenti nelle nozioni di «agenzia interinale», «lavoratore tramite agenzia interinale», «impresa utilizzatrice» e «missione» di cui all'art. 3 della Direttiva (23).

L'obiettivo della direttiva non è solo quello di favorire la flessibilità dell'impiego, ma piuttosto quello di conciliare quest'ultima con la sicurezza per i lavoratori (24); pertanto, essa mira a «incoraggiare l'accesso dei lavoratori tramite agenzia interinale a un impiego permanente presso l'impresa utilizzatrice»; a conferma di una simile interpretazione la Corte ricorda la previsione dell'art. 6, par. 1 e 2, espressamente orientati a favorire l'accesso diretto presso l'utilizzatore (25). E se ancora sussistessero dubbi circa contenuto e applicazione del requisito della temporaneità, si precisa che la direttiva pone in capo agli Stati membri la responsabilità di non far diventare il lavoro tramite agenzia interinale presso la stessa impresa utilizzatrice «una situazione permanente per un lavoratore tramite agenzia interinale» (26).

Nel caso di specie, starà al giudice nazionale, in attuazione del principio di interpretazione conforme (27), valutare se la normativa europea sia stata violata da un'artificiosa attribuzione di contratti di lavoro tramite agenzia, nel caso in cui questi celino un rapporto di lavoro, di fatto, a tempo indeterminato con l'utilizzatore, o se, al contrario, la disposizione interna debba considerarsi conforme al diritto Ue. La prima ipotesi, se concretizzata, eluderebbe gli obiettivi della Direttiva n. 2008/104, e in particolare – e di nuovo – «la natura temporanea del lavoro interinale» (28).

A sostegno del Tribunale del rinvio, la sentenza fornisce elementi di interpretazione che vogliono favorire una valutazione compiuta della conformità del diritto interno al diritto dell'Unione.

Tra i criteri specificamente suggeriti per elaborare una valutazione dei fatti in causa rispettosa del principio di interpretazione conforme rientra l'assegnazione a missioni successive «al medesimo lavoratore tramite agenzia interinale presso la stessa impresa utilizzatrice»: ipotesi che interessa direttamente la fattispecie della somministrazione a tempo determinato. Tuttavia a questo profilo, rilevante perché potrebbe causare l'elusione dell'«essenza stessa delle disposizioni della direttiva», si aggiunge anche l'invito a considerare se la durata dell'attività presso l'utilizzatore sia «più lunga di quanto possa essere ragionevolmente qualificato come “temporaneo”» (29). Indicatori

---

(22) Che, tuttavia, non ne definisce i contenuti, come evidenziato da Krüger 2016, 579.

(23) C. Giust. *J.H. c. K.G.*, cit., punto 61.

(24) Non a caso, negli anni in cui veniva adottata la Direttiva sul lavoro interinale eravamo nel pieno dell'ondata della *flexicurity*: a tale proposito, Rogowski 2008.

(25) C. Giust. *J.H. c. K.G.*, cit., punti 50, 51. Sull'equilibrio tra flessibilità e sicurezza nella Direttiva n. 2008/104, in senso critico, cfr. Countouris 2009.

(26) C. Giust. *J.H. c. K.G.*, cit., punto 60, corsivo mio.

(27) Su cui la sentenza si sofferma in C. Giust. *J.H. c. K.G.*, cit., punti 64, 65, 66, 67.

(28) C. Giust. *J.H. c. K.G.*, cit., punto 67.

(29) C. Giust. *J.H. c. K.G.*, cit., punti 69, 70.

che, ribadisce la Corte, si fanno ancora più stringenti se i contratti con l'impresa utilizzatrice riguardano sempre lo stesso lavoratore.

La sentenza non lascia alcun dubbio sul fatto che la natura temporanea costituisca un elemento caratterizzante della disciplina europea del lavoro interinale e, quindi, un requisito essenziale per la conformità della disciplina nazionale sulla somministrazione alla Direttiva n. 2008/104, benché rimetta al giudice nazionale il compito di interpretare il relativo criterio della temporaneità in relazione alle disposizioni contestate (30).

5. — *La somministrazione a tempo indeterminato alla luce delle riflessioni della Corte di Giustizia intorno al requisito della «temporaneità»* — Se in tema di somministrazione a tempo determinato, come già osservato sopra, la disciplina vigente potrebbe non sollevare significative questioni in merito a una possibile violazione del requisito della temporaneità (31), lo stesso non può dirsi se ci si volge ad analizzare la possibilità di inviare il lavoratore in missione a tempo indeterminato presso un'impresa utilizzatrice.

Una premessa si rende necessaria: il contratto a tempo indeterminato tra l'agenzia regolarmente costituita e il lavoratore è indubbiamente consentito dalla direttiva, che, pur non istituendo espressamente tale tipologia contrattuale, ne ammette implicitamente la liceità all'art. 5, par. 2, dove affronta il profilo della retribuzione per i lavoratori tramite agenzia interinale, legati a quest'ultima da un contratto a tempo indeterminato (32).

Diverse sono le conclusioni per quanto concerne la fattispecie del lavoro somministrato a tempo indeterminato, che non figura in alcuna disposizione della direttiva, e nemmeno potrebbe reggere un ipotetico test di temporaneità.

Nel nostro ordinamento (33), la disciplina della somministrazione a tempo indeterminato, attuata cioè tramite missioni a tempo indeterminato presso uno stesso utilizzatore, anche detta *staff leasing* (una locuzione che suggerisce spiacevoli immagini di

---

(30) Si noti che la stessa Commissione europea non ha interpellato gli Stati membri in merito al rispetto del requisito della temporaneità della somministrazione (Commissione Ue 2014).

(31) Anche se ciò non può essere definitivamente escluso e richiederebbe un'analisi più approfondita dalla prospettiva della somministrazione a tempo determinato, che purtroppo non è possibile condurre in questa sede.

(32) Questa tipologia contrattuale potrebbe comunque sollevare dubbi – finanche – di coerenza interna della Direttiva, giacché l'argomentazione elaborata dai giudici di Lussemburgo a partire dal Considerando 15 e dall'art. 6, parr. 1 e 2, secondo cui i lavoratori somministrati devono poter aspirare, «al pari degli altri dipendenti dell'impresa, a ricoprire posti di lavoro a tempo indeterminato», che costituiscono la forma comune dei rapporti di lavoro (C. Giust. *J.H. c. K.G.*, cit., punto 62), potrebbe suggerire che il contratto a tempo indeterminato con l'agenzia di somministrazione non rientri tra le tipologie di contratto a tempo indeterminato appartenenti alla cd. forma comune. Cfr. Pantano (2009, 25), il quale sostiene che la Direttiva n. 2008/104 mira a «favorire la creazione di impiego stabile e alle dipendenze dirette dell'utilizzatore». In senso contrario Coppola (2013, 5), che scinde le due ipotesi, interpretando i contratti di lavoro a tempo indeterminato come «forma comune dei rapporti di lavoro (15° considerata), mentre la normalità è rappresentata dalla titolarità di rapporto di lavoro e utilizzazione in capo allo stesso datore di lavoro».

(33) Per una panoramica sugli altri Stati membri che non sembrano prevedere una modalità analoga, cfr. Sartori 2016; altresì, Schoemann Guedes 2012.

mercificazione del lavoro), ha attraversato un percorso travagliato, nel corso del quale si sono alternati divieti e liberalizzazioni.

Come noto, la somministrazione a tempo indeterminato è stata introdotta dal d.lgs. n. 276/2003, che, per primo, ha superato il requisito della «temporaneità» del lavoro interinale. Siffatto criterio era stato, invece, qualificante dell'istituto sin dal momento della sua introduzione con la l. n. 196/97, la quale, come è stato opportunamente fatto notare, lo legava indissolubilmente alla «finalità positiva che caratterizzava la fornitura di lavoro altrui»; «la finalità cioè di creare occupazione standard, di “serie A”, alle dipendenze dell'effettivo utilizzatore» (34).

Un taglio netto, ma con effetti di breve durata, alla somministrazione a tempo indeterminato è stato dato dalla l. n. 247/07, con la quale il Governo di nuova formazione aveva abolito la fattispecie contrattuale (35). Quest'ultima, tuttavia, ha rivisto la luce già nel 2009, con la l. n. 191/09 – a seguito di un ulteriore cambio di Esecutivo –, che l'ha reintrodotta negli stessi termini in cui era stata originariamente delineata dal d.lgs. n. 276/03. La disciplina della somministrazione a tempo indeterminato è rimasta così immutata fino all'intervento liberalizzatore del d.lgs. n. 81/2015, giacché neanche il d.lgs. n. 24/12, di implementazione della Direttiva n. 2008/104, si era curato di intervenire sulla – esistenza stessa della – somministrazione a tempo indeterminato, parzialmente temperato dal vincolo di inviare in missione permanente presso l'utilizzatore i soli lavoratori assunti a tempo indeterminato dall'agenzia (36).

L'ultimo intervento riformatore ha eliminato la rigida previsione dei casi tassativi in presenza dei quali era consentito il ricorso a missioni a tempo indeterminato presso un'impresa utilizzatrice (comunque numerosi, ma che davano una parvenza di contenimento dell'ambito di applicazione della fattispecie) (37), disposto dal d.lgs. n. 276/03, prevedendo il solo limite quantitativo – e, pertanto, esterno al contratto (38) – del 20% del numero dei lavoratori in forza presso l'impresa.

L'applicazione pratica del cd. *staff leasing* è stata significativa soprattutto nell'ultimo biennio; un risvolto inaspettato, data la scarsa attrattiva che aveva tradizionalmente esercitato nei confronti delle imprese (39), probabilmente innescato dalle limitazioni imposte dal decreto Dignità all'utilizzo della somministrazione a tempo determinato, a fronte di una somministrazione a tempo indeterminato che, come appena ricordato, ha superato la tecnica della causale con il d.lgs. n. 81/2015.

La Direttiva n. 2008/104 non prevede espressamente, e neanche espressamente

---

(34) Carinci 2013, 41 e 42; Ferrara 2018, 167; altresì, Bonardi 2004. In merito alla l. n. 196/1997, cfr. Del Punta 1998. Tra i convinti sostenitori della somministrazione di manodopera si può annoverare Ichino (1995); sempre critico, invece, tra gli altri, Alleva (2003), contrario alla stessa abrogazione della l. n. 1369/1960, che configurava un sistema di tutela, secondo l'Autore, irrimediabilmente «incrinato» dalla l. n. 196/1997 (893).

(35) Art. 1, c. 46, d.lgs. n. 247/2007; cfr. Bertocco 2008.

(36) Art. 31, c. 1, d.lgs. n. 81/2015, come rileva Passalacqua 2018, 36.

(37) Ferrara (2012, 8-16) analizza la scelta del legislatore del 2003 di adottare «un modello di regolazione basato sulle giustificazioni “per casi”».

(38) Ferrara 2018, 170 e riferimenti ivi riportati.

(39) Tanto che Fenoglio (2014, 472-376) ne parlava come di una «rivoluzione fallimentare».

vieta, la somministrazione a tempo indeterminato presso uno stesso utilizzatore, e tuttavia quest'ultima pare distonica rispetto all'interpretazione della direttiva restituita dalla sentenza in commento, secondo cui l'assegnazione alle imprese utilizzatrici è finalizzata, come evidenzia lo stesso Tribunale di Brescia e rimarca la Corte di Lussemburgo, a far lavorare «temporaneamente e sotto il controllo e la direzione delle stesse» i lavoratori; come se si volesse suggerire che, laddove manchi il requisito della temporaneità, il rapporto non possa rientrare nell'ambito di applicazione della Direttiva n. 2008/104, sebbene una simile lettura possa apparire controversa.

L'avverbio «temporaneamente», per altro più volte ribadito nell'art. 3 della medesima Direttiva (40), anche nella stessa definizione di «missione», che viene descritta come «il periodo durante il quale il lavoratore tramite agenzia interinale è messo a disposizione di un'impresa utilizzatrice affinché presti temporaneamente la propria opera sotto il controllo e la direzione della stessa», non ha suggerito al legislatore italiano le stesse perplessità che qui si vogliono sollevare e che si allineano con quanto sosteneva Warneck, la quale, commentando il testo normativo unionale, includeva tra i requisiti necessari di legittimità della «missione», ex art. 3, la previsione di una determinata data di inizio e di una, altrettanto, determinata data di fine o, in alternativa, l'indicazione di un evento specifico che avrebbe determinato la conclusione della missione (41).

Dello stesso avviso è il già citato Avvocato Generale di *Auto-ja (AKT ry)*, secondo il quale, data la «premessa fondamentale» che vede nei contratti di lavoro a tempo indeterminato la forma comune dei rapporti di lavoro, essendo l'impiego diretto da privilegiare rispetto all'impiego interinale (42), e il dato che tale forma di lavoro sia inadeguata «segnatamente qualora il fabbisogno di manodopera sia permanente» – in ragione della «temporaneità» che la deve caratterizzare – (43), uno Stato membro, nell'esercizio del suo potere discrezionale, può autorizzare il ricorso al lavoro somministrato «in circostanze conformi alla natura temporanea di questa forma di lavoro, fermo restando che quest'ultima non dovrebbe andare a scapito dell'impiego diretto» (44).

La tesi secondo cui la somministrazione a tempo indeterminato non ricadrebbe nell'ambito di applicazione della direttiva smentirebbe alla radice le argomentazioni qui avanzate (45); essa, però, non trova conferma né nella relativa rubrica, né nel suo ambito di applicazione, né tantomeno nella lettura offerta dalla sentenza in commento.

La Direttiva n. 2008/104 è, difatti, «relativa al lavoro tramite agenzia interinale», quindi al lavoro interinale, o somministrato, in genere, e non all'ipotesi specifica della somministrazione a tempo determinato: una sfumatura che si potrebbe perdere nella versione inglese, ma che certo si palesa nella versione in lingua italiana.

---

(40) Il requisito della temporaneità è ripetuto «ossessivamente», come notava Coppola (2013, 7).

(41) Warneck 2011, 16; in maniera analoga Krüger 2016, 581.

(42) Avvocato Generale in C. Giust. *Auto-ja (AKT ry)*, cit., punto 111.

(43) Avvocato Generale in C. Giust. *Auto-ja (AKT ry)*, cit., punto 112.

(44) Avvocato Generale in C. Giust. *Auto-ja (AKT ry)*, cit., punto 116.

(45) Così, *inter alia*, Calcaterra (2016, 593), secondo cui – semplicemente – «il legislatore europeo dello *staff leasing* sceglie di non occuparsi nella Direttiva n. 2008/104»; della stessa idea, Coppola 2013, 5.

Quanto osservato sin qui, insieme a una lettura completa dell'art. 1 – che non si fermi dunque al paragrafo 1 –, conferma che la direttiva definisce le condizioni di legittimità della somministrazione *tout court*, lasciando pochi dubbi circa la possibilità di considerare agenzie e utilizzatori parzialmente esonerati dalla sua applicazione e dal rispetto del principio di temporaneità (o, anche, solo parzialmente vincolati all'attuazione della direttiva, nell'unica ipotesi in cui siano intenzionati a concordare missioni a tempo determinato), giacché essa è applicabile «alle imprese pubbliche e private che sono agenzie di lavoro interinale o imprese utilizzatrici» (art. 1, par. 2).

Oltre ai riferimenti più immediati ed espliciti alla temporaneità rinvenibili nel testo della normativa, anche la previsione contenuta nell'art. 6, par. 2, corrobora la tesi dell'incompatibilità dello *staff leasing* rispetto alla Direttiva n. 2008/104, nella misura in cui essa prescrive agli Stati membri l'obbligo di precludere non solo «le clausole che vietano» la stipulazione di un contratto di lavoro o l'avvio di un rapporto di lavoro tra l'impresa utilizzatrice e il lavoratore tramite agenzia interinale al termine della sua missione, ma, altresì, le clausole «che abbiano l'effetto d'impedire» l'assunzione diretta presso l'utilizzatore (46).

La previsione di una missione a tempo indeterminato presso l'utilizzatore ha l'effetto di, se non impedire, quantomeno inibire fortemente la stipulazione di un simile contratto, andando a soddisfare un bisogno permanente di forza lavoro presso l'impresa, che libera quest'ultima dell'interesse all'assunzione diretta e svuota la tutela configurata dall'art. 6, par. 2, di qualsiasi effettività (47) (non a caso anche il giudice del rinvio, nella sua ultima subquestione, fa riferimento non a un generico requisito di temporaneità, ma alla «temporaneità dell'esigenza produttiva propria dell'impresa utilizzatrice»).

In conclusione, è la stessa Corte di Giustizia in *J.H. c. K.G.* a rafforzare la tesi qui sostenuta, tramite la constatazione secondo cui «la Direttiva n. 2008/104 è finalizzata anche a far sì che gli Stati membri si adoperino affinché il lavoro tramite agenzia interinale presso la stessa impresa utilizzatrice *non diventi una situazione permanente* per un lavoratore tramite agenzia interinale» (48).

Se la Direttiva n. 2008/104 vietasse le clausole testé citate, o includesse tra i suoi obiettivi quello di evitare che la somministrazione di un lavoratore presso un utilizzatore divenga una situazione permanente, per poi permettere, in un supposto silenzio della normativa unionale, la somministrazione a tempo indeterminato, il sistema rivelerebbe una sorprendente e insostenibile incoerenza, da cui è possibile rifuggire interpretando il principio di temporaneità come applicabile all'intero istituto del lavoro somministrato e sostenendo la conseguente incompatibilità con l'ordinamento dell'Unione europea delle missioni a tempo indeterminato presso l'impresa utilizzatrice.

---

(46) «*The rationale of this provision is to enhance the idea that agency work can be a “stepping stone” towards permanent employment*»: così Countouris (2009, 336).

(47) Difatti, benché lo *staff leasing* abbia un costo «di servizio» per l'impresa utilizzatrice, questo, d'altro canto, riduce i cd. costi di transazione e permette una estrema flessibilità, segnatamente, in uscita a favore di quest'ultima.

(48) C. Giust. *J.H. c. K.G.*, cit., punto 60, corsivo mio.

## Riferimenti bibliografici

- Aimo M. (2015), *La nuova disciplina su lavoro a termine e somministrazione a confronto con le direttive europee: assolto il dovere di conformità?*, in DLRI, 648 ss.
- Alleva P. (2003), *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo n. 276/2003 sul mercato del lavoro*, in RGL, I, 887 ss.
- Bassetti F. (2014), *Il lavoro in somministrazione: la fornitura di personale e la disciplina del rapporto di lavoro (con l'agenzia)*, in DLRI, 197 ss.
- Bertocco S. (2008), *«Abolizione» dello staff leasing: osservazioni giuridiche a margine del dibattito politico*, in LG, n. 8, 771 ss.
- Bonardi O. (2004), *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, in G. Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, 105 ss.
- Calcaterra L. (2016), *Lo staff leasing dall'ostracismo alla liberalizzazione*, in RIDL, I, 579 ss.
- Carinci M.T. (2014), *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, III ed., Giappichelli, Torino.
- Commissione Ue (2014), *Report from the commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the application of Directive 2008/104/ec on temporary agency work*, Bruxelles.
- Coppola P. (2013), *Somministrazione e Direttiva 2008/104/Ce: il (non) adeguamento dell'ordinamento interno*, in LG, n. 10, 879 ss.
- Davies A.C.L. (2016), *The legal nature of the duty to review prohibitions or restrictions on the use of temporary agency work: AKT*, in *Common Market Law Review*, n. 53, 505 ss.
- Del Punta R. (1998), *La «fornitura di lavoro temporaneo» nella l. n. 196/1997*, in RIDL, I, 199 ss.
- Fenoglio A. (2014), *Lo staff-leasing: dieci anni di (in)applicazione*, in M. Aimo, D. Izzi (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet Giuridica, Torino, 472 ss.
- Ferrara M.D. (2014), *La Direttiva 2008/104/Ce relativa al lavoro tramite agenzia interinale: aspetti problematici e modelli di implementazione*, in DRI, n. 1, 111 ss.
- Ferrara M.D. (2018), *Somministrazione di lavoro e tecniche anti abusive tra diritto europeo e diritto interno*, in W. Chiaromonte, M.D. Ferrara (a cura di), *Bisogni sociali e tecniche di tutela giuslavoristica. Questioni aperte e prospettive future*, FrancoAngeli, Milano, 165 ss.
- Ferrara M.D. (2019), *La somministrazione di lavoro dopo il decreto «dignità»*, in RIDL, I, 227 ss.
- Gottardi D. (2012), *La giurisprudenza della Corte di Giustizia sui contratti di lavoro a termine e il suo rilievo per l'ordinamento italiano*, in RGL, I, 721 ss.
- Ichino P. (1995), *Spazi attuali e prospettive del leasing di manodopera in Italia*, in RIDL, III, 199 ss.
- Krüger L. (2016), *Temporary agency workers work «temporarily». A European and German interpretation of the notion «temporarily»*, in *European Labour Law Journal*, vol. 7, n. 4, 576 ss.
- Maresca A. (2018), *Contratto di lavoro e somministrazione a termine: il regime transitorio nel decreto dignità*, in ADL, n. 4-5, 1012 ss.
- Pantano F. (2009), *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'ordinamento comunitario. Prime osservazioni in merito alla Direttiva 2008/104/Ce ed al suo impatto sull'ordinamento interno*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona». INT, n. 72.
- Passalacqua P. (2018), *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto Dignità*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona». IT, n. 380.
- Ratti L. (2020), *Evoluzioni e involuzioni del diritto del lavoro europeo nel prisma di due trattazioni recenti*, in LDE, 1 ss.

- Rogowski R. (2008), *Governance of the European Social Model: The Case of Flexicurity*, in *Intereconomics, Review of European Economic Policy*, vol. 43, n. 2, 82 ss.
- Sartori A. (2016), *Temporary agency work in Europe degree of convergence following Directive 2008/104/EU*, in *European Labour Law Journal*, n. 7, 109 ss.
- Schoemann I., Guedes C. (2012), *Temporary agency work in the European Union. Implementation of Directive 2008/104/EC in the Member States*, Etui, Bruxelles.
- Spatini S., Tiraboschi M. (2014), *La somministrazione di lavoro dopo il decreto Poletti: una prospettiva di flexicurity?*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro*, Adapt University Press, Modena, 61 ss.
- Warneck W. (2011), *Temporary agency work – guide for transposition at national level*, Etui, Bruxelles.
- Zoli C. (2015), *La somministrazione di lavoro dal pacchetto Treu al decreto Poletti: un lungo percorso sulla via della liberalizzazione*, in F. Carinci (a cura di), *La politica del lavoro del governo Renzi*, Adapt labour studies, e-book series, n. 40, Modena, 242 ss.

Giulia Frosecchi  
*Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro  
presso l'Università di Firenze*

CORTE DI GIUSTIZIA, 16.7.2020, C-610/18, Grande Sezione – Avv. Gen. Pikamäe – Afmb c. Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank.

**Distacco transnazionale – Prestazioni di trasporto transnazionale – Legge applicabile – Sicurezza sociale – Datore di lavoro.**

*L'art. 14, punto 2, lett. a, del Regolamento n. 1408/71 e l'art. 13, par. 1, lett. b, sub i, del Regolamento n. 883/2004 devono essere interpretati nel senso che il datore di lavoro di un autotrasportatore internazionale, ai sensi di tali disposizioni, è l'impresa che esercita l'autorità effettiva su tale autotrasportatore, sopporta, di fatto, il costo salariale corrispondente e dispone del potere effettivo di licenziarlo, e non l'impresa con cui detto autotrasportatore ha stipulato un contratto di lavoro e che è formalmente presentata in tale contratto come datore di lavoro di quest'ultimo (1).*

(1) INDOVINA CHI È IL DATORE DI LAVORO?  
COLUI CHE ESERCITA L'AUTORITÀ EFFETTIVA SUL LAVORATORE!

SOMMARIO: 1. Il caso oggetto del giudizio *de quo* e il contesto. — 2. La legge di sicurezza sociale applicabile in caso di esercizio di un'attività in due o più Stati membri. — 3. L'imperatività della normativa sul coordinamento dei regimi di sicurezza sociale. — 4. I criteri per individuare chi è il datore di lavoro ai sensi dell'art. 13 del Regolamento n. 883/2004. — 5. Possibili scenari futuri.

1. — *Il caso oggetto del giudizio de quo e il contesto* — Il caso oggetto di rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia concerne il tema delle prestazioni transnazionali di lavoro effettuate nell'ambito del trasporto su strada.

La vicenda riguarda alcune imprese di trasporti aventi sede nei Paesi Bassi che avevano stipulato contratti con la società cipriota Afmb, con cui quest'ultima «si impegna, dietro versamento di una commissione, a provvedere alla gestione dei veicoli pesanti impiegati da tali imprese nell'ambito delle loro attività, per conto e a rischio» delle stesse (1). A tal fine, l'Afmb sottoscriveva una serie di contratti di lavoro, regolati dal diritto cipriota, con autotrasportatori residenti nei Paesi Bassi (2). Durante l'esecuzione di tali contratti, i lavoratori, che mai avevano abitato, né lavorato a Cipro, continuavano a risiedere nei Paesi Bassi e svolgevano la propria attività, per conto delle imprese olandesi, in due o più Stati membri e in Stati dell'Associazione europea di libero scambio, senza tuttavia svolgere una parte sostanziale delle loro attività nei Paesi Bassi.

---

(1) C. Giust. 16.7.2020, C-610/18, *Afmb c. Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank*, punto 18.

(2) Alcuni autotrasportatori, prima di essere assunti dall'Afmb, avevano lavorato alle dipendenze delle imprese olandesi.

La controversia oggetto di giudizio nasceva sul versante previdenziale quando, sulla base della procedura indicata nel Regolamento n. 883/2004 (vd. *infra*), l'Afmb chiedeva alla cassa di previdenza sociale dei Paesi Bassi di confermare che agli autotrasportatori non era applicabile la legislazione olandese. Quest'ultima si opponeva a tale richiesta, dichiarando che, nel caso di specie, gli autotrasportatori dovevano essere iscritti al sistema di sicurezza sociale olandese in quanto le imprese olandesi erano le loro reali datrici di lavoro. Di conseguenza, la cassa di previdenza sociale dei Paesi Bassi rilasciava i certificati A1, cioè i documenti mediante i quali attestava l'applicazione della legge di sicurezza sociale olandese. Questa decisione veniva quindi impugnata sia dall'Afmb, sia da alcuni degli stessi autotrasportatori.

Prima di passare all'analisi del caso, merita di essere brevemente ricordata l'elevata conflittualità presente nel settore dei trasporti, che è stato di recente travolto – e stravolto – dalle controversie relative al distacco dei lavoratori, in merito sia all'applicazione della normativa lavoristica (3), sia ai regolamenti in materia di coordinamento dei regimi di sicurezza sociale (4).

Se, dal punto di vista lavoristico, la situazione potrebbe migliorare a seguito dell'adozione del cd. *Mobility Package*, che ha chiarito in quali casi e come si applicano le regole del distacco nel caso del trasporto su strada (5), la sicurezza sociale rimane un mare in tempesta. Il difficile negoziato sulla riforma dei Regolamenti n. 883/04 e n. 987/09 continua a protrarsi da mesi, senza che nemmeno una presidenza fortemente intenzionata (almeno sulla carta) come quella tedesca sia riuscita a sbloccare i punti tuttora controversi, tra cui figurano sia la questione della notifica preventiva in caso di distacco o prestazione transnazionale dei lavoratori, sia il regime applicabile alle attività lavorative prestate in due o più paesi membri (6), cioè proprio la questione oggetto della pronuncia in commento.

2. — *La legge di sicurezza sociale applicabile in caso di esercizio di un'attività in due o più Stati membri* — Come ripetuto costantemente dalla Corte di Giustizia, i regolamenti sul coordinamento dei regimi di sicurezza sociale «costituiscono sistemi completi e uniformi di norme sul conflitto di leggi. Tali disposizioni mirano, infatti, non solo a evitare l'applicazione simultanea di più normative nazionali e le complicazioni che possono

---

(3) In particolare, devono essere menzionate le sentenze C. Giust. 19.12.2019, C-16/18, *Dogesberger c. Magistrat der Stadt Wien*, e C. Giust. 1.12.2020, C-815/18, *FNV c. Van den Bosch Transporter*. Nella prima, si è ritenuto che un lavoratore non possa «essere considerato distaccato nel territorio di uno Stato membro se l'esecuzione del suo lavoro non presenta un legame sufficiente con tale territorio» (punto 31); nella seconda, tale affermazione viene ribadita, pur se si riconosce l'applicazione della disciplina lavoristica sul distacco anche ai lavoratori del settore dei trasporti.

(4) C. Giust. 2.4.2020, C-370/17, *Caisse de retraite du personnel navigant professionnel de l'aéronautique civile (CRPNPAC) e Vueling Airlines SA c. Vueling Airlines SA e Jean-Luc Poignant*. Vd. anche le ordinanze di rinvio alla Corte di Giustizia sollevate dalla Cassazione nell'ambito della controversia tra l'Inps e la Ryanair (Cass. 21.12.2020, n. 29236 e n. 29237).

(5) Sul punto, vd. Frosecchi 2020. Per una visione d'insieme del trasporto su strada transnazionale, vd. Bednarowicz, Zwanenburg (a cura di) 2019, e sul distacco Arnholtz, Lillie (a cura di) 2020.

(6) Per una ricostruzione dettagliata dei negoziati, vd. Morsa 2019.

derivarne, ma anche a impedire che i soggetti rientranti nel campo di applicazione di uno di tali regolamenti restino senza tutela in materia di previdenza sociale, per mancanza di una normativa cui far ricorso nel loro caso» (7). Da ciò discende che uno dei principi cardine in materia è il principio di unicità della legge di sicurezza sociale applicabile.

In realtà, sarebbe più opportuno tornare a parlare di principio di unicità degli obblighi contributivi a carico delle parti (8); ai fini della libertà di circolazione delle persone, obiettivo fondamentale perseguito dalla normativa in esame, il problema è infatti quello di evitare che il lavoratore e il datore di lavoro siano costretti a versare i contributi in due o più paesi membri (9).

Per garantire la corretta applicazione del principio di unicità degli obblighi contributivi, nella sentenza *Fts* (10), la Corte di Giustizia ha delineato una procedura per il ritiro o l'annullamento del formulario E101 – divenuto poi il formulario A1 – che è stata poi codificata nell'art. 5 del Regolamento n. 987/2009. Secondo tale procedura, il formulario A1 crea «una presunzione di regolarità» dell'iscrizione dei lavoratori al regime previdenziale dello Stato membro che lo ha emesso, ed è pertanto vincolante per le autorità degli altri Stati (11). Di conseguenza, queste ultime non possono assoggettare tali lavoratori al proprio regime previdenziale fintantoché i certificati A1 non vengano revocati o invalidati dal paese che li ha emessi. Qualora sorga una controversia circa il rilascio dell'A1 (*id est*: qualora un paese chieda l'annullamento o la revoca di tale certificato e lo Stato che lo ha emesso si rifiuti), la controversia deve essere portata all'attenzione della Commissione amministrativa per il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale. Ove quest'ultima non riesca a conciliare le diverse posizioni degli enti competenti in merito alla normativa applicabile al caso di specie, lo Stato membro che contesta l'A1 ha la facoltà, «senza pregiudizio degli eventuali rimedi giurisdizionali esistenti nello Stato membro a cui appartiene l'ente emittente, di promuovere un procedimento per dichiarazione d'inadempimento», ai sensi degli artt. 258 e 259 TFUE (12). L'unica ipotesi in cui

---

(7) C. Giust. 16.7.2020, C-610/18, *Afmb c. Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank*, par. 40. Nel caso oggetto della pronuncia in esame erano applicabili sia i Regolamenti n. 1408/71 e n. 574/72, in vigore fino al 30.4.2010, sia i Regolamenti n. 883/2004 e n. 987/2009, attualmente vigenti. Tra i due insiemi normativi esistono alcune differenze, tuttavia non rilevanti ai fini della presente discussione. Si è pertanto scelto di concentrare l'analisi sui regolamenti oggi in vigore, richiamando, quando necessario, le disposizioni dei Regolamenti n. 1408/71 e n. 574/72.

(8) C. Giust. 5.12.1967, C-19/67, *Bestuur der Sociale Verzekeringsbank c. van der Vecht*.

(9) La Corte di Giustizia ha, ad esempio, riconosciuto che uno Stato membro, diverso da quello competente secondo i regolamenti relativi al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, può garantire ai lavoratori migranti prestazioni sociali e assicurare loro una protezione più ampia di quella prevista in tali regolamenti (C. Giust. 20.5.2008, C-352/06, *Bosmann c. Bundesagentur für Arbeit - Familienkasse Aachen*; C. Giust. 12.6.2012, cause riunite C-611/10 e C-612/10, *Hudziński c. Agentur für Arbeit Wesel - Familienkasse*, e *Wawrzyniak c. Agentur für Arbeit Mönchengladbach - Familienkasse*; C. Giust. 23.4.2015, C-382/13, *Franzen c. Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank*). In dottrina, vd. Cornelissen 2016.

(10) C. Giust. 10.2.2000, C-202/97, *Fts c. Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen*.

(11) *Ivi*, par. 53.

(12) *Ivi*, par. 58.

uno Stato può ignorare il certificato A1 emesso da un altro Stato è quella in cui, dopo avere esperito la procedura di fronte alla suddetta Commissione amministrativa, si dimostra che il certificato è stato ottenuto in maniera fraudolenta (13).

Va osservato che la procedura ora descritta si applica anche qualora la Commissione amministrativa abbia concluso che il certificato A1 era stato rilasciato erroneamente e avrebbe dovuto essere ritirato (14), e anche nel caso di emissione retroattiva del certificato A1, il quale può essere rilasciato dallo Stato di origine anche dopo che lo Stato di destinazione ha accertato l'assoggettamento del lavoratore al proprio regime di sicurezza sociale (15). In entrambe le ipotesi, l'unico rimedio per l'annullamento o il ritiro del certificato A1 è la prova della frode alla legge o la procedura di infrazione.

Nel caso di distacco regolato dall'art. 12 del Regolamento n. 883/2004, il paese ove è stabilito il datore di lavoro emette l'A1 ed è il solo che, sulla base della procedura sopra descritta, può annullarlo o ritirarlo, salvo appunto il caso di frode. È evidente dunque che questo paese si trova in una posizione privilegiata: solo a seguito di una condanna da parte della Corte di Giustizia, nell'ambito di una procedura di infrazione, può infatti essere obbligato ad annullare/ritirare il certificato A1; e non è un mistero che, dal 2000 a oggi, non è stata attivata alcuna procedura di infrazione a causa della scorretta applicazione della normativa in questione. La macchinosità della procedura illustrata è stata ripetutamente criticata (16).

Nel caso di esercizio di un'attività lavorativa in due o più paesi membri, l'art. 16 del Regolamento n. 987/09 prevede una procedura diversa. In questo caso, lo Stato ove risiede il lavoratore «determina senza indugio la legislazione applicabile all'interessato» e «ne informa le istituzioni designate di ciascuno Stato membro in cui un'attività è esercitata» (par. 2). Lo Stato di residenza del lavoratore si trova dunque in posizione privilegiata in quanto può decidere se è applicabile (o meno) la sua legge di sicurezza sociale ed emettere (o meno) il certificato A1. Gli altri paesi coinvolti possono, ovviamente, contestare tale emissione, ma dovranno attivare la macchinosa procedura sopra descritta, con tutti gli inconvenienti del caso.

La cosa bizzarra, ma emblematica, è che nelle 12.000 battute finora scritte, non ho

---

(13) C. Giust. 6.2.2018, C-359/16, *Altun*. Nella sentenza *Vueling* [C. Giust. 2.4.2020, C-370/17, *Caisse de retraite du personnel navigant professionnel de l'aéronautique civile (CRPNPAC) e Vueling Airlines SA c. Vueling Airlines SA e Jean-Luc Poignant*, par. 97], la Corte di Giustizia ha addirittura affermato che, qualora non sia stata rispettata la procedura disciplinata dall'art. 5 del Regolamento n. 987/09, sebbene la condanna passata in giudicato pronunciata dai giudici penali dello Stato membro ospitante nei confronti del datore di lavoro non possa essere rimessa in discussione nonostante la sua incompatibilità con il diritto dell'Unione, «né tale condanna né l'accertamento definitivo di frode e le interpretazioni giuridiche, operati in violazione di tale diritto, sui quali detta condanna si fonda, possono consentire ai giudici civili di detto Stato membro di accogliere domande di risarcimento presentate dai lavoratori o da un ente previdenziale di tale Stato membro vittime della condotta» del datore di lavoro.

(14) C. Giust. 6.9.2018, C-527/16, *Salzburger Gebietskrankenkasse e Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz c. Alpenrind*, par. 64.

(15) *Ivi*, par. 73.

(16) Si vd., per tutti, Jorens, Lhernould 2014 e Fuchs, Cornelissen (a cura di) 2015; più di recente, Pennings 2021.

mai accennato a quale debba essere, in base alle norme sul conflitto di leggi di cui al Regolamento n. 883/04, il regime di sicurezza sociale applicabile. L'estrema difficoltà di annullamento/ritiro dell'A1 fa sì che le questioni di carattere procedurale schiaccino i profili sostanziali della disciplina. In sostanza, a fronte di un A1 emesso, il lavoratore potrebbe avere tutte le ragioni del mondo per richiedere la tutela previdenziale prevista in un certo Stato, ma potrebbe rimanere a mani vuote perché la macchinosità della procedura di annullamento/ritiro dell'A1 non gli assicura un'effettiva tutela dei suoi diritti, con buona pace dell'art. 47 della CdfUe (17).

Nel caso in commento, la Corte di Giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sui profili sostanziali (relativi alle modalità di determinazione della legge di sicurezza sociale applicabile) in quanto i lavoratori erano residenti nei Paesi Bassi: paese che subisce il *dumping* sociale generato dalla prestazione transnazionale di servizi; di conseguenza, l'ente previdenziale ivi competente ha esaminato attentamente la fattispecie e ha negato l'applicazione della legge di sicurezza sociale cipriota, perché si è rifiutato di riconoscere come datore di lavoro l'impresa cipriota.

In base all'art. 13, par. 1, lett. *a*, del Regolamento n. 883/04, la persona che esercita abitualmente un'attività subordinata in due o più Stati membri è soggetta alla legislazione dello Stato di residenza se ivi esercita una parte sostanziale della sua attività (18). Se invece il lavoratore non esercita una parte sostanziale della sua attività nello Stato di residenza (come nel caso in esame), è soggetto alla legislazione dello Stato membro in cui il datore di lavoro ha la propria sede legale o il proprio domicilio (art. 13, par. 1, lett. *b*, Regolamento n. 883/2004). Tale è il luogo «in cui sono adottate le decisioni essenziali dell'impresa e in cui sono svolte le funzioni della sua amministrazione centrale» (art. 14, par. 5-*bis*, Regolamento n. 987/2009); non si richiede dunque che il datore di lavoro svolga, nella propria sede, attività sostanziali, diverse dalle mere attività di gestione interna (come previsto dall'art. 14, par. 2, Regolamento n. 987/09) (19).

Nell'applicare l'art. 13, par. 1, lett. *a*, Regolamento n. 883/04, l'ente previdenziale olandese si domanda chi sia il datore di lavoro degli autotrasportatori assunti da Afmb: si tratta dell'impresa olandese di trasporto che esercita su di loro l'autorità effettiva e sulla quale grava, di fatto, il costo salariale corrispondente, oppure dell'impresa con cui detti autotrasportatori hanno stipulato un contratto di lavoro e che versa loro lo stipendio?

---

(17) È noto che tale disposizione è dotata di effetto diretto orizzontale (C. Giust. 17.4.2018, C-414/16, *Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.*).

(18) Per stabilire se una parte sostanziale delle attività sia svolta in un dato Stato membro, occorre considerare l'orario di lavoro e/o la retribuzione. «Nel quadro di una valutazione globale, una quota inferiore al 25% di detti criteri è un indicatore del fatto che una parte sostanziale delle attività non è svolta nello Stato membro in questione» (art. 14, par. 8, Regolamento n. 987/2009).

(19) La questione è attualmente oggetto del negoziato tra Parlamento europeo e Consiglio. Entrambe le istituzioni sono intenzionate a inserire criteri per fare in modo che la sede dell'impresa coincida con quella in cui viene svolta la sua attività sostanziale; tuttavia, non si è ancora trovato l'accordo su quali siano questi criteri. Per approfondimenti si rinvia a Borelli 2018.

Come detto, individuare chi è il datore di lavoro è fondamentale per determinare la legge applicabile, che è appunto la legge del paese in cui questo ha sede. Tuttavia, per individuare chi è il datore di lavoro occorre, in prima battuta, capire quale sia la legislazione applicabile per rispondere a tale domanda. In particolare, occorre decidere se la definizione di datore di lavoro sia una definizione propria del diritto dell'Unione europea, oppure spetta a ciascuno Stato membro chiarire chi è il datore di lavoro?

3. — *L'imperatività della normativa sul coordinamento dei regimi di sicurezza sociale* — La risposta della Corte di Giustizia a quest'ultima domanda è semplice e condivisibile: dato che deve essere applicata la legislazione di un solo paese membro, tale legislazione deve essere determinata interpretando il diritto dell'Unione europea, in maniera autonoma e uniforme (20). Detto in altri termini, l'interpretazione della nozione di datore di lavoro di cui all'art. 13 del Regolamento n. 883/04 come nozione propria del diritto dell'Ue è essenziale per garantire il principio dell'unicità della legge di sicurezza sociale applicabile: se infatti ciascuno Stato membro potesse attribuire a tale nozione un significato diverso, potrebbe verificarsi sia l'ipotesi in cui due o più paesi pretendono di applicare la propria legge di sicurezza sociale, sia l'ipotesi in cui nessun paese rivendica la disciplina del rapporto previdenziale.

Chiarito questo punto, la Corte di Giustizia deve poi individuare i criteri per operare tale interpretazione. E anche in questo caso, la risposta della Corte di Giustizia è del tutto condivisibile (21): secondo la sua giurisprudenza consolidata, si deve tenere conto dei termini usati dalla disposizione (interpretazione letterale), ma anche del contesto (interpretazione sistematica) e dello scopo perseguito dalla stessa (interpretazione funzionale).

Quanto al primo aspetto, la Corte chiarisce che, «in assenza di qualsivoglia definizione» nel Regolamento n. 883/2004, occorre considerare il «significato abituale» del termine datore di lavoro (22). Senza avventurarsi in difficili analisi del diritto dell'Unione europea o di diritto comparato, i giudici di Lussemburgo si limitano a dire che «la relazione tra un “datore di lavoro” e il suo “personale” retribuito implica tra essi l'esistenza di un vincolo di subordinazione» (23).

La soluzione al quesito posto dal giudice *a quo* viene dunque ricercata mediante l'interpretazione sistematica e funzionale dell'art. 13 del Regolamento n. 883/04. Quanto alla prima, rilevano soprattutto due precedenti: le sentenze 4.6.2015, C-543/13, *Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank c. Fischer-Lintjens*, e 4.10.2012, C-115/11, *Format Urządzenia i Montaż Przemysłowe c. Zakład Ubezpieczeń Społecznych*. Entrambe le decisioni non riguardano la nozione di datore di lavoro, ma l'applicazione del sistema di norme sul conflitto di leggi introdotto dal Regolamento n. 883/04 (e

---

(20) C. Giust. 16.7.2020, C-610/18, *Afmb c. Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank*, par. 51. Sulla nozione comunitaria di datore di lavoro vd. Borelli 2011.

(21) C. Giust. 16.7.2020, C-610/18, *Afmb c. Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank*, par. 50.

(22) *Ivi*, par. 52.

(23) *Ivi*, par. 53.

prima dal Regolamento n. 1408/71). Orbene, in entrambe le pronunce, la Corte di Giustizia ha sottolineato che le disposizioni contenute in detto regolamento determinano la legislazione di sicurezza sociale che deve essere applicata nelle circostanze ivi indicate. Le norme di conflitto previste dal Regolamento n. 883/2004 (al pari di quelle contenute nel Regolamento n. 1408/71) s'impongono imperativamente agli Stati membri; non può pertanto ammettersi che i soggetti compresi nell'ambito di applicazione di dette norme «possano osteggiarne gli effetti disponendo della scelta di sottrarsi a esse» (24). Di conseguenza, l'applicazione del sistema di norme di conflitto introdotto dal Regolamento n. 883/04 (e prima dal Regolamento n. 1408/71) «dipende solo dalla situazione obiettiva in cui si trova il lavoratore interessato» (25).

La sentenza *Format* è ancora più esplicita sul punto. Nel caso di specie si trattava di chiarire se un'impresa polacca che aveva assunto lavoratori residenti in Polonia con un contratto di lavoro in cui era stabilito che questi sarebbero stati impiegati in «cantieri in Polonia e nel territorio dell'Unione europea (Irlanda, Francia, Gran Bretagna, Germania, Finlandia), come da incarico del datore di lavoro», poteva beneficiare dell'art. 14, par. 2, Regolamento n. 1408/71 (analogo all'art. 13, par. 1, Regolamento n. 883/04), qualora i detti lavoratori fossero stati, in realtà, distaccati in un solo paese membro. Nel caso di specie, l'impresa polacca scriveva, nel contratto di lavoro, qualcosa che non corrispondeva alla realtà per beneficiare della regola secondo cui i lavoratori che prestano la propria attività in due o più Stati membri sono soggetti alla legislazione dello Stato in cui ha la sede legale il datore di lavoro (nel caso di specie la Polonia), anche se quest'ultimo non esercita in tale paese alcuna attività effettiva (vd. *su-pra*). Di conseguenza, se fosse consentito al datore di lavoro di avvalersi dell'art. 14, par. 1, del Regolamento n. 1408/71 (o dell'art. 13, par. 1, Regolamento n. 883/04) sulla base di una dichiarazione non corrispondente alla realtà, questi potrebbe «scegliere» il regime di sicurezza sociale applicabile, semplicemente registrando la propria sede legale nel paese che più gli conviene.

È noto che, quando il diritto permette di scegliere la legge da applicare tra quelle appartenenti a ordinamenti diversi, «solo» la scelta effettuata rende obbligatorio un certo comportamento. Quindi è obbligatorio tenere quel certo comportamento solo laddove si sia scelto di farlo. In questi casi, dunque, l'imperatività della legge è notevolmente attenuata (26).

Consapevole di questo insegnamento, la Corte di Giustizia, determinata a difendere il carattere imperativo del Regolamento n. 1408/71 (e del Regolamento n. 883/2004), afferma che, a prescindere dal tenore letterale dei documenti contrattuali, occorre valutare «l'effettiva situazione del lavoratore subordinato» (27).

Nel caso *Afmb*, tale conclusione viene argomentata anche richiamando l'obiettivo

---

(24) C. Giust. 4.6.2015, C-543/13, *Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank c. Fischer-Linjens*, par. 37.

(25) *Ivi*, par. 38.

(26) Viola 2007.

(27) C. Giust. 4.10.2012, C-115/11, *Format Urządzenia i Montaż Przemysłowe c. Zakład Ubezpieczeń Społecznych*, par. 46.

perseguito dal Regolamento n. 883/04: assicurare la libera circolazione dei lavoratori autonomi e subordinati nell'Ue (28). Un'interpretazione delle nozioni impiegate dall'art. 13, par. 1, Regolamento n. 883/04, «che non tenesse conto della situazione oggettiva del lavoratore subordinato, ma fosse basata unicamente su considerazioni formali, quali la conclusione di un contratto di lavoro, finirebbe per consentire alle imprese di spostare il luogo che deve essere considerato rilevante ai fini della determinazione della legislazione nazionale di previdenza sociale applicabile, senza che un siffatto spostamento rientri, in realtà, nell'obiettivo consistente nel garantire l'esercizio effettivo della libera circolazione dei lavoratori» (29). Il punto viene ancora meglio esplicitato nel successivo par. 69: l'obiettivo del Regolamento n. 883/2004 (così come del Regolamento n. 1408/71) rischierebbe di essere pregiudicato se l'interpretazione delle nozioni di cui all'art. 13, par. 1, «finisse per agevolare la possibilità per le imprese di fare uso di espedienti puramente artificiosi al fine di utilizzare la normativa dell'Unione al solo scopo di trarre vantaggio dalle differenze esistenti tra i regimi nazionali. In particolare, un siffatto uso di tale normativa rischierebbe di esercitare una pressione al ribasso sui sistemi previdenziali degli Stati membri ed eventualmente, in definitiva, sul livello di tutela fornito da questi ultimi».

Il problema, non affrontato né in *Format* né in *Afmb*, è che il certificato A1 «è destinato a essere rilasciato, di norma, prima o all'inizio del periodo a cui si riferisce»; pertanto, la valutazione dei fatti è il più delle volte effettuata sulla base della situazione lavorativa prospettata nei documenti contrattuali (30). Vero è che l'ente previdenziale competente al rilascio del certificato A1 deve tenere conto di altri elementi, «quali la modalità con cui in passato sono stati attuati concretamente i contratti di lavoro fra il datore di lavoro e il lavoratore in questione, le circostanze che hanno accompagnato la conclusione di tali contratti e, più in generale, le caratteristiche e le modalità delle attività svolte dall'impresa interessata, nella misura in cui tali fattori possono chiarire la natura effettiva del lavoro di cui trattasi» (31). Rimane però che, nel caso in cui il rapporto di lavoro si sviluppi in maniera diversa da quanto prospettato nel contratto di lavoro, il lavoratore dovrà affrontare la macchinosa procedura per il ritiro del formulario A1 per potere reclamare i propri diritti, con buona pace, ancora una volta, del diritto a un ricorso effettivo di cui all'art. 47 della CdfUe.

Tornando al caso *Afmb*, la Corte di Giustizia afferma che, in base all'interpretazione sistematica e funzionale dell'art. 13, par. 1, Regolamento n. 883/04, deve ritenersi che la conclusione di un contratto di lavoro tra il lavoratore e un'impresa possa essere un indice dell'esistenza di un vincolo di subordinazione tra i due; tuttavia, «tale circostanza non può, di per sé, consentire di concludere in modo decisivo nel senso dell'esistenza di un siffatto vincolo. Infatti, occorre inoltre, ai fini di una siffatta con-

---

(28) C. Giust. 16.7.2020, C-610/18, *Afmb c. Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank*, par. 63.

(29) *Ivi*, par. 66.

(30) C. Giust. 4.10.2012, C-115/11, *Format Urządzenia i Montaż Przemysłowe c. Zakład Ubezpieczeń Społecznych*, par. 43.

(31) *Ivi*, par. 45.

clusione, tener conto non solo delle informazioni formalmente contenute nel contratto di lavoro, ma anche del modo in cui le obbligazioni incombenti tanto al lavoratore quanto all'impresa in questione sono eseguite in pratica nell'ambito di tale contratto. Pertanto, a prescindere dal tenore letterale dei documenti contrattuali, dev'essere individuato l'ente alla cui autorità effettiva è sottoposto il lavoratore, sul quale grava, di fatto, il costo salariale corrispondente e che dispone del potere effettivo di licenziare tale lavoratore» (32).

4. — *I criteri per individuare chi è il datore di lavoro ai sensi dell'art. 13 del Regolamento n. 883/04* — L'ultima frase della pronuncia della Corte di Giustizia appena riportata merita qualche chiarimento. Perché la Corte individua il datore di lavoro nel soggetto «alla cui autorità effettiva è sottoposto il lavoratore, sul quale grava, di fatto, il costo salariale corrispondente e che dispone del potere effettivo di licenziare tale lavoratore» (33)?

Il punto in questione è argomentato in soli due paragrafi (34) in cui sono richiamati due precedenti relativi al distacco di lavoratori somministrati (35). Nel primo, si è sostenuto che il vincolo di subordinazione fra il lavoratore e il datore di lavoro «risulta, in particolare, dalla circostanza che è quest'ultimo che paga la retribuzione e può licenziare il lavoratore per inadempimenti di cui si sia reso responsabile durante lo svolgimento del lavoro presso l'impresa cliente» (36). In *Fts*, viene chiarito che, per dimostrare il sussistere di un legame organico tra l'impresa distaccante e il lavoratore distaccato, «è indispensabile desumere dal complesso delle circostanze del lavoro prestato che il lavoratore sia sottoposto all'autorità della detta impresa» (37). Nel passaggio citato viene richiamata la decisione n. 128 della Commissione amministrativa per il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, ripresa poi dalla decisione A2 della stessa autorità. Quest'ultimo provvedimento specifica che, per stabilire se il lavoratore continua a essere subordinato al datore di lavoro che lo ha distaccato, «si deve tener conto di vari elementi, come responsabilità nell'assunzione, contratto di lavoro, retribuzione (fatti salvi eventuali accordi tra il datore di lavoro nello Stato di invio e l'impresa nello Stato di occupazione sul pagamento dei lavoratori), licenziamento e potere di determinare la natura della prestazione» (punto 1, par. 3). Il punto è stato poi specificato nella *Practical guide on the applicable legislation in the European Union (EU), the European Economic Area (EEA) and in Switzerland* (9).

Nella sentenza *Afmb*, la Corte di Giustizia, pur senza richiamare espressamente la decisione A2 e la *Practical guide*, applica i criteri ivi indicati, per concludere che

---

(32) C. Giust. 16.7.2020, C-610/18, *Afmb c. Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank*, par. 61.

(33) *Ivi*, parr. 61, 75 e 80.

(34) *Ivi*, parr. 55 e 56.

(35) C. Giust. 17.12.1970, C-35/70, *Manpower c. Caisse primaire d'assurance maladie de Strasbourg*, e C. Giust. 10.2.2000, C-202/97, *Fts c. Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen*.

(36) C. Giust. 17.12.1970, C-35/70, *Manpower c. Caisse primaire d'assurance maladie de Strasbourg*, par. 17.

(37) C. Giust. 10.2.2000, C-202/97, *Fts c. Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen*, par. 24.

L'impresa cipriota non era l'effettivo datore di lavoro degli autotrasportatori. Questi, infatti, «erano stati scelti, prima della conclusione dei contratti di lavoro con l'Afmb, dalle imprese di trasporto» olandesi, ed esercitavano la propria attività per conto e a rischio di tali imprese (38). Inoltre, seppure l'Afmb era incaricata della gestione delle retribuzioni, in realtà «il costo effettivo di tali retribuzioni era assunto, mediante la commissione versata all'Afmb, dalle imprese» olandesi (39). «Inoltre, la decisione di un'impresa di trasporto di non ricorrere più ai servizi di un autotrasportatore comportava, di norma, il licenziamento immediato di quest'ultimo da parte dell'Afmb», cosicché l'impresa di trasporto disponeva del potere effettivo di licenziamento (40). Va infine ricordato che alcuni autotrasportatori, prima di essere assunti dall'Afmb, erano stati dipendenti delle imprese olandesi; di conseguenza, per questi autotrasportatori «la situazione quotidiana non è cambiata o lo è di poco dopo l'intervento dell'Afmb»: essi erano stati e continuavano a essere «alla completa disposizione e sottoposti all'autorità» delle imprese olandesi (41).

5. — *Possibili scenari futuri* — La sentenza in commento ha l'importante merito di avere chiarito il carattere oggettivo della nozione di datore di lavoro, e di avere dunque aggiunto un altro tassello nella lotta al *regime shopping* (42).

Come però si è avuto modo di illustrare, a tale pronuncia si è arrivati solo perché lo Stato competente a rilasciare i certificati A1 (i Paesi Bassi) è uno di quelli che subisce gli effetti del *regime shopping*. Nonostante la rilevante pronuncia in esame, rimane cioè il nodo, tuttora irrisolto, della procedura di annullamento/rilascio del certificato A1.

Sul punto, purtroppo, i negoziati per la modifica dei Regolamenti n. 883/2004 e n. 987/2009 non hanno condotto ai risultati auspicati dalla Relazione del Parlamento europeo (43). In particolare, non si è riusciti a vietare l'emissione retroattiva dell'A1 e si continua a consentire allo Stato di destinazione di annullarlo/revocarlo solo in caso di frode. La discussione in trilogio si è ora arenata sull'obbligo di notifica preventiva del datore di lavoro all'ente competente all'emissione dei certificati. L'importanza di tale punto si comprende solo alla luce dell'implementazione dell'*Electronic Exchange of Social Security Information* (di seguito, Eessi): il sistema informatico che dovrebbe aiutare gli enti di sicurezza sociale nazionali a scambiarsi informazioni. L'obiettivo è infatti quello di obbligare il datore di lavoro alla notifica preventiva mediante l'Eessi, ottenendo così due piccioni con una fava: la dematerializzazione della procedura (*id est*: la scomparsa

---

(38) C. Giust. 16.7.2020, C-610/18, *Afmb c. Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank*, par. 77.

(39) *Ibidem*.

(40) *Ibidem*.

(41) *Ivi*, par. 78.

(42) Vd.: Costamagna 2019; Lo Faro 2020.

(43) Relazione sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il Regolamento (Ce) n. 883/04, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, e il Regolamento (Ce) n. 987/09, che stabilisce le modalità di applicazione del Regolamento (Ce) n. 883/04: Com(2016)0815 – C8-0521/2016 – 2016/0397(Cod), qui disponibile: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0386\\_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0386_IT.pdf).

del certificato A1) e l'immediata informazione degli enti competenti degli Stati interessati. Come detto, il negoziato non è affatto semplice e si protrae da tempo, così come l'Eessi è ancora ben lontano dall'essere pienamente operativo.

#### *Riferimenti bibliografici*

- Arnholtz J., Lillie N. (a cura di) (2020), *Posted Work in the European Union. The Political Economy of Free Movement*, Routledge, Londra.
- Bednarowicz B., Zwanenburg A. (a cura di) (2019), *Cross-Border Employment and Social Rights in the EU Road Transport Sector*, Eleven, L'Aia.
- Borelli S. (2011), *Datore di lavoro (definizione comunitaria)*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Lessico giuslavoristico. 3. Diritto del lavoro dell'Unione europea e del mondo globalizzato*, Bologna University Press, Bologna, 83 ss.
- Borelli S. (2018), *The correlation between cross-border Social Security and Labour Law*, in W. Buelen (a cura di), *Putting an end to cross-border social security fraud and abuse*, European Federation of Building and Woodworkers, Brussels.
- Cornelissen R. (2016), *Conflicting Rules of Conflict: Social Security and Labour Law*, in H. Verschueren (a cura di), *Residence, employment and social rights of mobile persons. On how EU law defines where they belong*, Intersentia, Anversa, 258 ss.
- Costamagna F. (2019), *Regulatory competition in the social domain and the revision of the posted workers Directive*, in S. Borelli, A. Guazzarotti (a cura di), *Labour mobility and transnational solidarity in the European Union*, Napoli, Jovene, 79 ss.
- Prosecchi G. (2020), *Il dumping sociale nel settore dell'autotrasporto europeo: in viaggio tra differenziali di costo e imprese cartiere*, in DLRI, 543 ss.
- Fuchs M., Cornelisen R. (a cura di) (2015), *EU Social Security Law. A Commentary on EU Regulations 883/2004 and 987/2009*, Hart, Oxford.
- Jorens Y., Lhernould J.P. (2014), *Procedures related to the granting of Portable Document A1: an overview of country practices*, FreSsco.
- Lo Faro A. (2020), *Posting from a letterbox. Transnational Mobility of Workers, Social Dumping and the Economic Fundamental Freedoms' Veil*, in A.C. Hartzén et al. (a cura di), *Law, Solidarity and the Limits of Social Europe*, Edward Elgar, Cheltenham, in corso di pubblicazione.
- Morsa M. (2019), *The failure of negotiations on European regulations for the coordination of social security systems: the end of European solidarity? The reasons for failure in an endeavour that started well*, in S. Borelli, A. Guazzarotti (a cura di), *Labour mobility and transnational solidarity in the European Union*, Jovene, Napoli, 123 ss.
- Pennings F. (2021), *European social security law*, Intersentia, Anversa.
- Viola F. (2007), *Il diritto come scelta*, in A. Plaia (a cura di), *La competizione tra ordinamenti giuridici*, Giuffrè, Milano, 169 ss.

Silvia Borelli  
Professoressa associata di Diritto del lavoro  
presso l'Università di Ferrara

CASSAZIONE, 15.10.2020, n. 22401, ord. – Pres. Nobile, Est. Negri della Torre – F.A. (avv. Notarianni) c. C.T. Spa (avv.ti Tavilla, De Luca Tamajo) e Inps (avv.ti Sgroi e altri). Cassa Corte d’Appello di Messina, 28.3.2018.

**Retribuzione – Indennità di navigazione Stretto di Messina – Contratto collettivo aziendale – Retribuzione parametro – Non si calcola – Clausola efficace.**

**Retribuzione – Indennità di navigazione Stretto di Messina – Composizione della retribuzione feriale – Direttiva n. 2003/88 – Si calcola.**

*In materia retributiva, è valida e produttiva di effetti la clausola del contratto collettivo aziendale che esclude l’indennità di navigazione cd. Stretto di Messina dal calcolo della retribuzione parametro per il calcolo di 13<sup>a</sup>, 14<sup>a</sup>, ferie, e Tfr. (1)*

*In materia retributiva, deve essere calcolata ai fini della retribuzione parametro per la composizione della retribuzione feriale anche l’indennità di navigazione cd. Stretto di Messina, a prescindere dal contenuto del contratto collettivo aziendale, in virtù del riferimento ai principi del diritto dell’Ue correlati alla Direttiva n. 2003/88 in materia di ferie. (2)*

#### (1-2) LA RETRIBUZIONE FERIALE

#### TRA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA E DIRITTO DELL’UNIONE

SOMMARIO: 1. Il caso. — 2. Composizione della retribuzione parametro e contratto collettivo aziendale. — 3. La composizione della retribuzione feriale e il diritto dell’Ue. — 4. Carta dei diritti fondamentali ed elementi della retribuzione. — 5. La retribuzione feriale del lavoratore marittimo nell’alveo della Direttiva n. 1999/63/Ce. — 6. Retribuzione feriale e diritto interno.

1. — *Il caso* — Il caso in discussione, che ricalca alcune posizioni su cui la Suprema Corte ha già avuto modo di pronunciarsi in due occasioni nel 2019 (1), concerne la richiesta da parte di un lavoratore marittimo imbarcato su navi traghetto addette al passaggio nello stretto di Messina di includere l’indennità di navigazione cd. «Stretto di Messina» prevista dal proprio contratto collettivo aziendale (2) nel calcolo della retribuzione parametro utilizzata al fine di numerosi istituti indiretti (13<sup>a</sup>, 14<sup>a</sup>, ferie, Tfr).

(1) Cass. 17.5.2019, n. 13427, in *leggiditalia.it*, e Cass. 17.5.2019, n. 13425, in *iuscplorer.it*.

(2) L’Accordo aziendale del 1991, rinnovato nel 1995, prevedeva invece che l’indennità di navigazione Stretto di Messina non potesse essere considerata componente della retribuzione ad alcun effetto.

I giudici di merito, tanto in primo quanto in secondo grado, avevano respinto le istanze attoree sulla base del fatto che l'indennità prevista dal contratto collettivo aziendale era stata equiparata a una particolare erogazione monetaria prevista da tempo dalla contrattazione collettiva nazionale del settore marittimo: l'indennità di navigazione (3). Erogata mensilmente in misura differente a seconda della posizione ricoperta sulla nave e prevista con la specifica finalità di compensare il disagio correlato alle peculiari esigenze della navigazione marittima di lungo corso, l'indennità di navigazione è sempre stata esplicitamente esclusa dalla base di calcolo per la determinazione degli istituti indiretti da numerosi contratti collettivi del settore marittimo, posto che «l'ammontare di detta indennità è stato pattiziamente determinato, tenendo già conto della sua incidenza economica sui singoli istituti e comunque sul globale trattamento erogato ai lavoratori» (4).

La stessa contrattazione nazionale, peraltro, ha escluso che l'indennità di navigazione si applichi «alle navi traghetto in servizio locale negli stretti i cui equipaggi non abbiano il vincolo di permanenza a bordo oltre il normale orario di lavoro», prevedendo però che, in tali casi, possano essere stabilite «indennità di natura diversa compensative di particolari oneri e prestazioni derivanti dal tipo di servizio e il cui importo complessivo sia equivalente, riproporzionato per tener conto di tutti gli eventuali oneri riflessi, all'importo dell'indennità di navigazione non corrisposta» (5).

È in tale contesto che i giudici di merito di primo e secondo grado avevano ritenuto di poter qualificare l'indennità percepita dal lavoratore e definita «indennità Stretto di Messina» prevista dal contratto collettivo aziendale come «un'indennità di natura diversa, sostitutiva ma equivalente a quella di navigazione, avente natura non retributiva, come *expressis verbis* le parti collettive avevano convenuto, diretta, invero, a compensare i disagi connessi a un particolare tipo di navigazione, non di lungo corso, quale quella dello stretto di Messina che prevede anche l'eventuale trasporto di merci pericolose; indennità che non era computabile nella base di calcolo per la determinazione della retribuzione degli istituti indiretti» (6).

Se la Suprema Corte, respingendo le richieste di nullità, appare in linea con i giudici di merito nel riconoscere piena valenza giuridica anche al contratto collettivo aziendale nell'indicare quali tra gli elementi che compongono la retribuzione possano essere o meno utilizzabili al fine della cd. retribuzione parametro, diversa, e di particolare interesse, è invece l'opinione del Supremo Collegio in merito alla modalità con cui calcolare la retribuzione prevista durante il periodo di ferie.

Si tratta, in particolare, di un'applicazione concreta del principio contenuto in numerose decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea sulla retribuzione da riconoscere durante le ferie, espresso in relazione alla Direttiva n. 2003/88, concernente

---

(3) Si tratta di una specifica indennità prevista da tempo nei contratti collettivi del settore marittimo. Per i riferimenti più recenti vd. artt. 35 e 35-*bis*, Ccnl 1999 e 2007, e artt. 29 e 30, Ccnl 2015.

(4) Così il c. 6 dell'art. 35-*bis*, Ccnl 2007, e il c. 6 dell'art. 30, Ccnl 2015.

(5) In tal senso i cc. 8 e 9 dell'art. 35-*bis*, Ccnl 2007, e art. 30, Ccnl 2015.

(6) Cass. n. 13427/2019, *cit.*; nello stesso senso l'ordinanza in commento.

taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro. Secondo la Corte Ue, infatti, durante le ferie il lavoratore ha diritto a percepire una retribuzione del tutto paragonabile a quella ricevuta durante i normali periodi di attività lavorativa.

Nella decisione in commento, la Cassazione, dopo aver ampiamente ricostruito gli orientamenti del giudice Ue, ha ritenuto di dover cassare la decisione appellata, rinviando il caso alla Corte d'Appello competente per rivalutare la questione con l'obiettivo di verificare la possibilità di ricomprendere nel calcolo della retribuzione feriale anche la quota parte correlata alla «indennità Stretto di Messina» alla luce del diritto Ue.

Sarebbe, in particolare, irrilevante quanto affermato dalla società convenuta in merito all'esclusione della gente di mare dall'ambito applicativo della Direttiva n. 2003/88, visto che sussisterebbe una nozione europea generalizzata di «retribuzione» dovuta al lavoratore durante il periodo di ferie annuali, fissata dall'art. 7 della Direttiva n. 2003/88 ma direttamente correlata all'art. 31 CdfUe.

2. — *Composizione della retribuzione parametro e contratto collettivo aziendale* — È noto come la sussistenza nel nostro ordinamento di un generale principio di omnicomprensività della retribuzione, elaborato in virtù di una supposta forza espansiva dell'art. 36 Cost. e dell'art. 2121 del codice civile (7) e utilizzabile anche per la determinazione della cd. retribuzione parametro al fine del calcolo di istituti retributivi indiretti, sia stata per diversi anni al centro dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale (8), ma è da tempo venuta meno (9).

È infatti ormai assodato in giurisprudenza che «in tema di retribuzione nel lavoro subordinato, ai fini della determinazione della base di calcolo degli istituti indiretti (tredicesima mensilità, ferie, festività, ex festività soppresse e permessi retribuiti), non vige nell'ordinamento un principio di omnicomprensività» (10), con la conseguenza che nel calcolo degli istituti indiretti vanno computati soltanto quegli elementi che siano contemplati da specifiche norme di legge o dalla contrattazione collettiva. La conseguenza principale di tale orientamento giurisprudenziale è la possibilità per la contrattazione collettiva, di qualunque livello, di poter influire sulla base di calcolo degli istituti indiretti.

La sentenza in commento, nei suoi primi passaggi con cui respinge le richieste di nullità del contratto collettivo aziendale, si limita a prendere atto di tali aspetti, riconoscendo come a poter influire sulla determinazione della retribuzione parametro sia non soltanto la contrattazione collettiva nazionale, ma anche quella aziendale (11), dotata di specifiche caratteristiche richiamate dalla decisione in commento.

---

(7) Angiello 1990, 93.

(8) Per tutti si rimanda a D'Antona 1984, 269.

(9) Si è soliti indicare in una serie di decisioni della Cassazione a Sezioni Unite dei primi anni ottanta il *revirement* giurisprudenziale (Cass. 7.11.1981, n. 5887, S.U., in *FI*, 1982, I, 2182 ss.; Cass. 13.2.1984, n. 1069, S.U., in *FI*, 1984, I, 680 ss.).

(10) Cass. 23.10.2020, n. 23366, in *D&G*, 2020, 26 ottobre; Cass. 12.11.2018, n. 28937, in *MGC*, 2018; Cass. 21.5.2012, n. 7987, in *RCDL*, 2012, n. 3, 813 ss.

(11) Si tratta in realtà di un principio che appare pacifico; cfr.: Cass. 3.1.2011, n. 30, in *MGC*, 2011, n. 1, 8 ss.; Cass. 5.11.1991, n. 11782, in *MGC*, 1991, 11.

In effetti, nell'ormai consolidata interpretazione giurisprudenziale, al contratto collettivo aziendale, che, in virtù della particolare posizione in cui si trova a operare, ha un'efficacia giuridica tendenzialmente generalizzata eccezion fatta per «quei lavoratori che, aderendo a un'organizzazione sindacale diversa da quelle che hanno stipulato l'accordo aziendale, ne condividano l'esplicito dissenso» (12), è necessario «riconoscere (anche e soprattutto in ragione dei rinvii che plurime disposizioni legislative operano alla contrattazione aziendale) efficacia vincolante analoga a quella del contratto collettivo nazionale, trattandosi pur sempre non già d'una sommatoria di più contratti individuali, ma di atti di autonomia sindacale riguardanti una pluralità di lavoratori collettivamente considerati» (13). Ciò in virtù della funzione stessa del contratto collettivo aziendale, che è destinato a introdurre una disciplina collettiva uniforme dei rapporti di lavoro, sia pure limitatamente a una determinata azienda o parte di essa.

Tale limitato ambito applicativo correlato alla singola base aziendale, però, ha portato la giurisprudenza, come ci ricorda la stessa decisione in commento, a ritenere che il contratto collettivo aziendale non possa, dal punto di vista processuale, rientrare nella cornice applicativa dell'art. 360, c. 1, n. 3, c.p.c. (14), che può trovare efficacia soltanto in relazione al contratto nazionale, con la conseguenza che l'interpretazione del contratto collettivo aziendale rimanga riservata al giudice di merito nel rispetto dei criteri di ermeneutica contrattuale, salvo i soli ed eventuali profili correlati al controllo della motivazione di cui all'art. 360, c. 1, n. 5, c.p.c., con la necessità di integrale allegazione dei contratti collettivi impugnati dalle parti.

3. — *La composizione della retribuzione feriale e il diritto dell'Ue* — Se, quindi, nell'interpretazione del giudice di legittimità non sembra al momento essere messo in discussione lo specifico ruolo del contratto collettivo, anche aziendale, nelle dinamiche retributive, la decisione in commento consente invece di poter applicare nell'ordinamento interno un principio che da tempo era stato affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea: la necessità, cioè, che la retribuzione feriale debba tendenzialmente coincidere con quella normalmente ricevuta dal lavoratore (15).

La questione in ambito europeo è legata all'accezione del termine «ferie retribuite» contenuto nell'art. 7, par. 1, della Direttiva n. 2003/88, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro. L'art. 7, che riprende il medesimo testo dell'abrogata Direttiva n. 93/104, obbliga gli Stati membri a prendere le misure necessarie affinché ogni lavoratore possa usufruire di ferie annuali retribuite di almeno 4 settime-

---

(12) Cass. 20.11.2020, n. 26509, inedita a quanto consta; Cass. 15.11.2017, n. 27115, in <https://ilgiuslavorista.it>, 2018; Cass. 28.5.2004, n. 10353, in *RIDL*, 2005, II, 312 ss.

(13) Cass. 28.4.2020, n. 8265, in *Redazione Giuffrè*, 2020, che ricorda come l'efficacia soggettiva tendenzialmente generalizzata del contratto collettivo aziendale sia strettamente correlata alla sua particolare posizione di tutela di interessi collettivi della comunità di lavoro aziendale.

(14) Si tratta, come è noto, dell'importante modifica introdotta dal d.lgs. n. 40/2006 che ha inserito tra i motivi di impugnazione anche la violazione o la falsa applicazione del contratto collettivo nazionale.

(15) In dottrina, fra i primi commentatori, cfr. Ricci 2010. Sulla necessità di tener presente tale principio nelle dinamiche retributive, cfr.: Gragnoli, Corti 2012, 1436; Giasanti, 2019, 426.

ne, con la specificazione, contenuta nel c. 2, che tale periodo feriale non possa essere sostituito da un'indennità, salvo in caso di fine del rapporto di lavoro.

Secondo l'interpretazione del giudice comunitario il diritto di ogni lavoratore alle ferie annuali retribuite va considerato come un principio particolarmente importante del diritto sociale europeo, al quale non si può derogare (16). Esso ha una duplice finalità: da un lato, consentire al lavoratore di riposarsi rispetto all'esecuzione dei compiti attribuitigli in forza del suo contratto di lavoro e, dall'altro, permettergli di beneficiare di un periodo di distensione e di ricreazione (17). Se anche spetta agli Stati membri definire le condizioni di esercizio e di attuazione del diritto alle ferie annuali retribuite, essi devono, però, astenersi dal condizionare la costituzione stessa di tale diritto, il quale scaturisce direttamente dalla Direttiva n. 2003/88 (18).

Per quanto concerne il trattamento economico, la Corte Ue ha statuito che durante tale periodo di riposo il lavoratore debba percepire la retribuzione ordinaria (19), erogata secondo modalità di pagamento che consentano al lavoratore di trovarsi durante il periodo feriale in una situazione paragonabile a quella di un normale periodo di lavoro (20). Secondo la Corte, peraltro, quando la retribuzione percepita dal lavoratore è composta di diversi elementi, per determinare quale debba essere considerata la retribuzione ordinaria, e il conseguente importo cui ha diritto il lavoratore durante le ferie annuali, è necessario svolgere un'analisi specifica, posto «che un'indennità determinata a un livello appena sufficiente a evitare un serio rischio che il lavoratore non prenda le sue ferie non soddisfa le prescrizioni del diritto dell'Unione» (21).

Nel corso dei suoi vari interventi la Corte di Giustizia ha, quindi, escluso che la retribuzione feriale possa essere erogata non durante il periodo di ferie ma quale quota parte nell'ambito della retribuzione ordinaria (22), e ha invece ritenuto di dover ricomprendere nel parametro utilizzato per calcolare la retribuzione feriale qualunque importo pecuniario correlato a specifiche modalità di esecuzione delle mansioni, come il tempo trascorso in volo per i piloti di linea (23), o quelle integrazioni economiche che si collegano allo *status* professionale del lavoratore, come le indennità collegate alla sua qualità di superiore gerarchico, alla sua anzianità e alle sue

---

(16) Tale assunto emerge già da C. Giust. 26.6.2001, C-173/99, *Bectn*, in *Racc.*, 2001, I, 4881, punto 43, che, interpretando l'art. 7 della Direttiva n. 93/104, sostituita dalla Direttiva n. 2003/88, ha ritenuto non conforme al diritto comunitario una norma inglese che faceva maturare il diritto alle ferie solo dopo 13 settimane di lavoro ininterrotto. Nello stesso senso, sull'art. 7 della Direttiva n. 2003/88: C. Giust. 20.1.2009, cause C-350/06 e C-520/06, *Schultz-Hoff*, in *Racc.*, 2009, I, 179, punti 22 e 54; C. Giust. 20.7.2016, *Maschke*, C-341/15, punto 25; C. Giust. 30.6.2016, *Sobczyszyn*, C-178/15, punto 19; C. Giust. 29.11.2017, *King*, C-214/16, punto 32.

(17) C. Giust. *Maschke*, cit., punto 34.

(18) C. Giust. *Schultz-Hoff*, cit., punto 28; C. Giust. *King*, cit., punto 34.

(19) C. Giust. 13.12.2018, *Torsten Hein*, C-385/17, ECLI:EU:C:2018:1018; C. Giust. 16.3.2006, cause riunite C-131/04 e C-257/04, *Robinson-Steele e a.*, in *Racc.*, 2006, I, 2531, punto 50; C. Giust. 15.9.2011, *Williams e a.*, C-155/10, EU:C:2011:588, punto 19; C. Giust. *Schultz-Hoff*, cit., punto 58.

(20) C. Giust. *Robinson-Steele*, cit., punto 58.

(21) C. Giust. *Williams*, cit., punto 21.

(22) C. Giust. *Robinson-Steele*, cit., punto 52.

(23) C. Giust. *Williams*, cit., punto 24.

qualifiche professionali (24). Secondo la Corte Ue, peraltro, se anche i diritti alle ferie annuali retribuite devono, in linea di principio, essere determinati in funzione dei soli periodi di lavoro effettivo svolti in forza di un contratto di lavoro (25), deve considerarsi contraria all'art. 7 la previsione che consente di sottrarre dal calcolo dell'indennità per ferie retribuite i periodi di parziale disoccupazione di un lavoratore (26), così come quella normativa nazionale che dovesse consentire di escludere la trasmissibilità agli eredi dell'indennità feriale di un lavoratore nel frattempo deceduto (27).

In tutte le pronunce relative all'art. 7 della Direttiva n. 2003/88, la Corte di Giustizia ha altresì avuto modo di ribadire l'importanza per i lavoratori del diritto a ferie retribuite, riconoscendo ed evidenziando come il diritto alle ferie conferito a ciascun lavoratore sia espressamente sancito dall'art. 31, par. 2, della CdfUe, alla quale l'articolo 6, par. 1, TUE riconosce lo stesso valore giuridico dei Trattati (28).

Ed è proprio tale riferimento alla Carta dei diritti fondamentali a essere essenziale nella pronuncia in commento. Rispetto alle due precedenti decisioni del 2019, nell'ordinanza n. 22401/2020 si prende posizione rispetto a una specifica eccezione sollevata dall'impresa convenuta: il fatto, cioè, che la Direttiva n. 2003/88 non possa applicarsi ai lavoratori marittimi.

In effetti, nonostante la Corte di Giustizia abbia da sempre ritenuto che l'ambito applicativo della direttiva in questione debba essere molto ampio, posto che essa si applica a tutti i settori di attività privati e pubblici con i soli limiti di cui alla Direttiva n. 89/391 (29), ai sensi dell'articolo 1, par. 4, Direttiva n. 2003/88, questa «non si applica alla gente di mare, quale definita nella Direttiva n. 1999/63/Ce» (30).

Ora, tale questione appare particolarmente significativa, ed è liquidata un po' troppo semplicisticamente dalla decisione in commento, che si limita a ritenerla irrilevante «attesa la portata generale dei principi della giurisprudenza comunitaria sopra citata».

Secondo la decisione in commento, infatti, può affermarsi che sussista una nozione europea di retribuzione dovuta al lavoratore durante il periodo di ferie annuali, che

---

(24) C. Giust. 1.7.2010, C 471/08, *Parviainen*, in *Racc.*, 2010, I, 6533, punto 73; C. Giust. 22.5.2014, C-539/12, *Z.J.R. Lock*, punti 29, 30, 31.

(25) C. Giust. 4.10.2018, *Dicu*, C-12/17, punto 28.

(26) C. Giust. *Torsten Hein*, cit.

(27) C. Giust. 6.11.2018, *Bauer*, cause riunite C-569/16 e C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871.

(28) C. Giust. 21.6.2012, *Anged*, C-78/11, EU:C:2012:372, punto 17; C. Giust. 8.11.2012, *Heimann e Tolschin*, C-229/11 e C-230/11, EU:C:2012:693, punto 22; C. Giust. *King*, cit., punto 33; C. Giust. *Dicu*, cit., punto 25; C. Giust. *Torsten Hein*, cit., punto 23; C. Giust. 25.6.2020, *Q.H.*, C-762/18 e C-37/19, EU:C:2020:504, punto 54.

(29) Tale rinvio consente di escluderne l'applicazione in merito a particolarità inerenti ad alcune attività specifiche nel pubblico impiego, segnatamente nelle Forze armate o nella Polizia, o ad alcune attività specifiche nei servizi di protezione civile. La Corte di Giustizia ha però dato una lettura restrittiva di tali esclusioni, ritenendo che la Direttiva n. 2003/88/Ce possa considerarsi applicabile in diversi casi anche ad attività nel settore della sanità, della sicurezza e dell'ordine pubblici (C. Giust. 5.10.2004, *Pfeiffer*, da C-397/01 a C-403/01, in *Racc.*, 2004, I, 08835, punto 57; C. Giust. 30.4.2020, *U.O.*, C-211/19, in EU:C:2020:344).

(30) Anche l'art. 2, c. 1, del d.lgs. n. 66/2003, in attuazione delle direttive europee, esclude l'applicabilità al «lavoro della gente di mare di cui alla Direttiva n. 1999/63/Ce».

assumerebbe «portata generale» tale da poter essere utilizzata anche a prescindere dall'area applicativa della Direttiva n. 2003/88, riconoscendo sostanzialmente portata precettiva diretta all'art. 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali.

Se pure, come si avrà modo di specificare, appaiono condivisibili le conclusioni della Suprema Corte circa la possibilità di calcolare anche la cd. indennità «Stretto di Messina» nell'ambito della retribuzione feriale, qualche dubbio emerge sulla portata immediatamente precettiva dell'art. 31, par. 2, della Carta che potrebbe affiorare dalla lettura dell'ordinanza in commento.

La concreta ed effettiva portata giuridica della Carta dei diritti fondamentali è, in realtà, ancora una questione delicata, su cui la stessa Corte di Giustizia si è già trovata in passato a dover intervenire, con conclusioni anche piuttosto diverse a seconda dei casi portati alla sua attenzione, e su cui è necessaria qualche ulteriore riflessione.

4. — *Carta dei diritti fondamentali ed elementi della retribuzione* — Il riconoscimento dei diritti fondamentali nell'ambito del diritto dell'Ue ha avuto un *iter* lungo e complesso. I Trattati istitutivi della Comunità europea non contenevano né una dichiarazione né alcun riferimento alla necessità di proteggere i diritti fondamentali.

Nel corso degli anni è stata la Corte di Giustizia che, esercitando i propri poteri di interpretazione giurisdizionale, ha creato un sistema di diritti fondamentali non scritti, traendoli dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri e da alcuni trattati internazionali, in primo luogo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (31). I diritti che la Corte definiva fondamentali, però, non hanno mai avuto un carattere di quella granitica assolutezza propria delle Costituzioni nazionali, poiché la stessa Corte ne ha sempre subordinato la tutela alla compatibilità con i principi e le finalità dell'ordinamento comunitario e in relazione agli obiettivi d'interesse generale perseguiti dalla Comunità, con particolare riferimento alle fondamentali libertà economiche garantite dai Trattati.

Nel corso del tempo tali principi sono stati codificati in un testo, la Carta dei diritti fondamentali firmata a Nizza nel 2000 e proclamata una seconda volta a Strasburgo nel 2007, che ha acquisito la medesima efficacia giuridica dei Trattati, in virtù del richiamo di cui all'art. 6 TUE, soltanto con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel dicembre 2009, con lo specifico ambito applicativo previsto dall'art. 51 della Carta, che, nel delineare un delicato equilibrio tra le competenze dell'Unione e degli Stati membri, chiarisce come essa «non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione».

In tale contesto non può, quindi, stupire la cautela con cui la Corte di Giustizia ha tendenzialmente interpretato l'ambito applicativo della Carta, ritenendo che per la concreta efficacia precettiva dei diritti fondamentali non basti il riferimento al principio contenuto nella Carta, ma sia necessaria la sussistenza di una specifica fonte di diritto dell'Unione, primaria o secondaria, che disciplini la materia, con la conseguenza che «i diritti

---

(31) I primi e più rilevanti interventi di tale giurisprudenza sono, come è noto, i casi *Stander* del 1969 (causa n. 29/69), *Internationale HandelsGesellschaft* del 1970 (causa n. 11/70), *Nold* del 1974 (causa n. 4/73), e *Haner* del 1979 (causa n. 44/79).

fondamentali in tal modo rimangono privi di quella efficacia trasversale che la Corte di Giustizia ha, invece, riconosciuto alle libertà economiche garantite dai Trattati» (32).

La questione, particolarmente delicata, è in continua evoluzione e si inserisce nell'ambito della complessa architettura multilivello in materia di diritti fondamentali, che interseca diritto dell'Unione, diritto Cedu, diritti costituzionali degli Stati membri e i rispettivi ambiti di competenza delle Alte Corti deputate a interpretarli.

Non sono, come è noto, mancate decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea che hanno dato una lettura particolarmente ampia di alcuni diritti fondamentali contenuti nella Carta (33). In particolare, è sul diritto antidiscriminatorio e sulla eventuale diretta applicabilità dell'art. 21 ai rapporti interpretati che si è cominciato a sviluppare il dibattito.

Sono i noti casi *Mangold* e *Kücükdeveci* (34) ad aver chiarito come il principio di non discriminazione per ragioni di età sia un «principio generale del diritto dell'Unione»; lettura successivamente estesa al divieto di ogni discriminazione fondata sulla religione o le convinzioni personali che, secondo la Corte, «riveste carattere imperativo in quanto principio generale del diritto dell'Unione. Sancito all'articolo 21, paragrafo 1, della Carta, tale divieto è di per sé sufficiente a conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale nell'ambito di una controversia che li vede opposti in un settore disciplinato dal diritto dell'Unione» (35).

Nonostante tale netta affermazione di principio, che continua a fare molto discutere i commentatori (36), si è avuto modo di osservare come la Corte Ue abbia comunque sempre cercato di ancorare il principio di non discriminazione al contesto applicativo del diritto dell'Unione, perché i casi sottoposti alla sua attenzione rientrano di per sé nel cono d'ombra di «direttive a largo raggio che finiscono con il delineare una competenza dell'Unione quasi generale in questo campo» (37) e perché si tratta di un principio «previsto anche dall'art. 19 TfUE» (38).

Non sono invece mancate decisioni in cui la Corte Ue ha posto limiti, anche piuttosto concreti, a letture eccessivamente estensive circa il campo applicativo della Carta dei diritti fondamentali, rammentando il contenuto dell'art. 51.

È stato così chiarito come «l'articolo 27 della Carta non può, in quanto tale, essere invocato in una controversia [...] non essendo detto articolo di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale» (39).

---

(32) Pallini 2019, 57.

(33) La Corte ha avuto modo di intervenire in merito agli articoli 16 (libertà d'impresa), 17 (diritto di proprietà), 21 (non discriminazione), 31 (condizioni di lavoro giuste ed eque), 47 (accesso alla giustizia).

(34) Rispettivamente C. Giust. 22.11.2005, *Mangold*, C-144/04, in *Racc.*, 2005, I, 9981, e C. Giust. 19.1.2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, in *Racc.*, 2010 I 365; in dottrina, cfr. Cosio, 2012.

(35) C. Giust. 17.4.2018, *Egenberger*, C-414/16, punto 76.

(36) Per un recente sunto delle problematiche in discussione, cfr. Scarponi, 2019.

(37) Bronzini 2015, 61.

(38) Pallini 2019, 59.

(39) C. Giust. 15.1.2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, EU:C:2014:2, punti 48 e 49; cfr. Sciarra, 2014.

Ed è stato, soprattutto, evidenziato, anche di recente in merito alla normativa italiana sui licenziamenti collettivi (40), che, «qualora una situazione giuridica non rientri nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione, la Corte non è competente al riguardo e le disposizioni della Carta eventualmente richiamate non possono giustificare, di per sé, tale competenza» (41), posto che l'art. 51 non estende l'ambito di applicazione al di là delle competenze dell'Unione europea, e che «la Corte è quindi chiamata a interpretare, alla luce della Carta, il diritto dell'Unione nei limiti delle competenze che le sono attribuite» (42).

In merito al diritto alle ferie retribuite e alla portata giuridica dell'art. 31 della Carta Ue, se, in effetti, la Corte di Giustizia ha avuto modo di affermare come esso rivesta, «quanto alla sua stessa esistenza, carattere allo stesso tempo imperativo e incondizionato», con la conseguenza «che la suddetta disposizione è di per sé sufficiente a conferire ai lavoratori un diritto invocabile in quanto tale in una controversia contro il loro datore di lavoro, in una situazione disciplinata dal diritto dell'Unione e, di conseguenza, rientrante nell'ambito di applicazione della Carta» (43), è stato però osservato come anche in tal caso la Corte di Giustizia «ha però sempre avuto scrupolosamente cura di giustificare la diretta applicabilità ai casi esaminati, in ragione sia della sussistenza della competenza dell'Unione, in quanto lo stesso diritto è anche previsto dall'art. 7 della Direttiva n. 2003/88/Ce, che della circostanza che quelle controversie investivano le modalità di attuazione del medesimo diritto previsto dalla direttiva» (44).

Tale cauto approccio interpretativo trova concreta conferma in una successiva decisione della Corte di Giustizia, in cui è stato ritenuto non applicabile l'art. 31 della Carta quando si è al di fuori dell'ambito applicativo della Direttiva n. 2003/88/Ce, in un caso in cui il diritto nazionale prevedeva un periodo di ferie superiore alle 4 settimane sancite dall'art. 7 della Direttiva.

Nel caso in cui uno Stato membro adotti una normativa nazionale che ecceda quanto previsto dalla direttiva, cioè, ci si colloca al di fuori dell'ambito di applicazione della Carta e la situazione di cui trattasi non può essere valutata alla luce delle sue disposizioni, con la conseguenza che «l'articolo 31, paragrafo 2, della Carta, letto in combinato disposto con l'articolo 51, paragrafo 1, di quest'ultima, deve essere interpretato nel senso che esso non è destinato ad applicarsi in presenza di normative nazionali e di contratti collettivi che prevedono la concessione di giorni di ferie annuali retribuite eccedenti il periodo minimo di quattro settimane previsto all'articolo 7, pa-

---

(40) C. Giust. 4.6.2020, *Balga*, C-32/20, EU:C:2020:441.

(41) C. Giust. *Balga*, cit., punto 24; C. Giust. 10.10.2013, *Nagy*, da C-488/12 a C-491/12 e C-526/12, EU:C:2013:703, punto 17; C. Giust. 16.1.2014, *Weigl*, C-332/13, EU:C:2014:31, punto 14.

(42) C. Giust. *Balga*, cit., punto 25; C. Giust. 10.7.2014, *Julián Hernández*, C-198/13, EU:C:2014:2055, punto 32; C. Giust. 24.9.2019, *Spetsializirana prokuratura*, C-467/19 PPU, EU:C:2019:776, punto 38; C. Giust. 19.11.2019, *TŠN*, cause riunite C-609/17 e C-610/17, EU:C:2019:981, punto 42.

(43) C. Giust. 6.11.2018, *Max Planck*, C-684/16; per una lettura che enfatizza la portata di tale decisione, cfr. Tria 2019.

(44) Pallini 2019, 59.

ragrafo 1, della Direttiva n. 2003/88 e che escludono nel contempo il riporto, a causa di malattia, di tali giorni di ferie» (45).

In tale contesto, quindi, appare concreta l'impressione che l'art. 31 della Carta non possa avere un'efficacia immediata e diretta anche laddove, come nel caso di specie, ci si trovi al di fuori del perimetro applicativo della Direttiva n. 2003/88.

5. — *La retribuzione feriale del lavoratore marittimo nell'alveo della Direttiva n. 1999/63/Ce* — Nell'ambito del lavoro marittimo, però, l'esplicita esclusione dal campo applicativo della Direttiva n. 2003/88 non comporta una mancanza assoluta di competenza del diritto dell'Unione, posto che vi sono numerose direttive che vi fanno esplicito riferimento. In particolare è la Direttiva n. 1999/63, modificata dalla Direttiva n. 2009/13, che si occupa di orario di lavoro e indennità feriali, dando formale attuazione al relativo Accordo sull'organizzazione dell'orario di lavoro della gente di mare concluso dall'Associazione armatori (Ecsa) e dalla Federazione dei sindacati dei trasportatori dell'Ue (Fst).

L'Italia è stata condannata dalla Corte di Giustizia (46) per non aver adempiuto all'obbligo di attuazione della Direttiva n. 1999/63 entro il 30 giugno 2002: termine ultimo di attuazione per gli Stati membri e momento a partire dal quale la direttiva ha cominciato a produrre i propri effetti nell'ordinamento europeo. Il Governo italiano ha successivamente provveduto all'adempimento di tale direttiva con d.lgs. 27.5.2005, n. 108, poi modificato dalla l. 29.7.2015, n. 115.

Ebbene, il riferimento a «ferie annuali retribuite» è esplicitamente contenuto nella clausola 16 dell'Accordo allegato alla direttiva, che si riferisce a un vero e proprio «diritto» di ogni lavoratore marittimo a ferie annuali retribuite, per un periodo «calcolato in base a un minimo di 2,5 giorni di calendario per mese di occupazione e *pro rata* per i mesi incompleti» (47).

Spetterà ovviamente al giudice del rinvio valutare se, come sembrerebbe, il caso in discussione debba rientrare nell'ambito applicativo della Direttiva n. 1999/63, e se sia o meno necessario proporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, posto che il giudice nazionale di merito può astenersi dal rinvio se è in grado di ricavare dalla giurisprudenza della Corte elementi sufficienti per farsi diretto interprete del diritto Ue.

In effetti, nonostante non vi siano pronunce della Corte di Giustizia europea sulla nozione di «ferie annuali retribuite» in merito alla Direttiva n. 1999/63, sembrerebbe difficile aspettarsi un approccio diverso rispetto alla consolidata interpretazione legata alla Direttiva n. 2003/88 in merito alla questione del riferimento alla necessità che anche durante il periodo feriale il lavoratore abbia diritto alla retribuzione ordinaria, posta la sovrapposibilità nelle due direttive della nozione di ferie «retribuite».

---

(45) C. Giust. TSN, cit., punto 55; nello stesso C. Giust. *Julián Hernández*, cit., punto 35; C. Giust. 14.12.2017, *Miravittles Ciurana*, C-243/16, punto 34; C. Giust. 19.4.2018, *Consorzio Italian Management*, C-152/17, punti 34 e 35.

(46) C. Giust. 16.12.2004, C-313/03, *Comm. c. Italia*, EU:C:2004:822.

(47) Così il testo modificato dalla Direttiva n. 2009/13. In origine era previsto che «la gente di mare ha diritto di beneficiare di ferie annuali retribuite di almeno due settimane, o di una parte corrispondente a periodi di attività inferiori a un anno».

Valutato l'alveo applicativo della Direttiva n. 1999/63 e l'eventuale possibilità di utilizzo della medesima nozione di retribuzione feriale di cui alla Direttiva n. 2003/88, al giudice del rinvio spetterebbe soltanto verificare l'effettivo e concreto rapporto fra le mansioni concretamente ricoperte dal lavoratore marittimo, l'elemento retributivo «indennità Stretto di Messina» e la retribuzione feriale, secondo la giurisprudenza del giudice Ue.

Piuttosto, l'effettiva opportunità per il giudice del rinvio di sollevare comunque una questione pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia potrebbe derivare dalla modalità con cui il legislatore italiano ha attuato la Direttiva n. 1999/63, nel momento in cui vi possano essere ambiti regolati dal diritto interno ma non coperti dalla direttiva europea.

Da un lato andrebbe, infatti, verificato se, come sarebbe lecito supporre, anche nel caso del lavoro marittimo sia utilizzabile la giurisprudenza *Max Planck*, per ritenere comunque applicabile l'art. 31, c. 1, della CdfUe nel periodo intercorso tra l'entrata in vigore della direttiva e la sua attuazione in Italia (48).

Dall'altro, posto che il d.lgs. n. 108/2005 ha previsto un periodo di ferie annuali retribuite di almeno trenta giorni, con condizioni di, almeno parziale, miglior favore rispetto a quanto previsto dalla Direttiva n. 1999/63, se non sia invece richiamabile la giurisprudenza *TSN*, e quindi l'impossibilità di applicare l'art. 31 della Carta quando il diritto interno prevede una copertura superiore rispetto a quanto previsto dal diritto dell'Unione (49).

Il punto, cioè, è che nel caso di specie potrebbero sussistere degli spazi correlati alla nozione di retribuzione feriale sottratti all'ambito applicativo del diritto dell'Unione.

6. — *Retribuzione feriale e diritto interno* — Rimane, quindi, un ultimo e importante aspetto da rilevare, che potrebbe anche essere un semplice auspicio di un approccio interpretativo che dovrebbe comunque trovare conferma in ulteriori, e più chiare, pronunce del Supremo Collegio.

Si potrebbe, cioè, suggerire la possibilità che, al di là delle complesse e problematiche questioni in merito ai confini di applicabilità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, nella lettura della Suprema Corte vi possa essere un implicito riferimento al diritto interno. E cioè che nell'approccio interpretativo della decisione in commento si sia provveduto a un utilizzo della CdfUe quale fonte interpretativa del diritto interno, anche fuori dal campo di applicazione della Carta stessa *ex art.* 51.

Si tratta di un approccio interpretativo già emerso in diverse occasioni nella giurisprudenza del giudice di legittimità, e che è stato nella sostanza difeso in dottrina, posto che «la *ratio decidendi* si concreta in realtà in una sorta di interpretazione non “conforme”, ma “libera” delle norme del nostro codice civile in modo che risulti una coerenza tra decisioni interne e principi costituzionali comuni» (50).

---

(48) C. Giust. *Max Planck*, cit., punto 62 ss.

(49) C. Giust. *TSN*, cit., punto 55.

(50) Così Bronzini 2011, 50, che richiama una decisione della Suprema Corte in materia di mansioni (Cass. 2.2.2010, n. 2352, in *RCDL*, 2010, II, 170 ss.).

Nel caso di specie, si tratterebbe di dare piena sostanza alla nozione costituzionale di cui all'art. 36, c. 3, Cost., che contempla il diritto irrinunciabile del lavoratore a ferie annuali «retribuite».

La Corte costituzionale è intervenuta in diverse occasioni su tale rilevante principio, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 2109 del codice civile nella parte in cui prevedeva la possibilità di godere le ferie soltanto «dopo un anno di ininterrotto servizio» (51) o estendendo la possibilità di ottenere le ferie anche al lavoratore in prova (52).

Nell'interpretazione del giudice delle leggi si è sempre sottolineata l'importanza del riposo feriale, finalizzato a proteggere e ripristinare le energie psico-fisiche dei lavoratori e a garantire una concreta partecipazione alla vita familiare nell'ottica di un equilibrato temperamento delle esigenze dell'impresa e degli interessi del lavoratore, tanto da ribadire un ulteriore profilo di illegittimità dell'art. 2109 c.c. «nella parte in cui non prevede che la malattia, insorta durante il periodo feriale, ne sospenda il decorso» (53).

E soprattutto in una sua recente pronuncia del 2016 la Corte costituzionale, nel ritenere non fondata una questione sulla monetizzazione del periodo feriale per il pubblico impiego, ha avuto modo di sottolineare come «la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea ha rafforzato i connotati di questo diritto fondamentale del lavoratore e ne ha ribadito la natura inderogabile, in quanto finalizzato a una tutela efficace della sua sicurezza e della sua salute», evidenziando come «la garanzia di un effettivo godimento delle ferie traspare, secondo prospettive convergenti, dalla giurisprudenza costituzionale e da quella europea» (54).

Non pare, quindi, sorgano particolari ostacoli per estendere alla nozione costituzionale di ferie «retribuite» un'interpretazione in linea con quella europea, secondo cui durante tale periodo il lavoratore abbia diritto a una retribuzione paragonabile a quella ordinaria: principio che potrebbe accrescere lo stesso tasso di effettività della norma costituzionale sul diritto alle ferie. E, d'altra parte, la Suprema Corte ha già avuto modo di ritenere nulla «per contrasto con l'art. 36 Cost. la clausola, individuale o collettiva, che provveda, in sostituzione delle ferie, il pagamento di una indennità sostitutiva» (55).

Peraltro, il concetto stesso di retribuzione-parametro ha origini meramente giurisprudenziali, salvo il riferimento al Tfr di cui all'art. 2120, c. 2, c.c., e nemmeno si potrebbe invocare una supposta violazione dell'art. 39 Cost., posto l'effetto inderogabile anche sulla contrattazione collettiva che da sempre è correlato all'art. 36, c. 1.

Si tratterebbe semplicemente dell'opportunità di utilizzare al meglio le possibilità offerte da un sistema costituzionale multilivello, senza cadere nelle sue molteplici contraddizioni.

---

(51) C. cost. 10.5.1963, n. 66, in *Ced Cassazione*, 1963.

(52) C. cost. 22.12.1980, n. 189, in *FI*, 1981, I, 308 ss.

(53) C. cost. 30.12.1987, n. 616, in *FI*, 1988, I, 1062, 2153 ss.

(54) C. cost. 6.5.2016, n. 95, in *RIDL*, 2016, II, 881 ss.

(55) Cass. 21.2.2001, n. 2569, in *LG*, 2001, 549 ss.

## Riferimenti bibliografici

- Angiello L. (1990), *La retribuzione*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Cedam.
- Bronzini G. (2011), *Happy birthday; il primo anno di «obbligatorietà» della carta di Nizza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in B. Caruso, M. Militello (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona», *Collective Volumes*, n. 1, 26 ss.
- Bronzini G. (2015), *Il rapporto sui diritti fondamentali in Europa: introduzione*, in RIDL, n. 2, III, 61 ss.
- Cosio R. (2012), *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in RIDL, n. 2, I, 311 ss.
- D'Antona M. (1984), *Le nozioni giuridiche della retribuzione*, in DLRI, 269 ss.
- Giasanti L. (2019), *Art. 2099*, in R. Del Punta, F. Scarpelli, *Codice commentato del Lavoro*, Ipsa, 417 ss.
- Gragoli E., Corti M. (2012), *La retribuzione*, in M. Marazza (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di Diritto del lavoro*, 1375 ss.
- Pallini M. (2019), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in R. Del Punta, F. Scarpelli, *Codice commentato del lavoro*, Ipsa, 57 ss.
- Ricci G. (2010), *Il diritto alla limitazione dell'orario di lavoro, ai riposi e alle ferie nella dimensione costituzionale integrata (fra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».INT, n. 79.
- Scarponi S. (2019), *La Corte di Giustizia si pronuncia per la prima volta sul rapporto di lavoro con enti ecclesiastici*, in [www.eurorights.eu](http://www.eurorights.eu), dicembre 2020.
- Sciarra S. (2014), *Association de médiation sociale. The Disputed Role of EU Fundamental Principles and the Point of View of Labour Law*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Giuseppe Tesaro*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2431 ss.
- 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 LDE, 1 ss.

Lorenzo Giasanti  
Professore associato di Diritto del lavoro  
presso l'Università di Milano «Bicocca»

## I

CASSAZIONE, 30.9.2020, n. 20913, ord. – Pres. Tria, Est. Marotta – D'E. (avv. De Vitto) c. Comune di O.N. (avv. Visco).  
Dichiara inammissibile il ricorso avverso Corte d'Appello di Bari, 9.6.2014.

**Rinunzie e transazioni – Art. 2113 c.c. – Transazione contenuta nella conciliazione giudiziale – sottrazione al regime di impugnabilità – Azioni di nullità e annullabilità.**

**Rinunzie e transazioni – Art. 2113 c.c. – Nullità della transazione riguardante diritti non ancora sorti o maturati.**

**Rinunzie e transazioni – Transazione contenuta nel verbale di conciliazione giudiziale – Equiparazione degli effetti a una sentenza passata in giudicato – Esclusione – Azioni di nullità.**

*La transazione contenuta nella conciliazione giudiziale che ha posto fine alla lite è sottratta, in quanto perfezionatasi in giudizio, al regime della impugnabilità di cui all'art. 2113 c.c., mentre rimangono esperibili le normali azioni di nullità e di annullamento dei contratti, rispetto alle quali, pertanto, l'intervento del giudice non può esplicare alcuna efficacia sanante o impeditiva. (1)*

*Riguardo a diritti già maturati, il negozio dispositivo integra una mera rinuncia o transazione, rispetto alla quale la dipendenza del diritto da norme inderogabili comporta, in forza dell'art. 2113 c.c., l'annullabilità dell'atto di disposizione, ma non la sua nullità; nei confronti di diritti ancora non sorti o maturati la preventiva disposizione può comportare, invece, la nullità dell'atto, poiché esso è diretto a regolamentare gli effetti del rapporto di lavoro in maniera diversa da quella fissata dalle norme di legge o di contratto collettivo. (2)*

*Gli effetti attribuiti al verbale di conciliazione giudiziale non possono equipararsi a quelli di una sentenza passata in giudicato, bensì a quelli di un titolo contrattuale esecutivo, con la conseguenza che esso resta soggetto alle ordinarie sanzioni di nullità. (3)*

## II

CASSAZIONE, 13.8.2020, n. 17109, ord. – Pres. Nobile, Est. Patti – Fallimento V. (avv. Manferoce) c. B.P. e altri (avv.ti Cossu, Bomboi).  
Conf. Tribunale di Treviso, 19.10.2015.

## Rinunzie e transazioni – Art. 2113 c.c. – Trasferimento di ramo di azienda – Nullità.

*In caso di retrocessione di ramo d'azienda, conseguente alla risoluzione del relativo contratto d'affitto, la preventiva rinuncia del lavoratore al vincolo di solidarietà gravante sull'affittante per le obbligazioni inadempite dall'affittuario è nulla, in quanto diretta a regolamentare gli effetti del rapporto di lavoro in maniera diversa da quella fissata dalle norme di legge o di contratto collettivo, incidendo su diritti destinati a sorgere solo in futuro. (4)*

### (1-4) RINUNZIE E TRANSAZIONI DEL LAVORATORE IN SEDI «PROTETTE» E VIZI DI NULLITÀ

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Inderogabilità delle norme e (in)disponibilità dei diritti del lavoratore nella disciplina dell'art. 2113 c.c. — 3. Nullità delle transazioni riguardanti diritti «futuri» del lavoratore. — 4. Nullità delle conciliazioni giudiziali per contrarietà a norme imperative: l'intervento del giudice non ha efficacia sanante. — 5. Rinunzie dei diritti dei lavoratori nelle vicende circolatorie dell'azienda. Conclusioni.

1. — *Introduzione* — Le ordinanze in commento ripropongono con varie sfaccettature il tema delle rinunzie e transazioni stipulate in sede «protetta» (giudiziaria o sindacale) dal lavoratore, dirimendolo alla luce di principi ormai consolidati della Suprema Corte.

Entrambe si segnalano per la peculiarità del fatto storico da cui discendono, e perciò non si limitano a offrire lo spunto per una ricostruzione sistematica della materia, ma sollecitano anche la riflessione e l'approfondimento dei principi per verificarne la compatibilità con le diverse fattispecie.

La n. 17109/2020, prima in ordine temporale, è resa a seguito di ricorso *ex art.* 99, ultimo comma, legge fallimentare (1) avverso decreto del Tribunale che, in sede di opposizione allo stato passivo, ammetteva in via privilegiata i crediti di alcuni lavoratori vantati nei confronti della società datrice di lavoro, poi fallita, previa «risoluzione» dell'accordo sindacale con il quale gli stessi lavoratori, contestualmente alla conclusione di un contratto di affitto di ramo di azienda con altra società, rinunciavano preventivamente alla solidarietà gravante ai sensi dell'art. 2112 c.c. sulla prima, affittante, per le obbligazioni che al momento della retrocessione del ramo – per risoluzione del fitto di ramo di azienda – fossero rimaste inadempite dall'affittuaria.

---

(1) Art. 99, r.d. n. 267/1942, come modificato dal d.lgs. n. 5/2006 e sostituito dal d.lgs. n. 169/2007, che ancora regola la fattispecie *ratione temporis*: com'è noto, infatti, in attuazione della legge delega n. 155/2017 è stato emanato dal Governo il nuovo Codice della crisi d'impresa, contenente una riforma organica delle procedure di crisi e dell'insolvenza (d.lgs. n. 14/2019, come emendato dal d.lgs. n. 147/2020), la cui entrata in vigore – eccetto che per le disposizioni già in vigore dal 16.3.2019 – è stata differita dal d.l. n. 23/2020 al 1.9.2021.

La Corte precisa, per quanto di interesse, che l'accordo sindacale in questione è nullo perché contiene una rinuncia dei lavoratori al (futuro) vincolo di solidarietà dell'affittante, destinato a sorgere solo nel momento della retrocessione dell'azienda – o di un suo ramo – e riguardante non solo diritti già maturati all'atto del trasferimento, ma anche obbligazioni sorte successivamente in capo all'affittuario e rimaste inadempite da quest'ultimo. La nullità, quindi, discende dalla indisponibilità di diritti non ancora maturati o acquisiti al patrimonio del lavoratore e colpisce l'atto che, sotto forma di rinuncia, tende in realtà a regolamentare gli effetti del rapporto di lavoro in modo difforme da disposizioni inderogabili di legge.

L'ordinanza n. 20913, del settembre 2020, prende invece le mosse da una controversia relativa al preteso diritto del lavoratore, dipendente di ente locale, a un inquadramento superiore, conclusa con transazione trasfusa in verbale di conciliazione giudiziale che riconosceva il detto inquadramento. Il Comune datore di lavoro, con un nuovo giudizio, chiedeva accertarsi l'illegittimità del verbale di conciliazione per vizi degli atti presupposti, in particolare della delibera di giunta che autorizzava la transazione, e la Corte d'Appello, con la pronuncia condivisa dalla Suprema Corte, riteneva la nullità della transazione – siccome non equiparabile a una sentenza passata in giudicato – per contrarietà al precetto costituzionale dell'art. 97 Cost. e alle norme imperative che presiedono al reclutamento del personale e alla regola del concorso pubblico per i passaggi di categoria e fasce funzionali.

2. — *Inderogabilità delle norme e (in)disponibilità dei diritti del lavoratore nella disciplina dell'art. 2113 c.c.* — Sul regime di invalidità delle rinunzie e transazioni relative a diritti del lavoratore è ormai chiara la distinzione tra il regime di annullabilità previsto, come condizione di maggior favore verso la parte debole del rapporto, dai commi 1-3 dell'art. 2113 c.c. – che consentono al lavoratore di impugnare l'atto, per il solo fatto della dismissione di un diritto riconosciuto da norma inderogabile, nel termine di sei mesi dalla cessazione del rapporto o dalla successiva formazione del negozio – e il regime ordinario di annullabilità o nullità per i vizi propri dello stesso atto, che ammette sempre l'esperimento delle relative azioni al fine di accertare la sussistenza del vizio e, conseguentemente, disporre l'annullamento o dichiarare la nullità del negozio abdicativo.

L'invalidità sancita dall'art. 2113, comma 1, c.c. non coincide, dunque, con la nullità, perché non ne possiede le caratteristiche: a differenza di quest'ultima, può essere fatta valere soltanto dal lavoratore; è soggetta a un termine di decadenza, decorso il quale gli effetti dell'atto si consolidano; non opera per tutte le rinunzie e transazioni, restando escluse quelle raggiunte in sede sindacale, amministrativa o giudiziaria (2).

La conclusione impone di precisare che i diritti del lavoratore oggetto della rinuncia o transazione invalida non possono essere qualificati come diritti indisponibili, perché – semplificando ai minimi termini l'ampio dibattito dottrinario sul punto – l'indisponibilità non può conciliarsi con il regime previsto dalla norma in esame che consente, in mancanza di tempestiva impugnazione, il consolidarsi degli effetti dell'atto; e perché il diritto del lavoratore, laddove effettivamente indisponibile, esigereb-

---

(2) Cester 1989, 987.

be anche i requisiti della imprescrittibilità (art. 1966 c.c.) e dell'intransigibilità (art. 2934, comma 2, c.c.) (3).

Come acutamente osservato, è stato vano lo sforzo della dottrina di affidare all'art. 2113 c.c. la funzione di regolare il complesso rapporto fra inderogabilità delle norme e indisponibilità dei diritti del lavoratore, perché il compito dell'art. 2113 c.c., nel diritto vivente, non è tanto quello di garantire l'effettività di tali diritti, quanto, piuttosto, quello di regolare – ed eventualmente limitare – la loro disposizione attraverso limiti e garanzie (4).

Del resto, all'esito di un ampio dibattito scientifico si è ormai giunti alla conclusione che alla inderogabilità della norma non consegue, necessariamente, l'indisponibilità assoluta del diritto che ne deriva (5).

Non è dunque la natura (disponibile o indisponibile) del diritto che viene in rilievo ai fini dell'invalidità degli atti di dismissione, quanto piuttosto il connotato della inderogabilità della norma attributiva del diritto in questione.

Cosa poi debba intendersi per norma inderogabile e se l'inderogabilità discenda da una connotazione soggettiva od oggettiva è stata anch'essa questione a lungo dibattuta dagli interpreti (6). Si contrapponeva, infatti, la tesi «soggettiva» – risultata poi prevalente – secondo cui l'inderogabilità è funzionale alla tutela del lavoratore, quale parte più debole del rapporto e in condizione di disparità socio-economica di potere contrattuale rispetto al datore di lavoro, e la tesi «oggettiva» per cui essa corrisponde a una peculiare rilevanza dei beni tutelati non solo rispetto al singolo lavoratore, ma in senso assoluto e per l'intera collettività (7).

Com'è intuitivo, quest'ultima interpretazione non attribuisce maggior favore al lavoratore, perché limita fino quasi ad annullarla la sua capacità e comporta un vincolo più intenso all'autonomia privata e alla libera disponibilità dei diritti, cui il lavoratore stesso potrebbe avere interesse una volta cessato il rapporto di lavoro e venuta meno la condizione di disparità contrattuale, e solleva per questo forti dubbi di costituzionalità (8).

Ben più favorevole è, invece, la tesi dominante che ricollega il fondamento dell'inderogabilità a una connotazione soggettiva, in un'ottica di miglior favore per il lavoratore (9).

Su tale questione si innesta poi l'ulteriore tema dell'esistenza, o meno, di diritti assolutamente indisponibili perché riconosciuti da norme di rango costituzionale o comunque da norme che ne sanciscano espressamente l'indisponibilità, rispetto ai quali non opererebbe l'onere di impugnativa né la decadenza semestrale (10).

---

(3) Ferraro 1991, 2.

(4) Albi 2016, 22 ss.

(5) Sul dibattito circa il rapporto di necessaria derivazione, o meno, tra l'inderogabilità della norma e l'indisponibilità del diritto, vd. Del Punta, Scarpelli 2019, 558 ss.

(6) Sull'inderogabilità delle norme nel diritto del lavoro si rinvia a De Luca Tamajo 1976.

(7) Albi 2016, 35 ss.; Ferraro 1991, 3.

(8) Albi 2016, 32 ss.; Lumia, Calogero 1983, 473.

(9) Albi 2016, 35.

(10) I termini del risalente dibattito sono riportati da Magnani 1990, 51, e Del Punta, Scarpelli 2019, 563.

L'evoluzione interpretativa ha col tempo risolto il conflitto nel senso della negazione di un'autonoma categoria di diritti «assolutamente indisponibili» – la cui sussistenza avrebbe comportato la necessità di individuare un apposito regime diverso da quello dell'art. 2113 c.c. – e nel riconoscimento di una connotazione prevalentemente soggettiva dell'inderogabilità, alla luce della fondamentale *ratio legis* di tutela del lavoratore come parte più debole del rapporto di lavoro (11).

Il punto di arrivo del dibattito, ormai ampiamente condiviso dalla giurisprudenza di legittimità, è nel senso che la natura inderogabile della norma – legale o di contratto collettivo – che attribuisce al lavoratore diritti di natura retributiva o risarcitoria è, in linea generale, presunta.

Ai fini della eventuale derogabilità della norma e della conseguente libera disponibilità del diritto è dunque necessaria una espressa previsione in tal senso da parte di quella stessa fonte; in caso contrario, si deve ritenere che il diritto patrimoniale attribuito al lavoratore, in quanto parte più debole del rapporto e perciò più intensamente tutelata, derivi da norma inderogabile.

L'inderogabilità, va precisato, sussiste anche se il diritto abbia già ottenuto riconoscimento giudiziale (12), vale a dire se si tratti di un diritto accertato in una sentenza e successivamente divenga oggetto di rinuncia o transazione.

Riguardo a quest'ultimo punto va infatti considerato che la posizione di soggezione del prestatore di lavoro nei confronti del datore non viene meno per il fatto che il primo abbia azionato in giudizio un diritto e non esclude, nonostante l'assistenza legale, che egli subisca pressioni che lo inducano a una transazione o a una rinuncia a lui sfavorevoli: peraltro, il principio trova conferma nel comma 4 dell'art. 2113 c.c., che esclude l'impugnabilità della rinuncia o transazione solo se queste ultime abbiano il carattere della conciliazione giudiziale di cui all'art. 185 c.p.c. o della conciliazione sindacale ai sensi degli artt. 410, 411 c.p.c. (13).

L'orientamento che raggruppa tutte le norme che attribuiscono diritti in capo al lavoratore sotto lo scudo dell'inderogabilità appare forse preferibile, in termini di chiarezza e coerenza sistematica, rispetto al precedente indirizzo giurisprudenziale (14) che procedeva, invece, a una tripartizione tra diritti primari o fondamentali della persona – quali il diritto alla salute, alle ferie, al riposo settimanale, alla retribuzione adeguata alla quantità e qualità del lavoro svolto – assolutamente indisponibili, soggetti al più rigoroso regime della nullità di cui all'art. 1418 c.c.; diritti «secondari» di natura retributiva o risarcitoria, conseguenti alla lesione di diritti primari, ai quali soltanto si applicherebbe il regime di indisponibilità «attenuata» ex art. 2113 c.c.; altri diritti di carattere patrimoniale, per i quali opererebbe il regime della piena e generale disponibilità (15).

---

(11) Del Punta, Scarpelli 2019; Ferraro 1991, 5.

(12) Cass. 4.9.2018, n. 21617, in *RFI*, 2018, voce *Lavoro (rapporto)*, 3890, n. 1267; Cass. 23.11.2017, n. 27940, ord., in *RFI*, 2017, voce *Lavoro (rapporto)*, 3890, n. 1395; Cass. 12.2.2004, n. 2734, in *OGL*, 2004, I, 137 ss.; Cass. 10.3.1990, n. 1965, in *FI*, 1991, I, 236 ss.

(13) Cass. 4.9.2018, n. 21617, in *RFI*, 2018, voce *Lavoro (rapporto)*, 3890, n. 1267; Cass. 17.9.2002, n. 13616, in *NGL*, 2002, 718 ss.

(14) Da ultimo espresso da Cass. 3.4.1999, n. 3233, in *NGL*, 1999, 316 ss.

(15) La ricostruzione si fonda sulle tesi di De Luca Tamajo 1976, 271 ss.

Chiarito, dunque, che in linea generale tutti i diritti riconosciuti al lavoratore, in quanto derivanti da norme inderogabili perché volte a tutelare la parte più debole del rapporto, sono disponibili con i limiti sanciti dall'art. 2113 c.c., è agevole individuare le residuali eccezioni a tale regola: eccezioni che si rinvergono, fondamentalmente, nei diritti in ambiti di rilevanza pubblicistica, sottratti alla disponibilità delle parti, come quelli in materia di assicurazioni obbligatorie (16).

Per contro, sono pienamente disponibili, con esclusione del meccanismo di annullabilità previsto dall'art. 2113 c.c., i diritti potestativi del lavoratore, rispetto ai quali quest'ultimo ha per legge il potere di disposizione, come nel caso della rinuncia a impugnare il licenziamento o in generale degli atti dispositivi del «posto di lavoro», atteso che l'ordinamento riconosce in linea generale al prestatore il diritto potestativo di porre fine al rapporto attraverso le dimissioni (17); ugualmente disponibili, infine, sono i trattamenti di maggior favore riconosciuti individualmente dal datore di lavoro (18).

3. — *Nullità delle transazioni riguardanti diritti «futuri» del lavoratore* — Si giunge così alla massima comune alle due ordinanze sopra riportate, ovvero la irrinunciabilità e intransigibilità dei diritti del lavoratore non ancora entrati a far parte del suo patrimonio e perciò «futuri».

In entrambe le pronunce i giudici richiamano il principio, ampiamente consolidato in dottrina, secondo cui le rinunce o le transazioni sono nulle quando hanno a oggetto un diritto futuro, ovvero non ancora entrato nel patrimonio del lavoratore disponente: in tali casi, infatti, l'atto solo apparentemente ha carattere dispositivo, mentre in realtà contiene una regolamentazione del rapporto difforme rispetto alla disciplina inderogabile stabilita dalle norme di legge o di contratto collettivo (19).

In particolare, la rinuncia in questione – in senso atecnico definita come rinuncia a diritti futuri o rinuncia «preventiva» – impedisce l'acquisto del diritto attribuito da norma inderogabile nel suo momento genetico, ed è pertanto sottoposta non alla disciplina dell'art. 2113 c.c. – con conseguente esclusione dell'onere di impugnativa e dell'operare della decadenza – ma al regime di nullità di cui all'art. 1418 c.c. (20).

Il principio si comprende con chiarezza in base a quanto si è detto finora: poiché i rapporti di lavoro si caratterizzano per essere regolati da norme prevalentemente di carattere inderogabile, e poiché la rinuncia a un diritto futuro si traduce, inevitabilmente, in una modifica del contratto e dunque in una regolamentazione del rapporto a

---

(16) Cass. 25.10.2004, n. 20686, in *RGL*, 2005, II, 357 ss., con nota di Ronconi.

(17) Cass. 18.3.2014, n. 6265, S. VI, ord., in *RFI*, 2014, voce *Lavoro (rapporto)*, 3890, n. 1323; Cass. 19.10.2009, n. 22105, in *MGL*, 2010, 318 ss., con nota di Mimmo; Cass. 28.3.2003, n. 4780, in *NGL*, 2003, 638 ss.

(18) Cass. 9.2.1982, n. 794, in *RIDL*, 1982, II, 725 (nota).

(19) Pera 1990, 34.

(20) Del Punta, Scarpelli 2019, 562; Cass. 8.9.2011, n. 18405, in *NGL*, 2011, 776 ss.; Cass. 26.5.2006, n. 12561, in *NGL*, 2006, 695 ss.; Cass. 8.11.2001, n. 13834, in *RFI*, 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, 3890, n. 1895; Cass. 5.8.2000, n. 10349, in *RGL*, 2001, II, 456 ss., con nota di Terenzio; Cass. 14.12.1998, n. 12548, in *NGL*, 1999, 248 ss.; Cass. 15.2.1988, n. 1622, in *RFI*, 1998, voce *Riscossione delle imposte*, 5970, n. 267.

venire difforme da quella imposta dalla norma inderogabile, essa è radicalmente nulla *ex art. 1418 c.c.* – e non già annullabile in virtù dell'art. 2113 c.c. – integrando essa un patto contrario alla norma imperativa di legge che regola il rapporto (21).

Nel momento anteriore alla maturazione del diritto, ovvero alla sua acquisizione al patrimonio del lavoratore, esiste, infatti, esclusivamente il profilo della futura regolamentazione del rapporto o di suoi aspetti, che non è lasciata alla libera determinazione e disponibilità delle parti ma deve conformarsi a norme di legge e di contratto aventi carattere imperativo.

È evidente, pertanto, che l'apparente rinuncia o transazione riguardante un diritto futuro, ancora non sorto ma destinato a sorgere nel corso del rapporto a venire, comporta in realtà una modifica della disciplina inderogabile, impedendo il prodursi degli effetti tipici voluti dal legislatore e determinando il prodursi di altri, difformi dai primi, voluti dalle parti (o più spesso imposti dalla parte economicamente più forte).

Ecco perché la regola che vige nella materia dei rapporti di lavoro è diversa da quella operante nel diritto comune, dove pure in giurisprudenza si è dibattuto sull'ammissibilità di rinunce a diritti futuri ma dove – vertendosi in materia di disciplina non inderogabile dei rapporti tra privati – la questione viene risolta sul piano della validità o invalidità della rinuncia per mancanza o indeterminazione dell'oggetto.

In particolare, è stato da ultimo precisato che l'invalidità della rinuncia preventiva è possibile solo quando si tratti di diritti indisponibili o sussista un divieto di legge, poiché in tali casi la rinuncia si traduce in violazione di norme inderogabili; mentre non può trovare ingresso nell'ambito dell'autonomia negoziale privata, dove la rinuncia a un diritto futuro ed eventuale è pienamente ammissibile alla sola condizione che il suo oggetto risulti determinato o determinabile nel suo contenuto e nella sua estensione (22).

Ancora una volta, dunque, la diversità di disciplina è coerente con l'impianto generale del diritto del lavoro, che tutela la parte debole del rapporto proprio attraverso una disciplina derogatoria del diritto comune delle obbligazioni.

4. — *Nullità delle conciliazioni giudiziali per contrarietà a norme imperative: l'intervento del giudice non ha efficacia sanante* — Tornando alle pronunce della Corte in commento deve rimarcarsi, tuttavia, che nel caso affrontato dall'ordinanza n. 20913/2020 – nonostante essa, come si è visto, ribadisca a sostegno della motivazione l'affermazione del principio appena riportato – il fatto storico generatore del processo non riguardava un diritto futuro del lavoratore pregiudicato da un atto dispositivo, e dunque la nullità di quest'ultimo non veniva prospettata in quanto relativa a un diritto non ancora sorto.

La pronuncia riguarda, invece, una fattispecie in cui il Comune, datore di lavoro, riteneva l'insussistenza del diritto vantato dal dipendente in base a una transazione, conclusa in sede giudiziale, di cui chiedeva accertarsi la nullità perché contraria a norme inderogabili: si discute pertanto di una ipotesi in cui la nullità della transazione viene invocata non dal lavoratore, ma dal datore, e dove la ragione della nullità risiede

---

(21) Ferraro 1991, 7; Ferraro 2008, 1; Lumia, Calogero 1983, 469.

(22) Cass. 17.7.2014, n. 16365, S. I, in *RFI*, 2014, voce *Contratti pubblici*, 1735, n. 1039, sulla scia di Cass. 8.1.1992, n. 104, S.U., in *FI*, I, 2437 ss.

nella diretta contrarietà della pattuizione a norma imperativa. Un caso, quindi, in cui viene in rilievo non la tutela del lavoratore come parte debole del rapporto, ma la natura imperativa delle norme che regolano il rapporto di lavoro pubblico e che impediscono che esso si svolga in deroga a tale regolamento, anche quando ciò comporti un indebito vantaggio per il lavoratore.

L'ordinanza, nella parte dispositiva, dichiara inammissibile il ricorso per inidoneità della formulazione delle censure; nella parte motiva, però, si sofferma sull'accertamento della nullità di quel negozio transattivo perché contenente il riconoscimento al lavoratore di un diritto non dovuto per espresso divieto derivante da norme imperative, confermando sul punto la correttezza del ragionamento della Corte territoriale.

Si discuteva, infatti, nel processo di un verbale di conciliazione giudiziale con il quale veniva attribuito al pubblico dipendente un inquadramento superiore in violazione dell'art. 97 Cost. e dell'art. 35, d.lgs. n. 165/2001, che vietano qualsiasi automatismo nell'inquadramento del personale e richiedono per il passaggio da un'area ad altra superiore lo svolgimento della procedura concorsuale pubblica: era dunque il lavoratore ad acquisire con la transazione un diritto che per legge non gli sarebbe spettato.

Forse la Corte, con il richiamo alla nullità della rinuncia o transazione di diritti non ancora sorti o maturati, intendeva affermare che quella transazione – con cui si accordava l'inquadramento superiore in deroga a norme cogenti – riguardava diritti futuri perché detto inquadramento era destinato a operare nel corso del successivo svolgimento del rapporto, che quindi avrebbe avuto esecuzione in violazione delle norme imperative sopra riportate.

Tuttavia, il richiamo a tale principio è, a ben vedere, eccedente, oltre che inconfidente: la nullità della transazione in oggetto discende, infatti, dal rilievo che essa è direttamente contraria a norme di rango primario in quanto riconosce al pubblico dipendente un diritto in violazione di norme imperative (23).

Sotto tale aspetto, correttamente la Cassazione rileva che il vizio di nullità della transazione sfugge allo speciale regime di annullabilità dell'art. 2113 c.c. e può essere pertan-

---

(23) Sul punto, Cass. 13.10.2017, n. 24216, in *FI*, 2017, I, 3620 ss., ove in motivazione si legge che «...nell'impiego pubblico contrattualizzato [...] l'esercizio di mansioni superiori in nessun caso fa sorgere il diritto alla definitiva acquisizione della diversa qualifica, tanto che, ove l'assegnazione venga disposta dal datore senza che ricorrano i presupposti previsti dalla legge, la stessa è affetta da nullità e il dipendente può solo rivendicare il trattamento retributivo corrispondente alla qualità e quantità del lavoro prestato, limitatamente al periodo in cui la prestazione è stata eseguita». Le Sezioni Unite di questa Corte hanno anche evidenziato che «in materia di pubblico impiego contrattualizzato, il datore di lavoro pubblico non ha il potere di attribuire inquadramenti in violazione del contratto collettivo, ma ha solo la possibilità di adattare i profili professionali, indicati a titolo esemplificativo nel contratto collettivo, alle sue esigenze organizzative, senza modificare la posizione giuridica ed economica stabilita dalle norme pattizie, in quanto il rapporto è regolato esclusivamente dai contratti collettivi e dalle leggi sul rapporto di lavoro privato. È conseguentemente nullo l'atto in deroga, anche *in melius*, alle disposizioni del contratto collettivo, sia quale atto negoziale, per violazione di norma imperativa, sia quale atto amministrativo, perché viziato da difetto assoluto di attribuzione ai sensi della l. 7 agosto 1990, n. 241, articolo 21-*septies*, dovendosi escludere che la p.a. possa intervenire con atti autoritativi nelle materie demandate alla contrattazione collettiva» (Cass. 14.10.2009, n. 21744, S.U.).

to dedotto anche rispetto a una transazione compiuta mediante una conciliazione giudiziale, dovendosi il richiamo ai diritti futuri leggersi alla stregua di un *obiter dictum*.

Il principio di diritto più rilevante affermato dall'ordinanza in commento, invece, è quello secondo cui è sempre rilevabile la nullità della transazione, laddove contraria a disposizioni inderogabili di legge, nonostante la preclusione di cui all'art. 2113, comma 4, c.c. e nonostante l'intervento del giudice in sede di conciliazione giudiziale; nonché il conseguente principio secondo cui la presenza del giudice, che si limita a vigilare sul rispetto delle formalità di cui all'art. 88 disp. att. c.p.c., non può avere efficacia sanante dei normali vizi di annullabilità o nullità dell'atto, non essendo gli effetti del verbale di conciliazione giudiziale equiparabili a quelli di una sentenza passata in giudicato.

È pacifica, invero, tra gli interpreti l'affermazione secondo cui la conciliazione giudiziale prevista dagli artt. 185 e 420 c.p.c. è una convenzione non assimilabile a un negozio di diritto privato puro e semplice, caratterizzandosi, strutturalmente, per il necessario intervento del giudice e per le formalità previste dall'art. 88 disp. att. c.p.c. e, funzionalmente, per l'effetto processuale di chiusura del giudizio nel quale interviene; mentre, quanto agli effetti sostanziali, essi sono esclusivamente quelli derivanti dal negozio giuridico contestualmente stipulato dalle parti (nel caso di specie, la transazione) (24).

Manca infatti, nel verbale di conciliazione, il momento dell'accertamento operato dal giudice, che – solo – può attribuire a un provvedimento l'efficacia del giudicato di cui all'art. 2909 c.c.; né tale efficacia si può argomentare dal riconoscimento al verbale di conciliazione dell'efficacia di titolo esecutivo, che l'art. 474 c.p.c. attribuisce anche ad altri atti negoziali ugualmente privi di efficacia accertativa (25).

Corollario della natura negoziale del verbale di conciliazione è che il suo contenuto ha efficacia vincolante limitata, quanto ai soggetti, agli stipulanti e, quanto all'oggetto, a quella parte del negozio dispositivo che attiene alla rinuncia a diritti già acquisiti dal lavoratore, sicché esso preclude solo tra tali soggetti e per tale parte l'indagine sull'effettiva natura del rapporto intercorso nel periodo precedente l'accordo.

Per contro, l'efficacia parziale non può estendere i suoi effetti né vincolare soggetti terzi, quali ad esempio gli uffici o enti titolari di interessi pubblici connessi al rapporto medesimo del verbale di conciliazione (Inps, ministero del Lavoro), i quali ben potranno proporre un autonomo accertamento giudiziale senza incontrare limiti probatori sull'effettiva natura del rapporto (26).

Evidentemente, il regime del negozio transattivo stipulato in sede protetta, che non è esposto all'impugnazione nel termine decadenziale di sei mesi stabilita dai commi 2 e 3 dell'art. 2113 c.c., si spiega col rilievo che l'intervento dell'autorità pubblica è ritenuto idoneo a superare la presunzione di non libertà del consenso del lavoratore (27) e a garantire l'equilibrio negoziale e la sostanziale equità delle soluzioni rag-

---

(24) Cass. 26.10.2017, n. 25472, in *RFI*, 2017, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, 3880, n. 64; Cass. 9.11.1995, n. 11677, in *MGL*, 1996, 210 ss.; Cass. 4.12.1986, n. 7193, in *FI*, 1987, I, 2172 ss.

(25) Per ulteriori spunti sul tema, Briguglio 1988, 203 ss.

(26) Cass. 18.2.2005, n. 3343, in *RFI*, 2005, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, 3880, n. 87.

(27) Cass. 19.8.2004, n. 16283, in *NGL*, 2005, 143 ss.

giunte (28). Ciò nonostante, esso rimane assoggettato, come qualsiasi altro negozio giuridico, alle azioni di nullità e di annullamento ai sensi degli articoli 1418 ss. e 1441 ss. c.c., operando la deroga di cui all'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. esclusivamente con riferimento alla disciplina generale di impugnabilità nel termine semestrale (29).

5. — *Rinunzie dei diritti dei lavoratori nelle vicende circolatorie dell'azienda. Conclusioni* — Il tema delle rinunzie a diritti «futuri» del lavoratore è invece sviluppato nella seconda delle ordinanze in commento in relazione a una ipotesi di grande interesse pratico, ovvero la retrocessione di ramo di azienda a seguito della risoluzione del contratto di affitto.

Non è infrequente nella prassi che alle vicende collegate alla circolazione di azienda o di suoi rami si accompagni la stipula di conciliazioni sindacali ai sensi dell'art. 411 c.p.c. con le quali i lavoratori, al di là del caso testualmente previsto dal comma 2 dell'art. 2112 c.c. di consenso al passaggio alle dipendenze del cessionario con liberazione del cedente (o affittante) dalle obbligazioni esistenti in capo a quest'ultimo al momento del trasferimento, accettano altresì diverse condizioni di trattamento in termini di inquadramento professionale e trattamento retributivo.

In dottrina si fa riferimento, sul punto, a situazioni complesse, relative a vicende che si pretende diano luogo a novazione oggettiva del rapporto, ma rispetto alle quali l'avvertimento è che esse potrebbero mascherare, in realtà, un assetto di interessi diverso da quello imposto dal legislatore con conseguente rischio di elusione delle tutele del lavoratore (30).

In giurisprudenza si registra, sul punto, un orientamento alquanto permissivo nel consentire deroghe convenzionali alla rigida disciplina dell'art. 2112 c.c., in prospettiva, evidentemente, di una maggiore tutela dell'occupazione. Si è, ad esempio, ritenuta valida la conciliazione sindacale con la quale il lavoratore, in relazione alla prevista cessione, da parte della società datrice di lavoro, della sua azienda ad altra società, rinunciò al diritto di passare alle dipendenze dell'impresa cessionaria: tale diritto è infatti determinato e attuale, essendo inerente al complesso di situazioni giuridiche che formano la posizione lavorativa del dipendente, della cui titolarità, quindi, costui è ben consapevole (31).

Il ragionamento della Suprema Corte si fonda, quindi, sull'assunto della rinunciabilità del diritto per la sua avvenuta acquisizione nel patrimonio del lavoratore, anche in forza della regola generale del mantenimento dei diritti pregressi in sede di trasferimento d'azienda *ex art.* 2112 c.c., con rilevanza degli obblighi assunti dal cedente nei confronti del cessionario.

Tuttavia, il confine rispetto a una rinunzia a diritti futuri è indubbiamente molto sottile, e quanto mai opportuno è il richiamo della dottrina a una disamina critica degli accordi conciliativi in funzione della tutela effettiva dei diritti del lavoratore (32).

---

(28) Cass. 26.7.1984, n. 4413, in *FI*, 1984, I, 1660 ss., con nota di Barone.

(29) Cass. 26.7.2002, n. 11107, in *RGL*, 2003, II, 419 ss., con nota di Fatone.

(30) Cester 1989, 996.

(31) Cass. 26.5.2014, n. 11723, in *RFI*, 2014, voce *Lavoro (rapporto)*, 3890, n. 1070; Cass. 18.8.2000, n. 10963, in *FI*, 2001, I, 1259 ss., con nota di Cosio.

(32) Cester 1989, 996; Ferraro 1991, 7; Pera 1990, 34.

Nell'ottica di una piena garanzia del lavoratore si pone, invece, l'ordinanza in commento, che si occupa della particolare fattispecie in cui la rinuncia contenuta in un verbale di accordo sindacale avrebbe comportato la liberazione del cedente dalle obbligazioni che sarebbero gravate sul cessionario al momento della retrocessione del ramo di azienda.

La premessa maggiore del ragionamento della Corte è che la tutela accordata al lavoratore in caso di affitto di azienda o suo ramo opera anche «nell'ipotesi di circolazione regressiva dell'azienda», ovvero quando l'azienda (o il ramo di essa) viene nuovamente retrocessa all'originario cedente per cessazione del contratto di affitto, purché anche a fronte di questa retrocessione l'originario cedente prosegua la medesima attività e resti immutata l'organizzazione aziendale (33).

Da ciò, correttamente, si argomenta che la rinuncia preventiva da parte dei lavoratori, operata all'atto della prima vicenda traslativa, alla solidarietà del cedente (affittante) per le future obbligazioni del cessionario (affittuario) nei confronti dei lavoratori trasferiti e non ancora estinte da quest'ultimo all'atto della retrocessione, è nulla in quanto relativa a diritti non ancora maturati né acquisiti al patrimonio dei lavoratori, ma destinati a sorgere in futuro.

Secondo la Corte, l'assetto del rapporto così delineato a fronte della rinuncia contiene una regolamentazione difforme da quella imposta dalla norma imperativa di tutela di cui all'art. 2112 c.c., escludendo preventivamente la solidarietà del primo datore di lavoro, cessionario in retrocessione, rispetto a diritti dei dipendenti retrocessi non ancora sorti al momento della rinuncia: ciò a differenza di quanto accade nell'ipotesi, normativamente prevista come eccezione dal comma 2 dell'art. 2112 c.c., in cui il lavoratore può liberare il cedente dalla solidarietà per le obbligazioni già sorte e sussistenti al momento del trasferimento.

La precisazione è senz'altro opportuna e coerente con l'orientamento «protettivo» cui si faceva cenno, per evitare che il regime legale di solidarietà dell'azienda affittante nei confronti dei dipendenti trasferiti possa essere eluso attraverso il meccanismo della formale restituzione dell'azienda per cessazione del rapporto di affitto.

La pronuncia, al pari dell'altra in commento, va dunque segnalata con particolare favore in funzione di una visuale più ampia della tutela dei diritti del lavoratore, che non si arresti ai profili formali, ma si avvalga sempre del richiamo ai principi generali e assicurati effettività alle ragioni del contraente debole.

#### *Riferimenti bibliografici*

- Albi P. (2016), *La dismissione dei diritti del lavoratore: art. 2113 c.c.*, Giuffrè, Milano.  
Briguglio A.R. (1988), voce *Conciliazione giudiziale*, in *Digesto civile*, vol. III, Utet, Torino.  
Cester C. (1989), voce *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, in *ED*, vol. XL, Milano.  
De Luca Tamajo R. (1976), *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli.

---

(33) Cass. 1.10.2018, n. 23765, in *RFI*, 2018, voce *Lavoro (rapporto)*, 3890, n. 970; Cass. 26.7.2011, n. 16255, in *RFI*, 2011, voce *Lavoro (rapporto)*, 3890, n. 1157; Cass. 4.9.2003, n. 12909, in *RFI*, 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, 3890, n. 1407.

- Del Punta R., Scarpelli F. (2019), *Codice commentato del lavoro – Art. 2113 c.c.*, Wolters Kluwer-Ipsa, Milano.
- Ferraro G. (1991), voce *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, in *EGT*, vol. XXVII, Roma.
- Ferraro G. (2008), voce *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, *Postilla di aggiornamento*, in *EGT*, Roma.
- Lumia C., Calogero M. (1983), *Sulle rinunce e transazioni dei lavoratori*, in *RGL*, I, 473 ss.
- Magnani M. (1990), voce *Disposizione dei diritti in materia di lavoro*, in *DDPComm.*, vol. V, Utet, Torino.
- Pera G. (1990), *Le rinunce e le transazioni del lavoratore – Art. 2113 codice civile*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano.

Carmen Lombardi  
*Consigliera della Sezione lavoro  
della Corte d'Appello di Napoli*

CASSAZIONE, 11.9.2020, n. 18959, ord. – Pres. Nobile, Est. Cinque – B.M. (avv.ti Del Re, Di Risio) c. Fca Italy Holdings Spa (avv. De Luca Tamajo). Conf. Corte d'Appello di Campobasso, 5.6.2015.

**Comando e distacco – Interesse solidaristico – Crisi d'impresa temporanea – Interesse alla salvaguardia del patrimonio professionale d'impresa – Incremento della polivalenza professionale individuale del lavoratore – Sussiste.**

**Comando e distacco – Mutamento delle mansioni – Trasferimento a unità produttiva sita a più di 50 km – Tutela costitutiva ex art. 30, c. 4-bis, d.lgs. n. 276/2003 – Non sussiste.**

*L'accertamento sulla presenza dell'interesse al distacco costituisce un accertamento di fatto, non sindacabile in sede di legittimità. Tale interesse può essere anche di natura non economica o patrimoniale in senso stretto, ma di tipo solidaristico: l'importante è che non si risolva in una mera somministrazione di lavoro altrui. E esso, temporaneo e sussistente per tutto il periodo del distacco, può essere individuato nell'incremento della polivalenza professionale, sebbene in una situazione di crisi temporanea aziendale. (1)*

*La tutela civilistica di tipo «costitutivo» e sanzionatoria di tipo «amministrativo» (prima penale) ex art. 30, c. 4-bis, d.lgs. n. 276/2003, riguarda solo l'ipotesi ritenuta più grave del distacco senza i requisiti dell'interesse e della temporaneità (art. 30, c. 1, d.lgs. n. 276), mentre per le ipotesi disciplinate dal c. 3 dell'art. 30, d.lgs. n. 276 – relative al quomodo attraverso cui il distacco venga attuato –, è accordata la sola tutela civilistica di tipo «risarcitorio». (2)*

(1-2) DISTACCO DEL LAVORATORE, INTERESSE SOLIDARISTICO  
TRA IMPRESE E CRISI ECONOMICA

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Il distacco come fattispecie interpositoria lecita. Interesse al distacco e solidarietà tra imprese: l'art. 2139 c.c. — 3. Solidarietà tra imprese e crisi economica: «distacco collettivo» ex l. n. 236/1993 e «distacco conservativo». — 4. Conservazione delle professionalità e predeterminazione della prestazione.

1. — *Introduzione* — Era prevedibile che, malgrado la regolamentazione legislativa del 2003, l'applicazione dell'art. 30, d.lgs. n. 276/2003, avrebbe alimentato, e con rinnovato vigore, i dubbi interpretativi che hanno storicamente accompagnato l'istituto del distacco. L'assetto complessivo assicurato dalla disposizione – non troppo lontano dall'equilibrio che, negli anni, aveva sostanzialmente garantito la giurisprudenza – non si è rivelato poi così risolutivo, e la tutela del lavoratore distaccato è rimasta affidata, come in passato, a principi già largamente affermatasi nella prassi applicativa, ma pro-

fondamente condizionati dagli elementi di fatto emersi dall'analisi della fattispecie, e per questo poco affidabili.

La sentenza in commento ne è una conferma. Essa riguarda un'ipotesi di distacco temporaneamente disposto nei confronti di un dipendente inviato, per dieci mesi, presso un'impresa utilizzatrice, sita a oltre 50 km di distanza dalla sede abituale di lavoro. L'impresa distaccante era stata coinvolta, nei mesi precedenti, da una crisi produttiva, che si era risolta in costanza di distacco, revocato circa un mese dopo la conclusione di quest'ultima. Il distacco, che aveva di fatto evitato la Cassa integrazione guadagni, veniva formalmente ancorato all'interesse verso l'incremento della polivalenza del lavoratore, al fine di non disperdere il patrimonio professionale della distaccante, costituito dal complesso delle competenze di ciascun dipendente. Il lavoratore ne contestava la legittimità, ai sensi dell'art. 30, commi 1 e 3, d.lgs. n. 276/2003, e, in riforma della sentenza d'appello, ricorreva in Cassazione: lamentava che l'interesse all'incremento della sua polivalenza professionale non fosse stato dimostrato, e che in realtà fosse riconducibile all'esigenza di gestire la crisi occupazionale che aveva interessato la distaccante; segnalava come il provvedimento fosse stato adottato senza il suo consenso – malgrado le mansioni assegnate presso la distaccataria fossero diverse – e senza addurre esigenze oggettive, sebbene il distacco lo avesse esposto a una distanza tra le due sedi produttive superiore ai 50 km. Il lavoratore invocava, quindi, la tutela costitutiva *ex* art. 30, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 276/2003, e la condanna della distaccataria alla costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

La Corte di Cassazione respinge il ricorso. In primo luogo, essa ribadisce l'orientamento secondo il quale l'accertamento sulla presenza dell'interesse al distacco costituisce un accertamento di fatto, non sindacabile in sede di legittimità. Poi, riconosce la validità «dell'interesse all'incremento della polivalenza professionale individuale del lavoratore, in un contesto di crisi aziendale temporanea, nell'attesa della ripresa produttiva, al fine di non disperdere il patrimonio professionale di ciascun dipendente». Inoltre, afferma che proprio la diversità delle mansioni svolte presso la distaccataria costituisce un indice sintomatico dell'interesse all'incremento della polivalenza professionale, e ammette quindi che l'interesse al distacco possa anche essere «di natura non economica o patrimoniale in senso stretto, ma di tipo solidaristico» – purché «non si risolva in una mera somministrazione di lavoro altrui» – anche in concomitanza con una crisi aziendale. Infine, esclude che eventuali vizi connessi alle modalità operative del distacco, come disciplinate dal comma 3 dell'art. 30, d.lgs. n. 276/2003 (consenso del distaccato in ipotesi di mutamento di mansioni e comprovate ragioni tecniche produttive organizzative e sostitutive, in caso di trasferimento oltre i 50 km), possano essere sanzionati con la tutela costitutiva. Quest'ultima è testualmente prevista per il solo caso dell'art. 30, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, ovvero per l'assenza dei requisiti costitutivi della fattispecie, dell'interesse e della temporaneità. Negli altri casi, relativi al «*quomodo* attraverso cui il distacco venga attuato, che non è in contrasto con i fondamenti dell'istituto giuridico», la legge correttamente prescrive solo la tutela civilistica di tipo risarcitorio.

2. — *Il distacco come fattispecie interpositoria lecita. Interesse al distacco e solidarietà tra imprese: l'art. 2139 c.c.* — In perenne e latente conflitto con l'allora esplicito divieto di inter-

posizione nei rapporti di lavoro, la figura del distacco emerge nella prassi, soprattutto nell'ambito del lavoro prestato all'interno di un'impresa di gruppo (1), e viene qualificato come fenomeno interpositorio lecito (2), «che comporta un cambio nell'esercizio del potere direttivo ed eventualmente disciplinare, per cui il dipendente di un datore» di lavoro «viene dislocato presso un altro, con contestuale assoggettamento al comando e al controllo di quest'ultimo. Il datore-distaccante, tuttavia, continua a essere il titolare del rapporto di lavoro e soprattutto dell'obbligo retributivo e contributivo» (3). In assenza di una definizione legislativa, il distacco era stato delineato dalla giurisprudenza nei tratti caratteristici, nella regolamentazione e nell'individuazione dei requisiti costitutivi della fattispecie.

La definizione legislativa di distacco viene introdotta per la prima volta dall'art. 30, d.lgs. n. 276/03, secondo cui «l'ipotesi del distacco si configura quando un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa». A seguito del d.lgs. n. 276/2003, tuttavia, il quadro legale è risultato profondamente modificato, poiché l'integrale abrogazione della l. n. 1369/1960 ha conseguentemente ridisegnato i confini del generale divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro entro cui si è sempre mossa la disciplina giurisprudenziale del distacco (4). E sebbene la definizione legislativa abbia riproposto le principali coordinate dell'istituto tradizionalmente elaborate dalla giurisprudenza (5), in realtà la liceità del distacco è stata affidata a un insieme di requisiti costitutivi della fattispecie molto più articolato del passato. Essi, letti in maniera sistematica tra loro, possono contribuire a suggerire applicazioni molto più rigorose dell'istituto, rispetto a quelle adottate dalla giurisprudenza precedente.

Anche nella definizione legislativa del distacco, tra i requisiti richiesti per la sua legittimità, nonostante l'estrema vaghezza della formula, mantiene centralità l'interesse del distaccante, che dunque si colloca lungo una linea di sostanziale continuità con il passato.

Se non che, da questo punto di vista, le soluzioni giurisprudenziali anteriori al 2003 non sempre sono apparse soddisfacenti. L'esatta individuazione della nozione di interesse, infatti, si è mossa al di fuori di un compiuto sistema teorico di riferimento, in quanto, volta per volta, calibrata sulla fattispecie concreta, al fine di giudicarne la compatibilità con il divieto d'interposizione disposto con la l. n. 1369/1960. Soltanto la sussistenza di

---

(1) Su cui, tra i più recenti: Orlandini 2004, 312; Pinto 2005, ma già *Idem* 1999, 456; Lunardon 2007, 2076; Aimò, Izzi 2014; Raimondi 2016; Greco 2017.

(2) Tra gli studi più risalenti, nell'ottica della dissociazione soggettiva tra il datore di lavoro e l'utilizzatore della prestazione: Carnelutti 1961, 503; Rudan 1961, 382; Benedetti 1965, 1492; Hernandez 1968, 57; Bettini 1986, 76; De Marchis 1993, 257.

(3) Carinci 2000, 175. In giurisprudenza, per la nozione giurisprudenziale di distacco anteriore al d.lgs. n. 276/2003, Cass. 21.2.2007, n. 4003, in *MGC*, 2007, 2.

(4) Lunardon 2006, 181. Sulla persistenza del divieto d'interposizione anche a seguito dell'abrogazione della l. n. 1369/1960, di cui somministrazione e distacco costituiscono eccezioni: Del Punta 2005, 1953; Vallebona, 2003, 410. In giurisprudenza, Cass. 26.10.2006, n. 22910, S.U., in *LG*, 2007, 271 ss., con nota di Ratti.

(5) Zoli 2003, 935.

un interesse del datore di lavoro che dispone il distacco avrebbe potuto consentire che continuasse a operare, sul piano funzionale, la causa del contratto di lavoro in corso con il distaccante, e che il lavoratore, pur essendo tecnicamente a disposizione del distaccatario, in realtà continuasse a essere «utilizzato» dal proprio datore di lavoro (6).

La tesi giurisprudenziale più diffusa, quindi, aveva identificato il requisito in questione, in primo luogo, in un interesse di natura oggettiva, volto a soddisfare esigenze produttive od organizzative dell'impresa distaccante (7). L'interesse doveva essere inerente all'esercizio dell'attività imprenditoriale istituzionalmente propria del distaccante; doveva, pertanto, coincidere con una «qualsiasi motivazione tecnica, produttiva e organizzativa del distaccante, purché effettivamente esistente, lecita e rilevante» (8).

Di fatto, le applicazioni di tale principio sono state molto flessibili e raramente hanno condotto a pronunce di illegittimità del distacco basate sulla carenza di interesse del distaccante (9). Anche perché, secondo una massima ricorrente in giurisprudenza, il riscontro dello specifico interesse del distaccante costituisce un'indagine di merito, non censurabile in Cassazione (10), che deve limitarsi a verificare l'esistenza e la liceità dell'interesse, nonché l'esistenza di un nesso eziologico tra tale interesse e il provvedimento che dispone il distacco (11). L'accertamento non può spingersi oltre, atteso che, viceversa, il giudice si sostituirebbe all'imprenditore nella valutazione e nella gestione degli interessi aziendali (12).

Il legame tra esigenze produttive e organizzative dell'impresa e interesse del distaccante è stato riproposto anche con riferimento alla definizione legislativa del distacco. Secondo le prime letture del dato normativo, l'interesse del distaccante si sarebbe esaurito in un collegamento tra il distacco ed elementi attinenti alla generale organizzazione aziendale, da ravvisare anche in una «convenienza di carattere funzionale [...] perché attinente all'aspetto organizzativo dell'impresa» (13). L'aspetto organizzativo dell'impresa, così, è stato interpretato in senso dinamico, fino a ricomprendere nell'ambito applicativo dell'art. 30, d.lgs. n. 276/2003, anche «quei distacchi giustificati da situazioni fattuali suscettibili di arrecare futuri vantaggi all'impresa distaccante» (14). Esegesi così ampie

---

(6) Ciò avrebbe consentito di allontanare la fattispecie dal divieto di interposizione e, conseguentemente, di configurare il distacco non come mera fornitura di lavoro altrui, ma come «atto di gestione imprenditoriale»: Cass. 7.11.2000, n. 14458, in *OGL*, 2000, 968 ss.; Cass. 7.6.2000, n. 7743, in *NGL*, 2000, 769 ss.; Cass. 21.6.1998, n. 5102, in *OGL*, 1998, 584 ss. Nello stesso senso anche la nota del ministero del Lavoro del 11.4.2001 (n. 5/26183/70VA).

(7) Cass. 10.6.1999, n. 5721, in *RIDL*, 2000, II, 36 ss., con nota di Caro; Cass. 13.4.1989, n. 1751, S.U., in *FI*, 1989, I, 2494 ss.; Cass. 26.5.1993, n. 5907, in *GI*, 1996, I, 848 ss.

(8) Così, Monaco 2004, 213, e, in giurisprudenza, ancora Cass. 10.6.1999, n. 5721, cit.

(9) Cass. 26.2.1982, n. 1264, in *GC*, 1982, 154 ss.; Cass. 12.11.1980, n. 11895, S. pen., in *MGL*, 1981, 206 ss.; Cass. 10.6.1999, n. 5721, cit.

(10) Cass. 4.6.1992, n. 6807, in *MGC*, 1992, 6.

(11) Cass. 26.4.2006, n. 9557, in *RIDL*, 2006, II, 882 ss.

(12) Monaco 2004, 214.

(13) Vidiri 2004, 569. Per alcune puntuali esemplificazioni: Scarpelli 2004, 443; Ttarelli 2004, 235.

(14) Sulla possibile attinenza a un'attività accessoria dell'impresa, a una complementare e perfino a un'attività svolta in via straordinaria, Vidiri 2004, 570.

dell'interesse al distacco, tuttavia, hanno sorretto interpretazioni particolarmente permissive, dove, come in passato, rimangono incerte alcune ipotesi di dubbia legittimità: come nel caso in cui l'interesse si presenti «indiretto», quando il distaccante, cioè, intenda soddisfare esigenze di altra impresa, facente parte dello stesso gruppo o con la quale abbia instaurato una collaborazione antica e perdurante. In passato l'ipotesi non era stata accolta dalla giurisprudenza, la quale contestava la non sporadicità e la prevalenza dell'interesse del distaccatario in ipotesi di collaborazione tra imprese che operavano in settori affini, accordandosi di aiutarsi in situazioni di emergenza (15).

Quello della solidarietà tra imprese quindi si è rivelato il nodo teorico più controverso e la possibilità di configurare un interesse di natura non economica, ad esempio «morale o solidale», ritenuta pacifica in giurisprudenza (16), non sempre è stata riconosciuta dalla dottrina (17).

A stretto rigore di logica, l'interesse «morale o solidale» potrebbe trovare un'indiretta conferma nella genesi dell'istituto del distacco. Invero, secondo un'opinione, una primissima regolamentazione del fenomeno del distacco nel settore privato era già contenuta nel codice civile (18). Con esclusivo riferimento al settore dell'agricoltura, infatti, l'art. 2139 c.c., sotto la rubrica «Scambio di mano d'opera o di servizi», ancora oggi dispone che «Tra piccoli imprenditori agricoli è ammesso lo scambio di mano d'opera o di servizi secondo gli usi» (19). Tuttavia, poiché la prima disciplina legale rilevante ai fini del distacco, e immediatamente successiva al codice civile, è stata la l. n. 1369/1960, che ha sancito il divieto di «impiego di manodopera assunta e retribuita da terzi», l'interesse dottrinale nei confronti della disposizione codicistica si è sostanzialmente limitato all'approfondimento dei rapporti tra quest'ultima e il divieto di dissociazione tra datore di lavoro formale e l'utilizzatore delle prestazioni di lavoro. L'attenzione verso l'istituto, quindi, è andata scemando nel tempo, sebbene per alcuni la disposizione rappresenti ancora una sorta di riconoscimento legislativo di un livello sia pur minimo e settoriale di «solidarietà imprenditoriale», come caratteristica ricorrente anche in contesti economici più avanzati e progrediti, oltre che più estesi, rispetto a quelli tradizionali dell'economia rurale (20).

Lo spirito associativo-solidaristico, in senso lato, è stato quindi agevolmente riconosciuto lecito e compatibile con il divieto di scissione tra datore di lavoro formale e datore di lavoro sostanziale, in particolari contesti produttivi, quali quelli delle cooperative che operino nell'ambito delle organizzazioni associative no profit (21). Oppure, nelle ipotesi di gruppi di impresa, dove effettivamente è più probabile il verificarsi di quelle esigenze organizzative e produttive che normalmente sottostanno al distacco, a

---

(15) Cass. 2.11.1999, n. 12224, in *MGL*, 1999, 1373 ss.

(16) Cass. 17.1.2000, n. 594, in *RIDL*, 2001, II, 407 ss., con nota di M.T. Carinci.

(17) Carinci 2000, 149; *contra*, Vidiri 2004, 570; Capurro 2004, 262.

(18) Esposito 2002, 53; Zoli 2003, 935.

(19) Sul tema, in generale: Alessi 1990, 266; Magno 1986, 997; Ichino 2000, 404; Zoli 2003, 935.

(20) Esposito 2002, 56. Per la sostanziale abrogazione della norma, a causa del generale divieto di interposizione, e per la sua scarsa ripercussione nella pratica, Carinci 2000, 124.

(21) Cass. 17.1.2000, n. 594, cit.

causa del frequente svolgimento in comune di attività economiche tra le società del gruppo, nonché la convergenza di interessi economici dei soggetti che vi siano coinvolti (22). In questa direzione, d'altronde, si è mosso l'art. 7, comma 2, lett. a, l. n. 99/2013, con l'introduzione del comma 4-ter dell'art. 30, d.lgs. n. 276/2003, secondo cui, «qualora il distacco di personale avvenga tra aziende che abbiano sottoscritto un contratto di rete di impresa [...] l'interesse della parte distaccante sorge automaticamente in forza dell'operare della rete, fatte salve le norme in materia di mobilità dei lavoratori previste dall'articolo 2103 del codice civile» (23).

3. — *Solidarietà tra imprese e crisi economica: «distacco collettivo» ex l. n. 236/1993 e «distacco conservativo»* — Molto più complesso è risultato, invece, il riconoscimento di un interesse solidaristico tra imprese, nel caso in cui la «solidarietà» sia richiesta dallo stato di crisi della distaccante, che collochi presso una società collegata parte del personale, con la prospettiva di reinserirlo nell'organico, una volta migliorate le condizioni del mercato.

In giurisprudenza la fattispecie non è stata risolta univocamente: esistono, infatti, precedenti contrari, secondo cui «l'interesse al distacco non può quindi essere ravvisato nella crisi dell'impresa distaccante e nell'esigenza di dare lavoro ai dipendenti, conservando i rapporti di lavoro in vista di una ripresa produttiva» (24).

Di norma, la ragione teorica sottesa all'illegittimità di tale tipo di interesse al distacco è ricondotta alla perdurante vigenza dell'istituto del «distacco collettivo», di cui all'art. 8, comma 3, della l. n. 236/93 (25).

Tale disposizione, come è noto, ha rappresentato uno dei primi segnali di attenzione del fenomeno del distacco nel settore privato (26): essa aveva previsto che «gli accordi sindacali, al fine di evitare le riduzioni di personale, possono regolare il comando o il distacco di uno o più lavoratori dell'impresa ad altra per una durata temporanea». Fatto salvo dal comma 4 dell'art. 30, d.lgs. n. 276/2003, il «distacco collettivo» rappresenta, oggi, una forma speciale di distacco che si discosta da quella generale di cui ai primi tre commi dell'art. 30, per diverse caratteristiche strutturali, riconducibili, prima di ogni cosa, alla causa delle due fattispecie, che risiede: nel distacco, nell'esercizio del potere direttivo del datore di lavoro, attraverso il suo interesse allo svolgimento della prestazione lavorativa presso il terzo (27); mentre, nel «distacco collettivo», nella finalità di assicurare l'occupazione ai dipendenti di imprese in crisi.

La più evidente deviazione rispetto ai requisiti costitutivi della fattispecie ordinaria

---

(22) Cass. 21.9.2010, n. 19931, in *RIDL*, 2011, II, 717 ss., con nota di Brun; Cass. 1.4.1999, n. 3136, in *MGL*, 1999, 467 ss.; Cass. 27.2.1995, n. 2261, in *NGL*, 1995, 286 ss.; Cass. 5.4.1990, n. 2831, in *RIDL*, 1991, II, 183 ss.

(23) Su cui, Cass. 21.4.2016, n. 8068, in *DRI*, 2017, 193 ss., con nota di Scarpelli.

(24) Cass. 7.6.2000, n. 7743, in *NGL*, 2000, 769 ss., e per un caso di distacco realizzato nel pubblico impiego con riferimento a dipendente pubblico provvisoriamente in soprannumero, Cass. 23.4.1992, n. 4851, in *RIDL*, 1993, II, 428 ss., con nota di Pizzoferrato.

(25) Cass. 23.4.2009, n. 9694, in *LG*, 2010, 42 ss., con nota di Lattanzio.

(26) Carinci 2000, 186.

(27) Sulla costruzione del distacco come esercizio del potere direttivo del datore di lavoro distaccante, Magrini 2003, 1889. Prima del 2003: Perulli 1992, 320; Grandi 1972, 218.

riguarda proprio l'interesse del datore di lavoro, dal momento che l'interesse sotteso al distacco ex art. 8, l. n. 236/1993, non potrà semplicemente coincidere ed esaurirsi nel mero «interesse proprio» del distaccante, rispetto al quale presenterà, invece, una fisionomia profondamente diversa, sdoppiandosi nei due distinti interessi del lavoratore all'occupabilità, e dell'impresa alla flessibilità (28). Invero, nell'intento di fronteggiare una crisi occupazionale, questa specifica fattispecie legale di distacco autorizza una «sorta di ampliamento del potere direttivo del datore di lavoro», condizionato al consenso delle organizzazioni sindacali, che funge così da «filtro» delle esigenze aziendali obiettive e «al tempo stesso da garanzia di equo contemperamento fra queste e gli interessi dei lavoratori» (29). È dunque nei confronti di tale accordo che occorre svolgere un controllo di liceità, al fine di evitare l'aggiramento delle tutele del lavoro subordinato: alle rappresentanze sindacali infatti è rimessa la valutazione circa l'opportunità del ricorso al distacco quale alternativa a qualsiasi altra forma di gestione delle eccedenze del personale in esubero. Da qui la tradizionale «cautela» mostrata dalla giurisprudenza di legittimità nell'avallare operazioni tra imprese, volte a garantire l'occupazione e ad alleggerire temporaneamente il carico retributivo: se la crisi dell'impresa fosse da sola sufficiente a integrare gli estremi del requisito strutturale dell'interesse al distacco, rischierebbe di venire aggirata la regola imperativa sottesa al «distacco collettivo», secondo cui per procedere all'invio del personale in esubero presso un terzo è necessario ottenere il consenso delle rappresentanze sindacali.

Inaspettatamente la sentenza in commento non fa alcun riferimento all'ipotesi legale del «distacco collettivo», probabilmente a causa della temporaneità della crisi aziendale che, non esponendo al rischio di riduzioni definitive del personale, potrebbe condurre a conclusioni diverse. Infatti, la Corte ammette la possibilità di riconoscere lo spirito solidaristico, anche in presenza di una crisi economica dell'impresa distaccante, «la quale ben può trarre vantaggio dal mantenimento temporaneo della manodopera presso un terzo che se ne accollì i costi, con la prospettiva di poterne immediatamente disporre una volta che la situazione di mercato possa ritenersi superata».

La fattispecie, in effetti, costituisce un'ipotesi frequente e di difficile inquadramento, in cui, data la reversibilità dello stato di crisi aziendale, al distacco si fa ricorso per evitare di attivare meccanismi di integrazione salariale. Nella prassi delle relazioni industriali questa forma di distacco, che può essere individuale o plurimo, prende il nome di «distacco conservativo», e sottende l'interesse del distaccante a gestire fruttuosamente una crisi o un calo produttivo, salvaguardando al contempo le conoscenze e la professionalità dei lavoratori. Invece di attingere agli ammortizzatori sociali, nella sua versione genuina, il «distacco conservativo» consente di slittare il peso economico del personale in esubero verso altra impresa, ma soddisfa al contempo un'esigenza organizzativa legata alla conservazione delle professionalità che, nel frattempo, continuano a impiegare le proprie competenze altrove, in attesa di rientrare presso la distaccante, una volta che sia terminato lo stato di crisi. È evidente, tuttavia, come un uso improprio dello strumento potrebbe agevolare meccanismi elusivi del sistema de-

---

(28) Carinci 2000, 186; Brollo 1997, 475; Del Punta 1993, 647; Vergari 1993, 998.

(29) Ichino 2000, 145.

gli ammortizzatori sociali, e dei costi economici e sindacali delle relative procedure. Da qui l'esigenza di ricondurre anche il «distacco conservativo» entro i limiti della fattispecie legale di cui all'art. 30, d.lgs. n. 276/2003 (30), e di distinguere tra interesse di natura organizzativa (lecito) alla conservazione delle professionalità, da reintegrare al termine della crisi, e interesse economico (illecito) al mero rimborso del costo del lavoro, per alleggerire l'impresa in stato di crisi. Infatti, la temporaneità dello stato di crisi non esclude che la natura puramente economica dell'interesse al distacco – esclusivamente orientato a realizzare un risparmio del costo del lavoro – entri in rotta di collisione con la linea di demarcazione tra distacco e somministrazione di lavoro.

Si tratta, come si ricorderà, della nota posizione espressa in sede amministrativa: la circolare del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 3 del 15 gennaio 2004 chiarisce, infatti, che il distacco può essere legittimato da «qualsiasi interesse produttivo del distaccante che non coincida con quello della mera somministrazione di lavoro altrui» (31). Pertanto, se nella somministrazione, al pari di qualsiasi altro contratto commerciale, il perno regolativo della fattispecie è calibrato sulle esigenze dell'utilizzatore, da soddisfare con la fornitura di manodopera, nella nozione di distacco, al contrario, il punto di vista che emerge è rappresentato dall'interesse del soggetto che dispone l'esecuzione della prestazione di lavoro a favore del terzo beneficiario (32). L'indicazione appare preziosa ed esclude che possa trattarsi di un interesse di mero lucro, giustificato dalla sola circostanza di percepire un corrispettivo per avere posto a disposizione del distaccatario il lavoratore, nel qual caso il distacco costituirebbe una forma illecita, in quanto non autorizzata, di somministrazione di lavoro (33).

Con questa motivazione, contro la liceità del ricorso al distacco quale alternativa a una procedura di Cassa integrazione per contrazione dell'attività produttiva, si è esplicitamente espressa la circolare del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 28 del 24 giugno 2005. Il Ministero ha escluso l'accostamento di questa fattispecie, in via analogica, a quella ammessa dall'art. 8, l. n. 236/1993, sia per la natura eccezionale della fattispecie legale, sia per la differenza sussistente fra una situazione tendenzialmente irreversibile, quale quella che porta a una procedura di licenziamento collettivo, rispetto a una ipotesi di temporanea concentrazione dell'attività produttiva, cui è possibile far fronte con un trattamento di integrazione salariale. In sede amministrativa, fa ecce-

---

(30) Unico precedente di legittimità in materia è Cass. 14.3.2016, n. 10484, S. pen., inedita a quanto consta, che tuttavia si limita ad affermare la depenalizzazione, a opera del d.lgs. 15.1.2016, n. 8, del reato di intermediazione illecita di manodopera (art. 18, comma 5-*bis*), senza pronunciarsi sulla legittimità di un accordo di distacco conservativo, in cui la distaccante perseguiva lo specifico interesse (illecito, secondo il Tribunale) a non perdere le maestranze e le professionalità possedute dai suoi dipendenti, durante una situazione di crisi.

(31) T. Roma 21.11.2007, in *LG*, 2008, 934 ss., con nota di Dui.

(32) Così Chicco 2004, 111.

(33) Ichino 2000, 498; Vidiri 2004, 569; Tatarelli 2004, 235; Tiraboschi 2004, 227. In quest'ottica, la suddetta circolare individua nel compenso specifico che ecceda il mero rimborso del costo aziendale lordo sopportato dal distaccante un indice della illiceità del distacco, ed espressamente ha escluso che l'eventuale rimborso dei costi afferenti al lavoratore possa superare quanto effettivamente corrisposto al lavoratore dal datore di lavoro distaccante». Contro lo scopo meramente economico dell'interesse al distacco, anche Cass. 13.4.1989, n. 1751, S.U., cit.

zione la sola ipotesi di «distacco conservativo» realizzato all'interno del gruppo di impresa, dove la contrazione solo temporanea del volume d'attività dell'impresa distaccante può ingenerare in capo al datore di lavoro un interesse specifico a preservare in forza (e nella propria disponibilità) i lavoratori temporaneamente sospesi, i quali, di contro, potrebbero cercare una diversa occupazione, in luogo della sospensione del rapporto di lavoro. Ciò spiega come, ma solo all'interno del gruppo, il distacco non costituirebbe un mero scambio/prestito di manodopera per fronteggiare esigenze contingenti, ma la realizzazione di uno specifico interesse dell'impresa che si avvale delle opportunità che derivano dalla struttura integrata tra imprese collegate.

Infine, uno specifico interesse economico produttivo dell'impresa distaccante, anche con riguardo alla salvaguardia delle proprie professionalità, a che il lavoratore svolga la propria attività a favore dell'impresa distaccataria è stato riconosciuto dalla contrattazione collettiva. Il caso più noto – che contempla, tuttavia, il consenso del lavoratore – è l'art. 96, Ccnl edilizia, la cui compatibilità con l'articolo 30, d.lgs. n. 276/2003, è stata riconosciuta in sede amministrativa, «ben potendo rientrare la salvaguardia delle professionalità dei lavoratori distaccati nella più ampia categoria degli interessi economico-produttivi di un'impresa» (34).

4. — *Conservazione delle professionalità e predeterminazione della prestazione* — Che la salvaguardia della professionalità in forza presso la società distaccante, durante una crisi economica reversibile, possa costituire un interesse specifico al distacco, perché connesso a esigenze organizzative o produttive dell'impresa, costituisce un valido punto di partenza. Tuttavia, posto in termini astratti, l'interesse al distacco rischia di perdere la sua funzione qualificatoria e antifraudolenta, e quindi richiede ulteriori presupposti.

Estremamente pertinente appare, quindi, la posizione di quella dottrina che, nel tentativo di limitare razionalmente l'avallo di ogni tipo di dissociazione tra rapporto di lavoro formale e rapporto di lavoro sostanziale, ha fatto leva su una lettura unitaria di tutti gli altri requisiti di legittimità contenuti nella definizione legale del distacco. Oltre che della temporaneità, in passato trascurata dalla giurisprudenza (35), anche della «determinatezza» della prestazione (36). È abbastanza scontato, infatti, che, se il valore che anima il distacco è la tutela di quella specifica professionalità, debba quantomeno esserci un'attinenza tra quest'ultima e la precisa attività che il lavoratore sarà chiamato a svolgere presso la distaccataria. E quindi, un esplicito collegamento tra la conserva-

---

(34) Circolare ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali 11.7.2005, n. 1006.

(35) Cass. 13.4.1989, n. 1751, S.U., cit.; Cass. 20.4.1985, n. 1499, S.U., in *RGL*, 1985, II, 75 ss., con nota di Bettini; T. Genova 5.12.2006, in *RIDL*, 2007, II, 250 ss. Sul concetto di temporaneità, da interpretarsi come «non definitività», cfr. la circolare del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 3/2004.

(36) Alleva (2004, 177), che parla di «una specifica “missione” che viene affidata al lavoratore, circoscritta nei suoi contenuti di apporto lavorativo e, dunque, intuitibilmente anche negli obiettivi da realizzare». Sulla necessità che il distacco sia disposto per lo svolgimento di una determinata attività lavorativa, tuttavia, non si è registrata univocità di opinioni. Tendono a svalutare la portata dell'indicazione testuale Vidiri 2005, 569, e Lunardon 2006, 188. In giurisprudenza, C. App. Torino 21.7.2009, in *RGL*, 2010, II, 287 ss., con nota di Valente.

zione della professionalità nel distacco e la specifica e «determinata attività lavorativa» da svolgere presso l'utilizzatrice, concordata tra quest'ultima e il distaccatario (37), potrebbe rivelare quel *quid pluris* caratterizzante la liceità della complessiva operazione, e riuscirebbe ad allontanare il sospetto che l'interesse al distacco abbia natura meramente economica di «risparmio» dei costi del lavoro e finalità elusive di normative inderogabili. L'interesse, invero, è «non al distacco», ma «al contratto con il lavoratore, ovvero – per essere ancora più precisi – al mantenimento del relativo rapporto» (38). Sicché, «una cosa è l'interesse alla base del distacco, che può essere di vario genere purché lecito, altra cosa è la permanenza dell'interesse alla disponibilità, idealmente illimitata, della prestazione lavorativa» (39): l'interesse al mantenimento del rapporto con il distaccato spezza, infatti, ogni circuito di effettiva e definitiva utilizzazione del rapporto di lavoro da parte del terzo, a causa della persistenza del legame con il datore di lavoro distaccante, che non si esaurisce sul solo piano formale, dal momento che presto o tardi esso è destinato a essere ripristinato anche nei fatti.

Sotto questo profilo, la soluzione adottata dalla Corte di Cassazione convince fino a un certo punto. È vero che la durata circoscritta del provvedimento datoriale ridimensiona le esigenze che, di norma, giustificano la costituzione di un rapporto di lavoro con la distaccataria. Tuttavia, tanto il generico riferimento alla conservazione della polivalenza professionale del lavoratore, quanto l'assenza di una specifica predeterminazione dell'attività da svolgere presso la distaccataria tradiscono l'evanescenza dell'interesse datoriale, nonché la sua inadeguatezza a orientare nel giudizio antifraudolento sul distacco. Per quanto condivisibile, anche il riferimento alla sostanziale acquiescenza del lavoratore – al quale si addebita la mancata opposizione formale al distacco (40) – conferma come il giudizio sulla legittimità dell'interesse al distacco richieda ancora indicazioni (almeno) giurisprudenziali univoche e più rigorose.

Probabilmente, l'inedita apertura verso la legittimità di distacchi motivati da momentanei squilibri economici costituisce una tra le molte manifestazioni del rinnovato atteggiamento che l'ordinamento giuridico nel suo complesso rivolge ormai nei confronti della crisi d'impresa. Dinnanzi alla quale si sono evidentemente allentati i margini di rigore che erano stati tradizionalmente riservati agli imprenditori in dissesto economico. Di questa nuova tendenza, che ha radici europee (41), si è fatto carico il diritto commerciale, appena dotatosi di un recentissimo – ma non ancora entrato in vigore – Codice della

---

(37) Sulla necessità, implicita, che alla base del provvedimento di distacco debba sussistere un'intesa tra distaccante e distaccatario che, «nel silenzio del legislatore [...] non deve essere necessariamente formalizzata per iscritto», vd. Zoli 2003, 944; Vidiri 2004, 570; Alleva 2004, 181.

(38) Esposito 2002, 178. Ma in questo senso già Magrini 1985, 59; Bonardi 2001, 111. In giurisprudenza, Cass. 23.4.2009, n. 9694, cit.

(39) Esposito 2002, 178.

(40) Cass. 13.12.2018, n. 32330, in *soluzionilavoro.it*, con nota di Bettini.

(41) Il riferimento è alla Raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014 «su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza» (n. 2014/135/Ue), che ha ispirato, tra l'altro, la sostituzione del fallimento con la liquidazione giudiziale, con l'obiettivo di evitare il discredito sociale, anche personale, che storicamente ha accompagnato la parola «fallito» (come accade già in altri ordinamenti europei).

crisi d'impresa e dell'insolvenza; e, per parte sua, anche il diritto del lavoro, nella nuovissima disciplina dei rapporti di lavoro nella liquidazione giudiziale, in sostituzione della ormai datata (e incompleta) disciplina di cui alla legge fallimentare (42).

In questo contesto era immaginabile che, anche con riferimento all'incerta linea di demarcazione tra distacco lecito e dissociazione tra datore di lavoro formale e sostanziale, il relativo confine subisse qualche scossa di assestamento. Ciò non toglie che le tutele del lavoro distaccato, tutt'oggi sostanzialmente affidate alle tecniche giudiziali del controllo della fattispecie e dell'interpretazione antifraudolenta (43), destano ancora perplessità. Soprattutto se governate da un sistema sanzionatorio modulato in funzione dei vizi del distacco, che marginalizza la tutela costitutiva ai soli casi di carenza di interesse e di temporaneità, e riserva quella di tipo esclusivamente risarcitorio, in assenza di elementi altrettanto qualificanti, quali il consenso del lavoratore adibito a diverse mansioni, e le comprovate ragioni oggettive in caso di spostamento oltre i 50 km di distanza (44).

#### Riferimenti bibliografici

- Aimo M.P., Izzi S. (2014), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Milano.
- Alessi R. (1990), *L'impresa agricola*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano.
- Alleva P.G. (2004), *La nuova disciplina dei distacchi*, in G. Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, Roma, 177 ss.
- Benedetti G. (1965), *Profili civilistici dell'interposizione nel rapporto di lavoro subordinato*, in RTDPC, 1492 ss.
- Bettini M.N. (1986), *Alcune osservazioni sul comando o distacco del lavoratore*, in RGL, II, 76 ss.
- Bolego G. (2011), *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova.
- Bonardi O. (2001), *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, FrancoAngeli, Milano.
- Brollo M. (1997), *La mobilità interna del lavoratore (Art. 2103)*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 244 ss.
- Capurro F. (2004), *Il distacco*, in RCDL, 260 ss.
- Carinci M.T. (2000), *La fornitura di lavoro altrui*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 175 ss.
- Carnelutti G. (1961), *Contratto di lavoro subordinato altrui*, in RDC, I, 503 ss.
- Chieco P. (2004), *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti, dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 91 ss.
- De Marchis C. (1993), *L'appalto di manodopera, il distacco e il lavoro interinale*, in RGL, II, 257 ss.
- Del Punta R. (1993), *Appalto di manodopera e subordinazione*, in DLRI, 645 ss.
- Del Punta R. (2005), *Il «nuovo» divieto di appalto di manodopera*, in DPL, 1953 ss.

(42) Su cui, in generale, si vedano i contributi sul numero monografico di RGL, 2019, n. 4, dedicato a *La tutela del lavoro nel nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*.

(43) Bolego 2011, 200; Zoli 2004. In giurisprudenza, Cass. 5.9.2006, n. 19036, in RIDL, 2007, II, 663 ss., con nota di Rosano.

(44) Sul differente regime sanzionatorio, in tema di distacco, Monaco 2004, 223; Gambacciani 2005, 236. E, in senso critico, Vidiri 2004, 575.

- Esposito M. (2002), *La mobilità a favore del terzo*, Jovene, Napoli.
- Gambacciani M. (2005), *La disciplina del distacco nell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003*, in *ADL*, I, 203 ss.
- Grandi M. (1972), *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, vol. 1, *Le modificazioni soggettive*, Giuffrè, Milano.
- Greco M.G. (2017), *Il rapporto di lavoro nell'impresa multidatoriale*, Giappichelli, Torino.
- Hernandez S. (1968), *Posizioni non contrattuali nel rapporto di lavoro*, Cedam, Padova.
- Ichino P. (2000), *Il contratto di lavoro*, vol. I, in A. Cicu, F. Messineo (già diretto da), *Trattato di Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 404 ss.
- Lunardon F. (2006), *Il distacco del lavoratore nel d.lgs. n. 276/2003*, in *Giurisprudenza piemontese*, 177 ss.
- Lunardon F. (2007), *Il rapporto di lavoro nei gruppi di imprese*, in C. Cester (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, vol. II, Utet, Torino, 2076 ss.
- Magno P. (1986), voce *Scambio di manodopera e di servizi in agricoltura*, in *NDI*, App., vol. VI, Unione tipografica-editrice torinese, Torino, 997 ss.
- Magrini S. (1985), *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, FrancoAngeli, Milano.
- Magrini S. (2003), *La nuova disciplina del distacco*, in *LPO*, 1887 ss.
- Monaco M.P. (2004), *Il distacco del lavoratore*, in M.T. Carinci, C. Cester (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 204 ss.
- Orlandini G. (2004), *Diritto del lavoro e regolazione delle reti*, in F. Cafaggi (a cura di), *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali*, il Mulino, Bologna, 312 ss.
- Perulli A. (1992), *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, Milano.
- Pinto V. (1999), *Il lavoro nei gruppi imprenditoriali: oltre il decentramento?*, in *DLRI*, 456 ss.
- Pinto V. (2005), *I gruppi societari nel sistema giuridico del lavoro*, Cacucci, Bari.
- Raimondi R. (2016), *Rapporti di lavoro e gruppi imprenditoriali*, Giappichelli, Torino.
- Rudan M. (1961), *L'interposizione nelle prestazioni di lavoro e la nuova disciplina degli appalti d'opere e di servizi*, in *RTDPC*, 382 ss.
- Scarpelli F. (2004), *Distacco*, in E. Gragnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali, Commentario sistematico al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 440 ss.
- Tatarelli M. (2004), *Il distacco del lavoratore*, in *MGL*, 234 ss.
- Tiraboschi M. (2004), *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 205 ss.
- Vallebona A. (2003), *Breviario di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Vergari S. (1993), *Licenziamenti collettivi: le nuove norme*, in *DPL*, 996 ss.
- Vidiri G. (2004), *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, in *MGL*, 564 ss.
- Zoli C. (2003), *Il distacco del lavoratore nel settore privato*, in *DL*, 937 ss.
- Zoli C. (2004), *Commento all'art. 30. Distacco*, in M. Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 330 ss.

Marina Nicolosi  
Professoressa associata di Diritto del lavoro  
presso l'Università di Palermo

CASSAZIONE, 20.7.2020, n. 15401, ord. – Pres. Berrino, Est. Patti – C.P.G. (avv. Carlesso) c. Gruppo Argenta Spa (avv.ti Moncher, Scaglia). Cassa Corte d'Appello di Milano, 7.4.2017.

**Licenziamento collettivo – Art. 24, l. n. 223/91 – Nozione – Cessazione del rapporto di lavoro – Modifica sostanziale degli elementi essenziali del contratto per ragioni non inerenti alla persona del lavoratore.**

*Alla luce di una corretta interpretazione dell'art. 1, par. 1, c. 1, lett. a, della Direttiva n. 98/59 del Consiglio del 20 luglio 1998 (concernente il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi), rientra nella nozione di «licenziamento» il fatto che un datore di lavoro proceda, unilateralmente e a svantaggio del lavoratore, a una modifica sostanziale degli elementi essenziali del contratto di lavoro per ragioni non inerenti alla persona del lavoratore stesso, da cui consegue la cessazione del contratto di lavoro, anche su richiesta dal lavoratore medesimo. (1)*

(1) DAL «LICENZIAMENTO» (COLLETTIVO) ALLA «RIDUZIONE DI PERSONALE»: I PRESUPPOSTI APPLICATIVI DELLA DIRETTIVA EUROPEA E DELLA L. N. 223/91 NELLA GIURISPRUDENZA

SOMMARIO: 1. La svolta della Cassazione: una nuova nozione di (licenziamenti per) «riduzione di personale»? — 2. *Nihil novi sub sole?* I (più o meno) recenti arresti della giurisprudenza europea. — 3. Luci e ombre del quadro normativo e applicativo europeo. — 4. La normativa italiana e i consolidati (sino a oggi) orientamenti della giurisprudenza italiana. — 5. L'ordinanza e il suo «non detto». — 6. Dall'«atto» (di gestione) all'«intenzione» (organizzativa): le riduzioni di personale dopo la sentenza.

1. — *La svolta della Cassazione: una nuova nozione di (licenziamenti per) «riduzione di personale»?* — L'ordinanza in commento interviene in merito alla delimitazione dei presupposti applicativi della disciplina legislativa dei licenziamenti collettivi per riduzione di personale di cui all'art. 24 della l. n. 223/91 (1). I giudici di legittimità cassano infatti la decisione della Corte d'Appello, per violazione e falsa applicazione dell'art. 24, cit.

Quanto alle circostanze di fatto, e per quanto qui interessa, in estrema sintesi il lavoratore è stato licenziato, per giustificato motivo, a esito di una complessa vicenda aziendale, con esternalizzazione di un settore (*Fleet management*) e alcune risoluzioni di rapporti di lavoro, per fattispecie diverse (dimissioni, risoluzioni consensuali in sede conciliativa, licenziamenti per soppressione posto).

Venendo alla parte che qui interessa, e che attiene appunto all'ultimo dei motivi di ricorso, il lavoratore sostiene l'illegittimità del licenziamento per mancata applicazione

(1) Natullo 2020.

delle procedure (informazione e consultazione sindacale; criteri di scelta) previste dal combinato disposto degli artt. 24 e 4 ss., l. n. 223/91: in quanto, nel novero delle numerose cessazioni dei rapporti di lavoro intervenute nel periodo in questione, e in particolare nel periodo considerato dalla normativa del 1991 (120 giorni), sarebbe stata in realtà superata la soglia minima per l'applicazione della predetta normativa (5 licenziamenti).

I giudici di legittimità hanno accolto sul punto il ricorso del lavoratore, ritenendo, con succinte argomentazioni, che, contrariamente a quanto deciso dai giudici di merito, la cessazione del rapporto di lavoro di un dipendente per risoluzione consensuale, concordata però in sede conciliativa ai sensi art. 7 della l. n. 604/66 – procedura propeedeutica a licenziamento individuale per motivo oggettivo seguito al rifiuto di accettare il provvedimento aziendale di trasferimento –, rientri nella nozione di «licenziamento» utile al fine del computo delle soglie di applicazione della disciplina dei licenziamenti collettivi.

La decisione della Cassazione risulta di grande rilievo in quanto i giudici di legittimità si pronunciano in difformità dal consolidato orientamento in materia, in precedenza solidamente schierato in difesa della nozione «formale» di licenziamento: tale da includere, appunto, solo gli atti di recesso formalmente imputabili alla volontà datoriale.

Invero, il *revirement* dei giudici di legittimità induce a una riflessione critica più generale, che coinvolge non solo gli orientamenti della Corte di Giustizia richiamati dalla Cassazione, ma più a monte le stesse disposizioni della direttiva europea.

2. — *Nihil novi sub sole? I (più o meno) recenti arresti della giurisprudenza europea* — Come noto, dopo alcuni anni di applicazione più «ortodossa» della prima Direttiva sui licenziamenti collettivi, n. 75/129 (2), la Corte di Giustizia ha costantemente seguito una linea ermeneutica ossequiosa del principio di massima estensione dell'ambito applicativo della disciplina europea; ciò anche su impulso del legislatore (con la riforma della Direttiva nel 1992) (3).

Partendo proprio dalla normativa, per quanto riguarda i profili che qui più interessano, sul piano «qualitativo» la direttiva europea individua la sua area applicativa in «ogni licenziamento effettuato per uno o più motivi non inerenti alla persona del lavoratore»: nozione già in partenza assai ampia, in virtù della sua formulazione «in negativo» (4), sostanzialmente tale da includere qualsiasi ragione riconducibile, direttamente o indirettamente, alla organizzazione e gestione economico-produttiva dell'impresa, con esclusione solo delle cause riferibili alla persona del lavoratore, con primario riferimento ai profili di inadempimento contrattuale.

Tale nozione, come detto già ampia, è stata ulteriormente estesa dalla citata riforma del 1992, con inclusione anche delle ipotesi di «cessazioni del contratto di lavoro

---

(2) Vd. C. Giust. 12.2.1985, C-284/83, *Dansk Metalarbejderforbund c. Fallimento H. Nielsen & Soen, Maskinfabrik A/S*.

(3) Direttiva n. 92/56, collazionata nella Direttiva di coordinamento n. 98/58. Sull'evoluzione Roccella *et al.* 2019, 397 ss.; Ricci *et al.* 2017, 1211 ss.; Garofalo, Chicco 2001, 9.

(4) Gonzales Biedma 1996, 309.

verificatesi per iniziativa del datore di lavoro per una o più ragioni non inerenti alla persona del lavoratore», a condizione che i licenziamenti siano almeno cinque (5). Il legislatore europeo affianca così ai licenziamenti «veri e propri» una seconda ipotesi: i licenziamenti «assimilati», formalmente non inquadrabili come licenziamenti, ma comunque riconducibili a iniziativa datoriale, nonché causalmente connessi alla stessa vicenda aziendale da cui originano i cinque licenziamenti «Doc» (ad esempio, pre pensionamenti, risoluzioni incentivate).

Da qui parte il nuovo corso della giurisprudenza comunitaria. Non è il caso di ripercorrere tutte le tappe di questo percorso (6), del quale vanno però evidenziati gli approdi centrali e soprattutto le conclusioni cui giunge nelle due decisioni del 2015 e del 2017 (7).

In buona sostanza, la Corte di Giustizia consolida i seguenti fondamentali principi, tutti finalizzati a garantire l'«effetto utile» delle disposizioni della direttiva.

a) Armonizzando le norme applicabili ai licenziamenti collettivi, il legislatore dell'Unione ha, al tempo stesso, inteso garantire una protezione di analoga natura dei diritti dei lavoratori nei vari Stati membri e promuovere il ravvicinamento degli oneri che dette norme di tutela comportano per le imprese dell'Unione.

b) La nozione di «lavoratore», nonché l'ambito (stabilimento) e le modalità di calcolo dei requisiti quantitativi previsti dalla direttiva, non possono essere rimessi alla discrezione degli Stati membri, giacché si consentirebbe a questi ultimi di alterare l'ambito di applicazione della direttiva, privandola così della sua piena efficacia (8).

c) Allo stesso modo, la «nozione» di licenziamento collettivo sottesa alla direttiva è quella, e solo quella, «comunitaria»: non può esservi rinvio a nozioni diverse individuate dalla normativa applicata negli ordinamenti dei singoli paesi membri. Tale nozione deve essere interpretata nel senso che comprende qualsiasi cessazione del contratto di lavoro non voluta dal lavoratore e, quindi, senza il suo consenso (9).

d) I licenziamenti si distinguono dalle cessazioni del contratto di lavoro le quali, in presenza dei presupposti di cui all'articolo 1, paragrafo 1, comma 2, della Direttiva n. 98/59, sono «assimilate» ai licenziamenti per la mancanza di consenso da parte del lavoratore (10).

e) Al fine di accertare l'esistenza di un «licenziamento collettivo», ai sensi dell'art. 1, par. 1, comma 1, lett. a, Direttiva n. 98/59, il presupposto, previsto nel comma 2 di tale disposizione, secondo il quale «i licenziamenti siano almeno cinque», dev'essere interpretato nel senso che la direttiva non riguarda le cessazioni di contratti di lavoro assimilate a un licenziamento, bensì esclusivamente i licenziamenti «in senso stretto» (11).

---

(5) Attuale art. 1, c. 2, Direttiva n. 98/58. Sulle modifiche, vd. gli Autori citati alla nota 3.

(6) Su cui, oltre gli Autori citati, vd.: Topo 2010, 716 ss.; Gadaleta 2018, 131; Cosio *et al.* (a cura di) 2016, 54.

(7) C. Giust. 11.11.2015, C-422/14, in *RIDL*, 2016, II, 699 ss., con nota di Riefoli; C. Giust. 21.9.2017, C-429/16, in *LG*, 2018, 337 ss.

(8) Vd.: C. Giust. 9.7.2015, C-229/14; C. Giust. 18.1.2007, C-385/05; C. Giust. 17.11.1998, C-250/97; C. Giust. 15.2.2007, C-270/05.

(9) C. Giust. 12.10.2004, C-55/02; C. Giust. 8.6.1994, C-383/92; C. Giust. 17.7.1997, C-190/05.

(10) C. Giust. 12.10.2004, C-55/02.

(11) C. Giust. 11.11.2015, C-422/14.

f) Alla luce della finalità della direttiva, volta in particolare, come emerge dal suo Considerando 2, al rafforzamento della tutela dei lavoratori in caso di licenziamenti collettivi, le nozioni che definiscono la sfera di applicazione della direttiva stessa, ivi compresa la nozione di «licenziamento» di cui all'art. 1, par. 1, comma 1, lett. *a*, di quest'ultima, non possono essere interpretate restrittivamente (12).

g) La direttiva dev'essere interpretata nel senso che il fatto che un datore di lavoro proceda, unilateralmente e a svantaggio del lavoratore, a una modifica sostanziale degli elementi essenziali del contratto di lavoro per ragioni non inerenti alla persona del lavoratore stesso che, in caso di rifiuto da parte di quest'ultimo, comporti la cessazione del rapporto di lavoro, rientra nella nozione di «licenziamento» di cui all'art. 1, par. 1, comma 1, lett. *a*, della medesima Direttiva (13).

h) Al fine di valutare se un licenziamento individuale contestato faccia parte di un licenziamento collettivo, il periodo di riferimento previsto da tale disposizione deve essere calcolato prendendo in considerazione tutti i periodi (di 30 o di 90 giorni consecutivi) nel corso dei quali tale licenziamento individuale è intervenuto, e durante i quali si è verificato il maggior numero di licenziamenti effettuati dal datore di lavoro per uno o più motivi non inerenti alla persona del lavoratore, ai sensi della stessa disposizione (14).

3. — *Luci e ombre del quadro normativo e applicativo europeo* — Venendo alla specifica questione che ci occupa, gli esiti della evoluzione sopra sintetizzata sono nel senso che, in buona sostanza, le cessazioni dei rapporti di lavoro «utili» ai fini della determinazione dei presupposti quantitativi di applicazione della direttiva sono di tre tipi:

a) i licenziamenti «in senso stretto», di cui all'art. 1, par. 1, comma 1, lett. *a*;

b) i licenziamenti «assimilati», di cui all'art. 1, par. 1, comma 2: ossia le cessazioni del rapporto che, seppur formalmente non imputabili a un recesso del datore di lavoro, sostanzialmente lo sono, in quanto comunque conseguenti, sul piano eziologico, a una «iniziativa» datoriale; come chiarito, tali licenziamenti «assimilati» possono essere computati al fine del raggiungimento delle soglie sempreché i licenziamenti «in senso stretto» siano almeno cinque;

c) i licenziamenti «indiretti» o «equivalenti»: ossia le cessazioni del rapporto, come chiarisce la Corte di Giustizia nel 2015, non formalmente riconducibili a un atto di recesso del datore di lavoro, ma «indotte» da un atto datoriale di gestione del rapporto di lavoro tale da determinare una modifica sostanziale degli elementi essenziali del contratto di lavoro, per ragioni non inerenti alla persona del lavoratore stesso, ma sempre e comunque riconducibili alle ragioni organizzative e produttive dell'azienda; modifica cui fanno seguito le dimissioni del lavoratore o il suo licenziamento conseguente al rifiuto di accettare la predetta modifica.

Quanto ai «licenziamenti» *sub c*), la Corte europea sul punto difetta però di esaustività. A ben vedere, infatti, non è espressamente chiarito se anche i licenziamenti «indiretti»,

---

(12) C. Giust. 9.7.2015, C-229/14.

(13) C. Giust. 21.9.2017, C-429/16.

(14) Vd. in particolare la recente C. Giust. 11.11.2019, C-330/19.

come quelli «assimilati», possano computarsi solo al raggiungimento della soglia di cinque licenziamenti «in senso stretto» o se invece abbiano la stessa valenza di questi ultimi.

Sul punto, infatti, la pronuncia della Corte del 2015 lascia qualche incertezza (15), anche derivante da una contraddizione tra la premessa in cui si enunciano le questioni pregiudiziali (16) e la parte in cui viene specificamente esaminata la questione pregiudiziale in questione (la terza) (17).

Sulla scorta delle richieste del giudice di rinvio nonché coerentemente a quanto la Corte argomenta, anche con riguardo alla precedente giurisprudenza sulla «nozione» di licenziamento collettivo, le conclusioni della Corte sembrerebbero far propendere in quest'ultimo senso, ossia che i licenziamenti «indiretti» siano equiparati ai licenziamenti «assimilati» (di cui all'art. 1, par. 1, comma 2, Direttiva): accomunati sostanzialmente dall'essere «cessazioni» del rapporto di lavoro non attribuibili alla volontà del lavoratore (ma diverse dai licenziamenti «in senso stretto»); tuttavia, la «sintesi» della terza questione pregiudiziale operata dalla Corte, unitamente alla formulazione delle conclusioni, lascia il dubbio di una equiparazione dei licenziamenti «indiretti» a quelli utili ai fini del computo del numero minimo di cinque licenziamenti (cd. «in senso stretto»).

Invero, le perplessità sopra evidenziate inducono a riconsiderare gli interventi di modifica della originaria formulazione della direttiva, apportati dal legislatore europeo nel 1992.

Infatti, come si è avuto modo di ricordare, prima di tale intervento i giudici europei, pur avendo dimostrato di interpretare estensivamente il concetto di «licenziamento collettivo», non superavano però l'argine dell'elemento formale della nozione: ossia che il presupposto «ontologico» della qualificazione dell'atto di cessazione del rapporto di lavoro come «licenziamento» è che esso sia imputabile, appunto formalmente, a un atto di recesso proveniente dal datore di lavoro.

L'intervento del legislatore europeo del 1992 ha però inevitabilmente indotto anche la Corte europea ad adeguare i suoi criteri ermeneutici, allargando a tutte le ipotesi di cessazione del rapporto più in generale non attribuibili alla volontà del lavoratore.

E in questo nuovo percorso interpretativo, la Corte si è trovata per così dire «co-

---

(15) In tal senso anche Poso 2020, 9.

(16) Punto 18, n. 3): «Se la nozione di “cessazioni del contratto di lavoro verificatesi per iniziativa del datore di lavoro per una o più ragioni non inerenti alla persona del lavoratore”, di cui all'ultimo comma dell'art. 1, par. 1, della Direttiva n. 98/59, comprenda la cessazione contrattuale concordata tra il datore di lavoro e il lavoratore che, pur derivando da un'iniziativa del lavoratore, è dovuta a una modifica di condizioni di lavoro per iniziativa del datore di lavoro a causa di una crisi aziendale e rispetto alla quale, in definitiva, è riconosciuta un'indennità di importo equivalente al licenziamento illegittimo».

(17) Sul punto, la Corte, in sede di esame della terza questione pregiudiziale, la sintetizza in questo modo: «Con la terza questione, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se la Direttiva n. 98/59 debba essere interpretata nel senso che il fatto che un datore di lavoro proceda, unilateralmente e a svantaggio del lavoratore, a una modifica sostanziale degli elementi essenziali del contratto di lavoro per ragioni non inerenti alla persona del lavoratore stesso rientra nella nozione di “licenziamento” di cui all'art. 1, par. 1, c. 1, lett. a, della medesima Direttiva, oppure costituisce una cessazione del contratto di lavoro assimilabile a un siffatto licenziamento, a norma dell'art. 1, par. 1, c. 2, di detta Direttiva».

stretta», in sede di interpretazione logico-sistematica, a superare anche un ulteriore argine. In tali cessazioni devono ricomprendersi non solo quelle, diverse dal licenziamento, «involontarie» (ossia, come afferma la Corte, «in mancanza di consenso del lavoratore», da intendersi in senso «formale»); bensì anche le cessazioni formalmente imputabili a un consenso del lavoratore ma sostanzialmente da ritenere, invece, in mancanza di suo consenso, in quanto riconducibili sul piano causale alla volontà datoriale: perché dovute al «fatto che un datore di lavoro proceda, unilateralmente e a svantaggio del lavoratore, a una modifica sostanziale degli elementi essenziali del contratto di lavoro per ragioni non inerenti alla persona del lavoratore».

A questo punto, sorge il dubbio che venga eroso anche l'ultimo argine: quello cioè che separa il licenziamento collettivo «formale» da quello «sostanziale»; ossia tutte le altre cessazioni del rapporto di lavoro avvenute in mancanza di consenso del lavoratore. Erosione che inevitabilmente induce anche a riflettere sulla opportunità e ragionevolezza della distinzione operata dalla modifica introdotta dalla Direttiva del 1992 ai fini del computo della soglia di applicazione della direttiva stessa.

Diviene quindi opportuno, per dare risposta al dubbio, ripercorrere origini e, soprattutto, *ratio* della normativa europea.

Come noto, questa è finalizzata a garantire, nel momento in cui nell'impresa si verificano condizioni, dovute a ragioni «aziendali» (organizzative, produttive ecc.), che giustificano la (potenziale) espulsione di un significativo numero di lavoratori, che in quella vicenda vi sia il coinvolgimento dei lavoratori mediante forme di partecipazione dei loro rappresentanti, «complicando l'esercizio del [...] potere di recesso senza tuttavia in alcun modo incidere nel merito delle sue scelte» (18). Il datore di lavoro dovrà dunque informare i rappresentanti sindacali, con i quali sarà tenuto a esaminare la situazione, verificando la possibilità di soluzioni alternative ai licenziamenti; in questo confronto sarà tenuto a impegnarsi seriamente, gravando su di lui, si ritiene, un «obbligo a trattare» (19).

Anche l'ulteriore passaggio procedurale previsto nei confronti dell'«autorità pubblica competente» è sempre funzionale a «cercare soluzioni ai problemi posti dai licenziamenti collettivi prospettati» (così l'art. 4, comma 2, della Direttiva): soluzioni sia preventive, sia successive (riqualificazione, strumenti per la ricollocazione, mobilità ecc.) (20).

In definitiva, la tutela dei diritti dei lavoratori, nella *ratio* della normativa europea, come in quella italiana, risiede nella «procedimentalizzazione» dei poteri dell'imprenditore, «essenzialmente volta a garantire che nel formarsi di certe decisioni si tenga conto degli interessi antagonistici sui quali va a incidere l'esercizio del potere» (21).

In questo senso, è stato giustamente evidenziato che il legislatore europeo delinea una fattispecie a formazione progressiva, la cui prima fase attiene alla definizione della decisione organizzativa aziendale, partendo dalla iniziale intenzione programmatica del datore di lavoro, attraverso il confronto e la discussione con le rappresentanze dei la-

---

(18) Garofalo, Chieco 2001, 20.

(19) Carabelli 2001, 163; Garofalo, Chieco 2001 21; Natullo 2004, 100 ss. In tal senso si è pronunciata anche la C. Giust. 8.6.1992, n. 383/92, in *Racc.*, 1994, I, 2479.

(20) Granata 1997, 16; Garofalo, Chieco 2001, 30; Natullo 2004, 105 ss.

(21) Liso 1982, 113.

voratori, che devono avvenire in piena trasparenza e correttezza delle parti (in primo luogo dell'azienda) (22).

Pertanto, il contemperamento degli interessi dei lavoratori con l'interesse dell'imprenditore-datore di lavoro resta affidato alla capacità dei rappresentanti dei lavoratori di intervenire in modo sostanziale nel processo/percorso decisionale imprenditoriale, «alterando» il nesso consequenziale tra la decisione organizzativa (la riduzione di personale) e il provvedimento di gestione del rapporto di lavoro (licenziamento), in modo da attenuarne le conseguenze negative per i lavoratori, mediante l'adozione condivisa di soluzioni alternative (23).

In quest'ottica, infatti, il diritto dei singoli lavoratori è ritenuto «recessivo»/cedevole rispetto al diritto del soggetto collettivo sindacale: «emerge dal tenore letterale e dall'impianto sistematico della Direttiva n. 98/59 che il diritto all'informazione e consultazione da esso previsto è destinato ai rappresentanti dei lavoratori, e non ai lavoratori considerati individualmente», e «occorre pertanto constatare che il diritto all'informazione e alla consultazione previsto dalla Direttiva n. 98/59, segnatamente al suo art. 2, è concepito a favore dei lavoratori intesi come collettività e presenta quindi natura collettiva» (24).

Se così è, se cioè l'obiettivo del legislatore è quello di consentire un trasparente confronto sulla vicenda (problema) organizzativa, è del tutto logico e ragionevole, al fine di garantire piena effettività alla tutela normativa, che le procedure di informazione e consultazione siano avviate «tempestivamente» (25), e che vadano impediti aggravamenti delle soglie quali-quantitative previste dalla direttiva.

In definitiva, e sempre seguendo il filo logico del ragionamento, ciò che fa (e deve far) scattare l'applicazione della specifica normativa è che in azienda si prospetti, per qualsiasi ragione organizzativa-produttiva, un problema di eccedenza di personale quantitativamente rilevante, per il quale, a usare le parole della direttiva, «il datore di lavoro preved[a] di effettuare licenziamenti collettivi».

Ciò detto, e in considerazione della evoluzione della legislazione e giurisprudenza europea, pare dunque consolidato il principio che, nell'arco temporale considerato, qualsiasi cessazione del rapporto non dovuta a ragioni soggettive (*rectius*, non inerenti alla persona del lavoratore) dovrà essere ricompresa nell'ambito applicativo della direttiva in quanto riconducibile causalmente alla stessa originaria ragione (e vicenda) legata a un'eccedenza di quella «quantità» (numero) di lavoratori che il legislatore ha ritenuto tale da determinare una rilevanza superindividuale, dunque collettiva-generale, della conseguente decisione organizzativa e gestionale.

Tutto ciò, anche in funzione di prevenire qualsiasi prassi elusoria o fraudolenta, tale da mimetizzare sotto altra veste le risoluzioni dei rapporti di lavoro, onde aggirare l'obbligo di confronto col sindacato e gli altri oneri procedurali di cui alla direttiva.

---

(22) Carabelli 2001; Natullo 2004, 92 ss.

(23) *Amplius*, Natullo 2004, 11 ss. e 77 ss.

(24) C. Giust. 16.7.2009, C-12/08, su cui Natullo 2010. Sul punto, per un'ipotesi di contrarietà all'art. 30 della CdfUe, cfr. Cosio 2011, 306.

(25) «L'informazione, la consultazione e la partecipazione devono essere realizzate tempestivamente»: così il Considerando 18 nel preambolo della Direttiva. A livello più generale, tale principio è statuito dall'art. 27 della CdfUe.

Se così è, non risulta del tutto coerente la distinzione, fatta dal legislatore europeo e consolidata e ampliata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, tra i licenziamenti «in senso stretto» (per così dire «formali») e quelli assimilati e/o indiretti (altre ipotesi di cessazione del rapporto non aventi formalmente i requisiti formali dei primi, ma «solo» quelli sostanziali).

Se infatti l'obiettivo è di procedimentalizzarne, e rendere condiviso o quantomeno discusso, il percorso di gestione della eccedenza di personale, facendo decorrere il momento iniziale dalla mera «intenzione», ossia, a usare le parole del dizionario (Treccani), quale «... il proposito e il desiderio di raggiungere il fine, senza una volontà chiaramente determinata e senza la corrispondente deliberazione di operare per conseguirlo...», sarebbe più coerente rispetto alla *ratio legis* includere ai fini della soglia quantitativa qualsiasi ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro (direttamente/formalmente o indirettamente/sostanzialmente) riconducibile alla eccedenza determinata dalla riorganizzazione aziendale cui è correlata la riduzione di personale. Le conseguenze della riorganizzazione, infatti, sempre in ossequio alla *ratio* normativa, dovranno essere discusse con le rappresentanze dei lavoratori (ed eventualmente gli organi amministrativi preposti), per giungere agli atti gestionali necessari, che potranno essere svariati: demansionamenti, trasformazione di rapporti di lavoro da full time a *part-time*, prepensionamenti, incentivi all'esodo (con correlate dimissioni e risoluzioni consensuali ecc.), sino ai veri e propri licenziamenti. E ogni ipotesi di cessazione di rapporti di lavoro, intervenuta nel periodo «sensibile», riconducibile, come detto direttamente o indirettamente, alla eccedenza di personale (fisiologicamente dichiarata *ex ante* o comunque ricostruita *ex post*), sarà da ritenere «interna» alla stessa vicenda aziendale e dunque utile ai fini del computo della soglia.

Se questo percorso argomentativo è condivisibile, occorre a quel punto (ri)valutare la ragionevolezza della distinzione tra «licenziamenti» e «cessazioni», e l'individuazione della (seconda) soglia minima dei 5 licenziamenti «in senso stretto», di cui all'art. 1, par. 1, comma 2, Direttiva: nel senso che sarebbe più coerente rispetto alle finalità della direttiva, e agli strumenti previsti per conseguire tali finalità, mantenere un'unica soglia complessiva, nella quale computare tutte le cessazioni dei rapporti di lavoro dovute a ragioni non inerenti alla persona del lavoratore e riconducibili alla eccedenza di personale dell'azienda.

4. — *La normativa italiana e i consolidati (sino a oggi) orientamenti della giurisprudenza italiana* — Venendo al nostro ordinamento, la l. n. 223/91, nel recepire la direttiva europea (art. 24, l. n. 223/91), ha individuato il profilo qualitativo/causale nella «riduzione o trasformazione di attività o di lavoro», che «giustifica» in maniera molto ampia le riorganizzazioni aziendali a monte del licenziamento e risulta omogeneo all'ambito applicativo/causale del licenziamento individuale per motivo oggettivo, dove l'evoluzione della giurisprudenza è nel complesso portata a ritenere giustificati anche i licenziamenti non necessariamente motivati da effettive esigenze di riduzione dei costi per far fronte a fattori negativi esterni e di mercato, ma più semplicemente per conseguire una organizzazione aziendale più efficiente e una maggiore redditività aziendale (26).

(26) Vd.: Cass. 7.12.2016, n. 25201, in *RGL*, 2017, II, 743 ss.; Cass. 24.5.2011, n. 11356, in

E dunque, anche nella «riduzione o trasformazione di attività o di lavoro» si può sostanzialmente rinvenire qualsiasi riorganizzazione aziendale che determini, indipendentemente dalle ragioni che l'hanno indotta, un'eccedenza di personale quantitativamente tale da determinare la «riduzione di personale» rilevante ai fini della legge (27).

Sempre con riferimento al profilo qualitativo/causale, va ricordato che, nella disciplina del 1991, la sottovalutazione del predetto profilo viene fatta discendere quasi ontologicamente dalla stessa impostazione «partecipativa» della normativa europea, sopra ricordata.

Tale «supremazia», per un verso, dei profili (e interessi) collettivi (sindacali) su quelli individuali e, per altro verso, dei profili procedurali su quelli qualitativo-sostanziali (causali) è stata confermata e consolidata nel diritto vivente, con il ben noto orientamento per cui: «In materia di licenziamenti collettivi, la l. n. 223/1991 ha introdotto un elemento innovativo consistente nel passaggio dal controllo giurisdizionale, esercitato *ex post* nel precedente assetto normativo, a un controllo sull'iniziativa imprenditoriale devoluto *ex ante* alle organizzazioni sindacali. Conseguentemente i residui spazi di controllo devoluti al giudice non riguardano più i motivi della riduzione del personale (a differenza di quanto accade in relazione ai licenziamenti per giustificato motivo oggettivo) ma la correttezza procedurale dell'operazione; onde non possono trovare ingresso in sede giudiziale le censure riguardanti l'eventuale difetto di esigenze effettive di riduzione del personale o trasformazione dell'attività produttiva» (28).

I presupposti qualitativi sono completati da quelli «quantitativi». Sul punto, e limitatamente a quanto rileva in questa sede, il legislatore italiano ha fatto come noto una scelta di massima estensione dell'ambito applicativo, individuando la soglia utile nel numero di cinque licenziamenti (dunque coincidente con quella minima considerata dal legislatore europeo per poter computare anche le «altre» cessazioni) e ampliando anche l'arco temporale (120 giorni), altresì prevedendo che tali disposizioni si applicano per tutti i licenziamenti che, nello stesso arco di tempo e nello stesso ambito, siano comunque riconducibili alla medesima riduzione o trasformazione (29).

Quanto alla giurisprudenza, questa è stata coerente con l'idea di un'ampia latitudi-

---

*DPL*, 2013, n. 38, 2247; Cass. 13.7.2006, n. 15943, in *RIDL*, 2007, II, 432 ss., con nota di Gallardi.

(27) Cfr. Brun 2012, 100; Cass. 18.11.1997, n. 11465, in *RIDL*, 1998, II, 627 ss.

(28) Cass. 8.10.2013, n. 22873, in *GDir.*, 2013, n. 48, 71 ss.; Cfr. anche Cass. 26.8.2013, n. 19576, in *MGC*, 2013. La giurisprudenza precisa che un controllo sulla effettiva sussistenza delle ragioni di cui all'art. 24, l. n. 223/91, non è del tutto escluso, ma è limitato alle ipotesi in cui il lavoratore riesca a fornire la prova di una discriminazione o di «maliziose elusioni dei poteri di controllo delle organizzazioni sindacali». Vd.: Cass. 12.10.1999, n. 11455, in *RCDL*, 2000, 123 ss.; Cass. 23.7.2003, n. 11651, in *MGL*, 2003, 861 ss.; Cass. 26.8.2013, n. 19576, in *MGC*, 2013.

(29) Il d.l. 20.5.1993, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 236/1993, ha previsto (con l'art. 8, c. 4) che «La disposizione di cui all'art. 24, c. 1, ultimo periodo, della l. 23.7.1991, n. 223, si interpreta nel senso che la facoltà di collocare in mobilità i lavoratori di cui all'articolo 4, comma 9, della medesima legge deve essere esercitata per tutti i lavoratori oggetto della procedura di mobilità entro centoventi giorni dalla conclusione della procedura medesima, salvo diversa indicazione nell'accordo sindacale di cui al medesimo art. 4, c. 9».

ne della causale dell'art. 24 (30) includendo, tra l'altro, riduzioni/trasformazioni sia indotte da riduzioni della domanda sul mercato, sia da modifiche degli assetti organizzativi aziendali (soppressione uffici, lavorazioni).

Sul punto specifico che qui ci occupa, però, sino a oggi la Cassazione era ferma nell'escludere dal computo dei licenziamenti formalmente dovuti ad atti di recesso datoriali («in senso stretto» a usare il termine utilizzato dalla giurisprudenza europea) altre ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro determinate (anche o soltanto) da una scelta del lavoratore, come nelle ipotesi di dimissioni, risoluzioni concordate, o prepensionamenti, pure laddove tali forme di cessazione del rapporto fossero riconducibili alla medesima operazione di riduzione delle eccedenze della forza lavoro da cui scaturiscono i licenziamenti (31).

Un argomento decisivo utilizzato da questa giurisprudenza per affermare la compatibilità del predetto orientamento con la normativa e giurisprudenza europea è stato ovviamente quello fondato sul limite minimo previsto dalla l. n. 223/91, corrispondente a quello minimo (5 licenziamenti) richiesto dalla normativa europea per poter computare le «altre» cessazioni (licenziamenti assimilati e/o indiretti): in quanto «... l'art. 24 della l. n. 223/1991, deve essere interpretato – anche alla luce del d.lgs. 26.5.1997, n. 151, che, nel dare attuazione alla Direttiva comunitaria 24 giugno 1992, n. 56, ha apportato una serie di modifiche allo stesso art. 24 – nel senso che nel numero minimo di cinque licenziamenti, ivi considerato come sufficiente a integrare l'ipotesi del licenziamento collettivo, non possono includersi altre differenti ipotesi risolutorie del rapporto di lavoro, ancorché riferibili all'iniziativa del datore di lavoro; tali diverse ipotesi restano, pertanto, assoggettate alle procedure di mobilità e ai criteri di scelta stabiliti dagli artt. 4 e 5, l. n. 223/1991, solo ove si raggiunga il suddetto numero di cinque licenziamenti» (32).

Tale lettura appare del resto coerente con le ricostruzioni della Corte di Giustizia, ferme restando le perplessità evidenziate.

5. — *L'ordinanza e il suo «non detto»* — Tornando alla ordinanza in commento, come detto risulta rivoluzionaria rispetto ai suddetti consolidati orientamenti, comportandone, come essa stessa esplicita, «il superamento».

Per vero, le conclusioni cui giunge la Corte non risultano supportate da un esaustivo percorso argomentativo, certamente richiesto dalla importanza e complessità della questione e degli effetti che ne possono conseguire.

Infatti, i giudici di legittimità si limitano assertivamente ad affermare che l'inclusione delle «altre» cessazioni nel limite minimo di licenziamenti utile al raggiungimento della soglia di applicazione della normativa sia la «corretta interpretazione» della diret-

---

(30) Cass. 18.11.1997, n. 11465, in *RIDL*, 1998, II, 627 ss., con nota di Vallauri; Cass. 29.12.1998, n. 12879, in *RFI*, 1998, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1780.

(31) Cass. 25.10.2000, n. 14079, in *MGL*, 2000, 1326 ss.; Cass. 29.3.2010, n. 7519, in *MGC*, 2010, III, 451 ss.; Cass. 22.1.2007, n. 1334, in *GI*, 2007, XII, 2718 ss.; Cass. 23.6.2006, n. 14638, in *RIDL*, 2007, II, 425 ss.

(32) Cass. 22.1.2007, n. 1334, cit.

tiva, come esplicitata dalla Corte di Giustizia nella pronuncia del 2015. Ma obliterano di argomentare sul percorso che li induce a tali conclusioni; lacuna tanto più avvertita in ragione, per un verso, delle interpretazioni della Corte di Giustizia, che pare giungere a conclusioni diverse; per altro verso della ricordata novità e rilevanza del *revirement*, di cui peraltro dimostrano di essere consapevoli.

In questa sede si può ipotizzare un possibile percorso ermeneutico che vada nel senso della decisione dei giudici di legittimità. A tal fine pare possibile raggiungere le predette conclusioni se:

a) si ritiene che la diversa soglia prevista dalla normativa italiana (cinque licenziamenti), inferiore a quelle indicate dall'art. 1, par. 1, comma 1, lett. *a*, della Direttiva, «escluda» l'applicazione della ulteriore specifica soglia prevista dal comma 2 della citata norma europea ai fini del computo (anche) delle altre cessazioni diverse dai licenziamenti in senso stretto;

b) si ritiene che, come sopra chiarito (par. 2), le conclusioni della Corte di Giustizia del 2015 sulla terza questione pregiudiziale siano nel senso di includere nei licenziamenti «in senso stretto» le cessazioni derivanti da una modifica sostanziale degli elementi essenziali del contratto di lavoro per ragioni non inerenti alla persona del lavoratore stesso.

Non si può negare che entrambi i percorsi ermeneutici siano fortemente esposti ad argomentazioni contrarie, per le ragioni già esplicitate; il che solleva forti dubbi sull'effettiva capacità del nuovo orientamento di potersi consolidare. Ciononostante, l'ipotesi interpretativa sopra articolata, in particolare quella *sub b*), appare quella più coerente con la ricostruzione qui sostenuta (in particolare al par. 3). In questo senso, dunque, pur se in maniera ermetica, la Cassazione offre una lettura della normativa europea funzionalmente più adeguata a un'applicazione «effettiva» delle tutele predisposte dalla direttiva.

6. — *Dall'«atto» (di gestione) all'«intenzione» (organizzativa): le riduzioni di personale dopo la sentenza* — A ogni modo, e indipendentemente dal futuro sviluppo del diritto vivente, occorre da ultimo esaminare le ripercussioni della decisione in commento, con riguardo alle vicende gestionali aziendali che possono riflettersi sul campo di applicazione della normativa in esame.

Prima della ordinanza, infatti, era già acclarato che alcune ipotesi di cessazione dei rapporti di lavoro, diverse dai licenziamenti, rientrassero nell'ambito applicativo della l. n. 223/91 (fermo restando il computo «oltre» i 5 licenziamenti «in senso stretto»). Sulla scorta dell'ordinanza in commento (e della citata giurisprudenza europea) occorre individuare quali altre vicende/fattispecie siano ricomprese nella «modifica sostanziale degli elementi essenziali del contratto di lavoro per ragioni non inerenti alla persona del lavoratore» (e che, in caso di rifiuto da parte di questi ultimi, comportino la cessazione del rapporto di lavoro).

Sul punto, e in sede di commento della giurisprudenza europea, si sono già evidenziate alcune possibili ipotesi potenzialmente ricadenti nel nuovo ambito applicativo, tra le quali certamente significative quanto a possibile impatto risultano i demansionamenti

a seguito di riorganizzazione, ai sensi del riformato art. 2103 c.c. (comma 2) (33), ma anche il trasferimento d'azienda che comporti, a seguito di applicazione di diversa disciplina contrattuale, modifiche sostanzialmente peggiorative dei rapporti di lavoro (34).

Invero, come nei citati casi, possono essere numerose e significative le modifiche in questione. Conviene, pertanto, cercare di delineare un vademecum dei presupposti generali sulla cui base valutare l'eventuale equiparazione ai licenziamenti collettivi delle cessazioni conseguenti a riorganizzazioni aziendali e conseguenti provvedimenti modificativi dei rapporti di lavoro.

Ebbene, tenendo conto delle finalità della normativa (europea e italiana) come specificate dalla interpretazione della giurisprudenza (europea e italiana), e delle caratteristiche richieste agli atti datoriali di modifica delle condizioni di lavoro, i presupposti possono essere così sintetizzati.

Deve trattarsi di modifiche sostanziali di elementi essenziali del contratto di lavoro: e dunque, anche avvalendosi della nozione ben nota ai giuslavoristi italiani di «mutamenti definitivi del rapporto di lavoro» (art. 7 St. lav.), possono ritenersi ricompresi provvedimenti (o ipotesi di) quali assegnazione a mansioni inferiori, decurtazioni retributive (sostanziali, dunque «significative»/definitive), trasferimenti dell'azienda e/o del lavoratore ecc.

Le modifiche devono comportare (o almeno giustificare) «cessazioni del rapporto di lavoro».

a) Tali modifiche devono essere espressione di riassetto organizzativi aziendali; sul punto possono richiamarsi non solo la nozione di «riduzione o trasformazione di attività o di lavoro» di cui all'art. 24 della l. n. 224/91, ma anche quella (per sostanziale coincidenza) di «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa» di cui all'art. 3 della l. n. 604/66, con le relative elaborazioni della giurisprudenza.

b) Infine, condizione essenziale, le «riorganizzazioni» devono essere motivate dalla necessità per l'azienda di porre rimedio a un problema aziendale che, in alternativa, determinerebbe un esubero di personale, dal momento che, lo si ricorda, gli obblighi procedurali scattano là dove il datore «intenda» ridurre il personale; non potrebbe cioè ritenersi sufficiente qualsiasi modifica (organizzativa aziendale e gestionale dei rapporti di lavoro), ma «solo» quella in mancanza della quale (o nel caso di rifiuto di accettazione da parte del dipendente) il datore di lavoro sarebbe «necessitato» a licenziare.

Orbene, può non essere semplice dimostrare la sussistenza dei presupposti sopra elencati, soprattutto quanto all'ultimo di essi, dovendo risalire alle effettive intenzioni del datore di lavoro. E dunque, se l'equiparazione può essere più agevole in vicende aziendali in cui siano più evidenti/trasparenti le esigenze (e relative ragioni) di ridurre il personale (crisi aziendali o comunque risultati economici negativi), lo è certamente meno nelle altre vicende in cui l'azienda avvii percorsi riorganizzativi funzionali a «meri» miglioramenti degli standard di efficienza e produttività.

---

(33) Gadaleta 2018; Poso 2020, 10.

(34) De Mozzi 2018, 15.

## Riferimenti bibliografici

- Brun S. (2012), *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, Padova.
- Carabelli U. (2001), *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, in *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Cacucci, 111 ss.
- Cosio R. (2011), *I licenziamenti collettivi*, in R. Foglia, R. Cosio (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 184 ss.
- Cosio R. et al. (a cura di) (2016), *Il licenziamento collettivo in Italia nel quadro del diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano.
- De Mozzi B. (2018), *Questioni introduttive in tema di licenziamento collettivo nel cd. Jobs Act*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 353.
- Gadaleta F. (2018), *Il problema dell'effettività nella Direttiva 98/59 e della cd. «dimensione comunitaria» del licenziamento collettivo*, in *RIDL*, I, 131 ss.
- Garofalo M.G., Chieco P. (2001), *Licenziamenti collettivi e diritto europeo*, in *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Cacucci, Bari, 1 ss.
- Gonzales Biedma E. (1996), *Licenziamenti per riduzione di personale*, in A. Baylos Grauet et al., *Dizionario del diritto del lavoro comunitario*, Monduzzi, 305 ss.
- Granata B. (1997), *Le Direttive comunitarie in materia di licenziamenti collettivi e l'ordinamento italiano*, in *I licenziamenti collettivi*, in *QDLRI*, n. 19, 159 ss.
- Liso F. (1982), *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, FrancoAngeli.
- Natullo G. (2004), *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, FrancoAngeli, Milano.
- Natullo G. (2010), *«Procedure» (sindacali) versus «tutele» (individuali) nella disciplina dei licenziamenti collettivi*, in *RIDL*, II, 251 ss.
- Natullo G. (2020), *Commento artt. 4, 17, 24, l. n. 223/91*, in R. Del Punta, F. Scarpelli (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Wolters Kluwer Ipsa, Milano, 1362 ss.
- Poso V. (2020), *Le risoluzioni consensuali del rapporto di lavoro che derivano da modifiche unilaterali sostanziali di condizioni essenziali del contratto di lavoro? Tu chiamale se vuoi... licenziamenti*, in *Labor*, 3 agosto.
- Ricci M. et al. (2017), *I licenziamenti collettivi. Nozione e procedura*, in E. Gragnoli (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1192 ss.
- Riefoli A. (2016), *I presupposti di applicabilità della disciplina sui licenziamenti collettivi al vaglio della Corte di Giustizia*, in *RIDL*, II, 699 ss.
- Roccella M. et al. (2019), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Cedam, Padova.
- Topo A. (2010), *I licenziamenti collettivi*, in F. Carinci, A. Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Utet, Torino, 716 ss.

Gaetano Natullo

*Professore ordinario di Diritto del lavoro  
presso l'Università del Sannio di Benevento*

## I

TRIBUNALE MANTOVA, 26.6.2020, *decr.* – Est. Pavoni – P.R. c. Apcoa Parking Italia Spa.

**Lavoro a distanza – Lavoro agile – Emergenza sanitaria – Cure genitoriali – Controllo giudiziale – Mansioni.**

*Il diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile per finalità di cura genitoriale è suscettibile di accertamento giudiziale in ordine alla concreta sussistenza di profili di compatibilità delle specifiche caratteristiche della prestazione con il lavoro prestato da remoto (nel caso di specie, il giudice ha accertato che le mansioni dedotte nel contratto di lavoro richiedono, in via prevalente, la presenza fisica del dipendente sul posto di lavoro e sono, pertanto, incompatibili con la modalità di lavoro agile). (1)*

## II

TRIBUNALE ROMA, 20.6.2020, *ord.* – Est. De Ioris. – *Omissis* (avv.ti Di Lolli, de Marchis Gomez) c. Asl Roma (avv. *Omissis*).

**Lavoro a distanza – Lavoro agile – Emergenza sanitaria – Disabilità – Salute – Mansioni.**

*Nel quadro della decretazione d'urgenza adottata per far fronte all'attuale emergenza epidemiologica da Covid-19 (art. 39, d.l. n. 18/2020) la necessità di controllare un figlio disabile, per l'equilibrio e la stabilità del quale risulti opportunamente certificata la funzione assolta dalla presenza della madre, appare meglio garantita, previa valutazione della compatibilità con il normale espletamento del servizio, dall'assegnazione della lavoratrice alla modalità agile di svolgimento della prestazione. (2)*

## III

TRIBUNALE GROSSETO, 23.4.2020, *ord.* – Est. Grosso – n.c. c. E. Spa.

**Lavoro a distanza – Lavoro agile – Emergenza sanitaria – Salute – Ferie – Congedi.**

*Il datore di lavoro privato che sia nelle condizioni di accordare la prosecuzione del rapporto secondo la modalità agile, in ragione della pacifica sussistenza del requisito di*

*compatibilità con il normale svolgimento delle mansioni attribuite al lavoratore, non può sottrarsi promuovendo, in modo ingiustificato e penalizzante, la fruizione di congedi ordinari o periodi di ferie, in presenza di comprovati titoli di priorità per ragioni di salute. (3)*

## IV

TRIBUNALE BOLOGNA, 23.4.2020, *decr.* – Est. Cosentino – n.c. c.  
(*Omissis*) Spa.

**Lavoro a distanza – Lavoro agile – Emergenza sanitaria – Disabilità  
– Salute – Mansioni.**

*Risulta assistita da fumes boni iuris la richiesta azionata con ricorso ex art. 700 c.p.c., ai sensi dell'art. 39, c. 1, d.l. n. 18/2020, di accedere in via prioritaria, a condizione che le mansioni assegnate lo consentano, allo svolgimento della prestazione in modalità agile, da parte della lavoratrice che certifichi il proprio stato di invalidità e risulti convivente con figlia con handicap grave. (4)*

(1-4) IL LAVORO AGILE AL VAGLIO DELLA GIURISPRUDENZA CAUTELARE:  
POTENZIALITÀ E LIMITI DEL DIRITTO EMERGENZIALE

SOMMARIO: 1. La riscoperta del lavoro agile nella pandemia e la sua rivisitazione. — 2. Il lavoro agile emergenziale come opzione prioritaria per il datore di lavoro. — 3. Il diritto al lavoro agile per i dipendenti disabili. — 4. Il diritto al lavoro agile dei genitori di figli minori.

1. — *La riscoperta del lavoro agile nella pandemia e la sua rivisitazione* — L'anno 2020 è stato tragicamente segnato dal dilagare della pandemia da coronavirus, tuttora in corso, che ha prodotto un impatto drammatico sui livelli occupazionali e ha, altresì, inciso significativamente sulla disciplina dei rapporti di lavoro. Nel settore privato come in quello pubblico, la pandemia ha contribuito, tra l'altro, a ridisegnare gli assetti organizzativi e le modalità regolative delle prestazioni di lavoro, poiché ha impresso un'accelerazione imprevista e imprevedibile al ricorso al lavoro agile.

Quest'ultimo si sostanzia nella esecuzione della prestazione lavorativa in parte all'interno dei locali aziendali (ma anche delle amministrazioni pubbliche) e in parte all'esterno, senza una postazione fissa, senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, ma entro i limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici. Tale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato deve essere stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi (art. 18, c. 1, l. n. 81/2017).

Con l'inasprirsi dell'emergenza sanitaria e il susseguirsi incalzante della decretazione d'urgenza e del progressivo conseguente consolidamento normativo delle misure adottate, tuttavia, il lavoro agile, al quale si è fatto e si continua ancora a fare ampio ricorso, quale strumento di contenimento dei rischi – sanitari ed economici – connessi al persistere della pandemia, si è contraddistinto, in realtà, per caratteristiche atipiche. Da un lato, infatti, il lavoro agile ha assunto una funzione superiore o quanto meno diversa rispetto a quelle individuate dal legislatore – incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro (art. 18, c. 1, l. n. 81/2017) –, dal momento che è stato utilizzato, a tutti gli effetti, come misura a tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, per la sua idoneità a favorire il distanziamento sociale senza comportare la sospensione della prestazione lavorativa e, quindi, l'interruzione dell'attività produttiva o del servizio pubblico. Dall'altro, per il lavoro agile emergenziale è stata dettata una disciplina semplificata, che, rispetto alle prescrizioni normative – invero già esigue – della l. n. 81/2017, ha sancito, in particolare, il rilevante sacrificio della funzione regolativa attribuita all'autonomia individuale delle parti (art. 19, l. n. 81/2017) (1).

Entrambi i rilevati profili di peculiarità del lavoro agile pandemico hanno determinato l'insorgere di un contenzioso, sia pur limitato, che è stato sottoposto al vaglio della magistratura, in sede cautelare. Le questioni giuridiche controverse affrontate nelle sentenze che formano oggetto del presente commento concernono, nello specifico, la sussistenza o meno di un diritto a ottenere la trasformazione in modalità agile del proprio rapporto di lavoro in capo al dipendente che ne faccia richiesta, nelle ipotesi tipizzate dalle norme emergenziali (2).

Le decisioni assunte dagli organi giudicanti e, soprattutto, le motivazioni addotte a sostegno delle stesse sono certamente meritevoli di attenzione, non solo per la loro valenza interpretativa rispetto alla disciplina emergenziale, che, per quanto transitoria, stenta ancora a essere superata in ragione dell'andamento della pandemia, ma anche perché potenzialmente rilevanti rispetto alla futura, se non prossima messa a regime del lavoro agile, concordemente riconosciuta come ineludibile, benché auspicata attraverso interventi regolativi di segno opposto, quanto alla individuazione della fonte a ciò deputata (3).

2. — *Il lavoro agile emergenziale come opzione prioritaria per il datore di lavoro* — Le prime due pronunce in esame, rese nella medesima data, il 23.4.2020, sono state adottate rispettivamente dal Tribunale di Bologna, con decreto *ex art. 669-sexies*, n. 2, c.p.c., e dal

---

(1) Sul lavoro agile emergenziale si rinvia almeno a: Albi 2020; Alessi, Vallauri 2020; Brollo 2020; Caruso 2020; Lamberti 2020; Zoppoli 2020.

(2) Un'ulteriore questione sottoposta al vaglio della giurisprudenza ha riguardato, invece, la determinazione del trattamento economico spettante al lavoratore agile, con specifico riferimento all'attribuzione del buono pasto. Al riguardo si è pronunciato il Tribunale di Venezia, con decisione dell'8.7.2020, su cui sia consentito il rinvio a Spinelli 2021.

(3) A fronte di chi sostiene la necessità di un nuovo intervento regolativo del legislatore (per cui vd. d.d.l. Senato n. 1833 del 29.5.2020), vi è chi auspica un potenziamento del ruolo affidato alla contrattazione collettiva (ad es., Dagnino 2020).

Tribunale di Grosseto, con ordinanza, disponendo entrambe per l'accoglimento delle istanze avanzate dai ricorrenti (4).

Nel caso affrontato dal Tribunale di Bologna, una lavoratrice, invalida al 60% e madre di una ragazza disabile grave, aveva presentato ricorso, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., per denunciare il comportamento della società datrice di lavoro, che, in piena emergenza epidemiologica, aveva illegittimamente rifiutato di farle svolgere la prestazione in *smart working* – a differenza di quanto disposto per altri colleghi del medesimo ufficio fiscale – prevedendo per lei, invece, il ricorso alla cassa integrazione.

Il Tribunale di Grosseto è stato adito, invece, sempre *ex art.* 700 c.p.c., da un lavoratore affetto da una grave patologia polmonare, al fine di contestare la legittimità del rifiuto opposto dal datore di lavoro alla sua richiesta di adibirlo al lavoro agile, accolta per tutti gli altri colleghi del suo reparto. In particolare, il dipendente deduceva che l'azienda si era limitata a prospettargli il ricorso alle ferie anticipate, da computarsi peraltro su un monte ferie non ancora maturato, in alternativa alla sospensione non retribuita del rapporto.

Tali decisioni si segnalano, innanzitutto, per il comune preliminare rilievo che i numerosi provvedimenti emergenziali emanati allo scopo di contenere la diffusione del virus pandemico hanno individuato come prioritario il ricorso al lavoro agile.

In effetti, i d.P.c.m. del 1° marzo, del 4 marzo e del 10.4.2020, immediatamente antecedenti alle pronunce in oggetto, ne raccomandavano l'utilizzo ai datori di lavoro privati per le attività che potessero essere svolte presso il domicilio del prestatore o comunque in modalità a distanza (5). Anche nel Protocollo condiviso di regolazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro del 14.3.2020 si rinviene un'analoga sollecitazione. Quanto al settore pubblico, il *favor* verso l'attivazione quanto più possibile estesa del lavoro agile si era tradotto nella individuazione di quest'ultimo quale «modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni» (6).

Con l'ordinanza del 23.4.2020, il Tribunale di Grosseto ha, quindi, affermato che, una volta accertata la sussistenza delle condizioni per ricorrere al lavoro agile, il datore non può imporre al dipendente, in maniera irragionevole o immotivata, la fruizione delle ferie. Nel caso di specie, peraltro, la società convenuta aveva addirittura proposto al lavoratore di fruire di ferie non ancora maturate, avendo lo stesso già consumato le altre per volontà dello stesso datore (7). Precisa il giudice, infatti, che l'imposizione

---

(4) Tra i primi commenti vd.: D'Ascola 2020; Gentile 2020.

(5) Si veda, ancora, da ultimo, art. 5, c. 6, d.P.C.m. 14.1.2021 (nonché art. 1, c. 10, lett. *mm*, per le attività professionali).

(6) Così disponeva l'art. 87, c. 1, d.l. n. 18/2020, conv. in l. n. 27/2020, prima che, a seguito della modifica operata dal d.l. 14.8.2020, n. 104, conv. in l. 13.10.2020, n. 126, il lavoro agile divenisse soltanto «una delle modalità ordinarie di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni», che tuttavia deve essere assicurato «almeno al cinquanta per cento del personale preposto alle attività che possono essere svolte secondo tale modalità» (art. 263, c. 1, d.l. 19.5.2020, n. 34, conv. in l. 17.7.2020, n. 77; d.m. Pubblica Amministrazione 19.10.2020; d.m. Pubblica Amministrazione 23.12.2020; art. 5, cc. 2-4, d.P.c.m. 14.1.2021).

(7) A fugare ogni dubbio su tale questione per i pubblici dipendenti ha provveduto la circo-

delle ferie non solo non trova fondamento normativo alcuno, poiché «misura comunemente subordinata – o quantomeno equiparata, non certo primaria» –, ma si profila contraria al principio generale per cui le ferie servono a compensare annualmente il lavoro svolto con periodi di riposo, consentendo al lavoratore il recupero delle energie psico-fisiche e la cura delle sue relazioni affettive e sociali.

La discrezionalità del datore di lavoro nella valutazione dell'istanza di trasformazione della prestazione in modalità agile avanzata da un suo dipendente in ragione dell'emergenza epidemiologica, quindi, appare limitata in relazione alla priorità assegnata dalle norme a questa misura di contenimento del contagio rispetto ad altre opzioni pur praticabili, ma è preservata a monte nell'apprezzamento della sussistenza delle condizioni per attuarlo, tra le quali va vagliata, in particolare, l'effettiva possibilità di eseguire la prestazione in modalità da remoto (8). Tale apprezzamento, che interpella l'organizzazione del lavoro, rientra certamente nelle prerogative datoriali, ma è pur sempre suscettibile di controllo giudiziario, anche se non nel merito.

E in effetti, in entrambi i casi vagliati dai giudici di Bologna e di Grosseto, l'illegittimità del rifiuto opposto dal datore è risultata tanto più evidente in quanto ha riguardato solo i lavoratori ricorrenti – ai quali sono stati prospettati, rispettivamente, il ricorso alla Cig e la fruizione anticipata delle ferie – e non anche i colleghi del medesimo reparto. La condotta datoriale ha certamente realizzato una disparità di trattamento nei confronti di entrambi i ricorrenti (ma è il Tribunale di Grosseto a rilevarla espressamente) (9), non sorretta da un criterio di ragionevolezza che la rendesse giustificabile.

Evidentemente, il fatto che le società convenute avessero consentito l'accesso al lavoro agile agli altri dipendenti costituiva di fondamento le ragioni organizzative ostative adottate, comunque non tali da configurare un'assoluta incompatibilità della prestazione lavorativa con la modalità da remoto. Da un lato, quindi, se si era acconsentito al lavoro agile per gli altri addetti dei rispettivi reparti, lo si poteva fare anche per i ricorrenti; ma soprattutto, essendo questi ultimi lavoratori con precarie condizioni di salute, a maggior ragione le loro istanze avrebbero dovuto essere accolte, in quanto la disciplina emergenziale attribuisce loro – come si preciserà di seguito – un accesso privilegiato allo *smart-working*.

---

lare del ministero della Pubblica Amministrazione n. 2/2020, precisando che, nel caso in cui non fosse stato possibile far ricorso al lavoro agile e, perciò, si fosse dovuto utilizzare misure di contenimento del contagio alternative, quali ferie pregresse (o congedi, banca ore, rotazione o altri analoghi istituti, nel rispetto della contrattazione collettiva, e, in ultima istanza, l'esonero dal servizio, come previsto dall'art. 87, c. 3, del d.l. n. 18/20, conv. in l. n. 27/20, poi derogato dall'art. 263, c. 1, d.l. n. 34/20, conv. in l. n. 77/20, fino al 31.3.2021, ex art. 19, d.l. 31.12.2020, n. 183), «occorre fare riferimento alle ferie maturate e non fruiti, nel rispetto della disciplina definita dalla contrattazione collettiva nazionale di lavoro e nell'ambito dell'esercizio delle prerogative datoriali». Pertanto, chiarisce ancora la circolare, «la norma [art. 87] deve intendersi certamente riferita alle ferie maturate nel 2019, ma non ancora fruiti, eventualmente assegnate a rotazione o intervallate con il lavoro agile».

(8) Vd. già Alvino 2020.

(9) Non si tratterebbe, in effetti, di comportamento discriminatorio *stricto sensu* per Tufo (2020, nota 36) e Valente (2020, 1198).

3. — *Il diritto al lavoro agile per i dipendenti disabili* — L'art. 39, c. 1, d.l. n. 18/20, convertito dalla l. n. 27/20, prevede(va?) infatti che, fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica (10), i lavoratori che siano gravemente disabili ai sensi dell'art. 3, c. 3, l. n. 104/92, o che abbiano nel proprio nucleo familiare una persona con disabilità grave hanno diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile, «a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione». La medesima norma, al c. 2, dispone invece che alle istanze di svolgimento della prestazione lavorativa in modalità agile, presentate da lavoratori del settore privato affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa, sia riconosciuta soltanto una priorità nell'accoglimento in caso di concorso tra più richiedenti (11).

È appunto in applicazione di tale ultima disposizione che il Tribunale di Grosseto ordina alla società convenuta di consentire lo svolgimento delle mansioni contrattuali in modalità di lavoro agile al ricorrente. Questi, benché in malattia, non avrebbe dovuto essere pretermesso dall'azienda nella fase di organizzazione dello *smart working* nell'ambito del reparto al quale era addetto, in quanto, in ragione della sua condizione di soggetto affetto da una grave patologia polmonare, che aveva determinato il riconoscimento di un'invalidità civile al 60%, avrebbe avuto titolo prioritario all'assegnazione del lavoro agile, di cui avevano beneficiato, invece, tutti gli altri suoi colleghi. Il giudice toscano confuta, altresì, le ragioni di onerosità organizzativa ed economica addotte dalla società datrice di lavoro per giustificare il rifiuto opposto alla richiesta del lavoratore, che reputa «vaghe e poco plausibili», in considerazione della dimensione dell'azienda rispetto alla esiguità degli interventi necessari per consentire al dipendente di lavorare da remoto, nonché «pretestuose e incomprensibili», a fronte della già intervenuta attuazione della misura in favore degli altri dipendenti del medesimo reparto.

All'esame del Tribunale di Bologna è stato, invece, sottoposto il diritto a svolgere la prestazione in modalità agile, riconosciuto dall'art. 39, c. 1, d.l. n. 18/20, al lavoratore che si prende cura di un disabile grave componente del suo nucleo familiare.

La formulazione letterale della norma, in realtà, nella misura in cui subordina la fruizione del diritto alla condizione che vi sia compatibilità tra la modalità agile e le caratteristiche della prestazione di lavoro, induce a escludere che il lavoratore, il quale soddisfi i requisiti soggettivi richiesti dalla legge, e quindi sia un disabile grave o una persona che si prende cura di un familiare disabile grave, possa vantare un diritto potestativo al lavoro agile. Al datore di lavoro, infatti, è rimessa la valutazione circa l'oggettiva compatibilità tra le mansioni del lavoratore istante e l'esecuzione in modalità agile della prestazione. Un eventuale diniego, tuttavia, dovrà fondarsi su ragioni giustificatrici di carattere oggettivo, la cui legittimità si espone al sindacato giudiziale.

---

(10) Al momento in cui si scrive la vigenza della citata disposizione resta stabilita fino al 31.12.2020 (proroga disposta dall'art. 1, c. 3, d.l. 30.7.2020, n. 83, conv. con modif. in l. 25.9.2020, n. 124, a sua volta modificato dall'art. 1, c. 3, d.l. 7.10.2020, n. 125, conv. con modif. dalla l. 27.11.2020, n. 159), non essendo stata ulteriormente prorogata dal d.l. n. 183/20 (ma vd., *infra*, osservazioni in testo).

(11) Il c. 2-*bis* dell'art. 39, d.l. n. 18/20, aggiunto in sede di conversione, prevede che le disposizioni di cui ai cc. 1 e 2 si applichino anche ai lavoratori immunodepressi e ai familiari conviventi di persone immunodepresse.

Al riguardo, le argomentazioni svolte dal Tribunale di Bologna risultano invero sommarie, come del resto plausibile, considerato che sono rese a supporto di una decisione assunta con decreto *inaudita altera parte*, giustificato dal ravvisato *periculum in mora* connesso al fondato timore che lo svolgimento dell'attività di lavoro in modalità ordinarie, uscendo cioè da casa per recarsi in azienda, esponesse la dipendente, invalida civile e madre di disabile grave, al rischio di un pregiudizio imminente e irreparabile per la salute sua e della figlia. Con riferimento alla compatibilità, il giudice bolognese si limita infatti ad affermare, ai fini dell'adozione del suo provvedimento, di ravvisarne sufficiente evidenza nella strumentazione – telefono e dispositivi informatici – utilizzata dalla lavoratrice per rendere la prestazione.

Analoga questione è affrontata dalla ben più articolata ordinanza del Tribunale di Roma del 20.6.2020, resa ancora a definizione di un procedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, su ricorso questa volta di una lavoratrice del settore pubblico, dipendente di un'azienda sanitaria, con qualifica di assistente socio-sanitario. In particolare, la ricorrente contestava la legittimità del provvedimento datoriale con il quale era stata adibita temporaneamente ad altre mansioni con contestuale trasferimento di sede e, in subordine, la legittimità del diniego opposto dall'amministrazione alla sua richiesta di svolgere tale nuova attività lavorativa in modalità agile. La lavoratrice motivava queste pretese in ragione del pregiudizio che le decisioni assunte dall'amministrazione avrebbero arrecato al suo stato di salute, nonché della sua condizione di *caregiver* di madre e figlio riconosciuti in condizione di handicap grave ai sensi dell'art. 3, c. 3, l. n. 104/92.

Il Tribunale ha respinto la prima domanda attorea, reputando legittimo l'atto di assegnazione ad altre mansioni e ad altra sede della lavoratrice, destinata a far parte di una *task force* organizzata per la gestione dell'emergenza Covid-19, mentre ha accolto il ricorso con riferimento all'illegittimità del rifiuto opposto alla richiesta di lavorare in modalità agile, ordinando perciò all'azienda sanitaria di provvedere in tal senso. In particolare, il giudice ha invocato l'applicabilità dell'art. 39, c. 1, d.l. n. 18/20, convertito da l. n. 27/20, e a tal riguardo ha affermato che, per stabilire la compatibilità del lavoro agile con lo svolgimento della prestazione lavorativa, la valutazione deve essere fatta in concreto, avendo riguardo cioè alla specifica attività svolta, e che l'onere di provare detta incompatibilità incombe sul datore di lavoro. Nel caso di specie, le mansioni attribuite alla lavoratrice nella *task force* consistevano nel gestire i rapporti con l'utenza per la presa in carico dei soggetti sintomatici in sorveglianza. Il Tribunale ha sostenuto che, non essendo altrimenti specificato nell'atto di assegnazione, tali mansioni avrebbero ben potuto essere svolte attraverso forme di contatto e interlocuzione da remoto, in particolare per telefono, risultando pertanto compatibili con il lavoro in modalità agile, che avrebbe consentito così alla lavoratrice di attendere ai suoi compiti di cura senza pregiudizio alcuno per l'organizzazione del servizio a favore dell'utenza.

Il rafforzamento delle prerogative dei lavoratori disabili in condizione di gravità ai sensi dell'art. 3, c. 3, della l. n. 104/92 nell'accesso al lavoro agile, esteso ai lavoratori che si prendono cura di familiari con disabilità grave, trova fondamento nell'obbligo di sicurezza che l'art. 2087 c.c. impone al datore di lavoro, il quale implica, nel contesto emergenziale determinato dalla pandemia, la necessità di adottare ogni misura utile a prevenire il contagio e, quindi, a escludere la minaccia alla salute del lavoratore nei

luoghi di lavoro. Il diritto al lavoro agile, configurato nei termini di cui si è detto, costituisce, negli intendimenti del legislatore emergenziale, la misura utile prioritaria, in quanto realizza un adeguato bilanciamento tra l'esigenza organizzativa datoriale di prosecuzione dell'attività produttiva o del servizio pubblico e la salvaguardia della salute e della sicurezza dei lavoratori e, nello specifico, di quelli maggiormente esposti a rischio, garantendo loro altresì la conservazione della retribuzione.

Non sembra, invece, del tutto pertinente, con riferimento alle previsioni dell'art. 39, d.l. n. 18/20, il richiamo alla funzione di accomodamento ragionevole, ai sensi dell'art. 3, c. 3-*bis*, d.lgs. n. 216/03 (12), che pure il lavoro agile può assumere. Gli accomodamenti ragionevoli, come è noto, sono un tassello fondamentale della tutela antidiscriminatoria per ragioni di disabilità e si configurano quale obbligo di contenuto positivo a carico dei datori di lavoro, pubblici e privati, che implica un rapporto dinamico tra la protezione dei disabili e la dimensione organizzativa dell'azienda o della pubblica amministrazione. Le soluzioni ragionevoli, infatti, possono consistere non solo in interventi di carattere materiale, atti a rendere le strutture esistenti accessibili e fruibili anche da parte di persone con disabilità, ad esempio acquisendo apparecchiature o dispositivi di assistenza, ma anche in misure di carattere organizzativo, quali la modifica degli orari di lavoro, la distribuzione delle mansioni o le politiche di formazione, e devono essere obbligatoriamente adottate dai datori di lavoro, con il solo limite che non impongano loro un onere sproporzionato ed eccessivo (13). Ebbene, l'art. 39, c. 1, d.l. n. 18/2020, non si direbbe richiedere al datore di lavoro altro che una valutazione (oggettiva) della compatibilità tra le mansioni del lavoratore e la modalità agile di esecuzione della prestazione e non anche di modificare la propria organizzazione per consentire che quella si realizzi, diversamente da quanto accadrebbe se la trasformazione in modalità agile fosse richiesta a titolo di accomodamento ragionevole. A fronte della istanza del lavoratore disabile grave o *caregiver* di disabile grave fondata sulla predetta norma, cioè, il datore di lavoro deve verificare che la modalità agile sia compatibile con le caratteristiche della prestazione e, solo in caso di esito positivo della verifica, accettare obbligatoriamente tale richiesta, altrimenti potrà ricorrere ad altre misure comunque utili a rispettare l'obbligo di sicurezza. Del resto, l'accomodamento ragionevole, intervenendo con finalità antidiscriminatoria, è una misura intesa a favorire l'inclusione lavorativa del soggetto disabile, mentre la *ratio* della disposizione in esame è quella di tenerlo lontano dal luogo di lavoro, per preservarlo dal rischio di contagio al quale potrebbe essere esposto, con conseguenze maggiormente pregiudizievoli in ragione del suo stato di salute già compromesso, conservando la retribuzione.

La disposizione in esame, posta a fondamento delle pronunce cautelari in commento, va, peraltro, coordinata con le previsioni normative relative ai cd. lavoratori «fragili», che, pur condividendone la medesima *ratio* ispiratrice e, dunque, lo stesso fondamento normativo, nel loro succedersi hanno progressivamente ridimensionato i

---

(12) Nello stesso senso Senatori 2020, 83; si tratterebbe, invece, di una forma estesa secondo Zilli (2020, 538-539).

(13) Sia consentito il rinvio a Spinelli 2017; vd. anche Garofalo 2019.

livelli di tutela e il relativo ambito di applicazione (14). Ai sensi dell'art. 26, c. 2-*bis*, d.l. n. 18/2020, convertito in l. n. 27/2020, come modificato dal d.l. n. 104/2020, convertito in l. n. 126/2020, fino al 28 febbraio 2021 (15), i dipendenti, pubblici e privati, in possesso di certificazione attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita, cui sono equiparati, altresì, i lavoratori disabili gravi (ma non i loro *caregiver*), «svolgono di norma la prestazione lavorativa in modalità agile, anche attraverso l'adibizione a diversa mansione ricompresa nella medesima categoria o area di inquadramento, come definite dai contratti collettivi vigenti, o lo svolgimento di specifiche attività di formazione professionale anche da remoto».

Lungi dal prevedere il riconoscimento di un diritto al lavoro agile, sia pure condizionato, per i lavoratori fragili, e conseguentemente un obbligo in capo al datore di lavoro di ottemperare a un'eventuale richiesta, verificata la condizione, questa disposizione si limita a indicare il lavoro agile non come priorità, ma come modalità «di norma» praticata da questi lavoratori, con l'effetto di rimetterne sostanzialmente l'effettivo utilizzo alla valutazione discrezionale del datore di lavoro. La possibilità di ricorrere al mutamento di mansioni, fatta salva la categoria o l'area di inquadramento, o alla formazione, tuttavia, costituisce un'opzione che deve essere valutata dal datore di lavoro ai fini dell'eventuale rifiuto, anche se non una soluzione organizzativa necessaria (16).

In base alla legislazione emergenziale come da ultimo emendata, dunque, i lavoratori fragili condividono solo in parte la sorte dei lavoratori con disabilità grave. Dal combinato disposto tra le due previsioni esaminate, infatti, sembrerebbe doversi dedurre che i disabili gravi (e i loro *caregiver*), che lavorano nel settore privato come in quello pubblico, hanno diritto a svolgere la loro prestazione in modalità agile, quando questa sia compatibile con la modalità da remoto (art. 39, c. 1, d.l. n. 18/2020), mentre in mancanza di tale compatibilità potrebbero ancora beneficiarne (ma non i loro *caregiver*), qualora il datore di lavoro disponga la loro assegnazione a diversa mansione o li coinvolga in attività formative (art. 26, c. 2-*bis*, d.l. n. 18/2020).

Al riguardo deve, tuttavia, segnalarsi che l'art. 39, d.l. n. 18/2020, non compare tra le disposizioni correlate allo stato di emergenza epidemiologica che, ai sensi dell'art. 19, c. 1, d.l. 31.12.2020, n. 183 (all. 1), sono state prorogate al 31 marzo 2021. Pertanto, qualora non si intervenga in sede di conversione di tale decreto o con altro provvedimento a ripristinare la vigenza della norma, a far data dal 1° gennaio 2021 i lavoratori disabili gravi dovrebbero essere equiparati ai fragili quanto all'accesso al lavoro agile, mentre i loro *caregiver* resterebbero sprovvisti di una tutela specifica.

Da questa disciplina transitoria è possibile trarre alcune considerazioni con riferimento alle possibili sorti future del lavoro agile nel periodo postpandemico, che prima

---

(14) Si fa riferimento alle previsioni dell'art. 26, c. 2, d.l. n. 18/2020, e dell'art. 90, c. 1, secondo periodo, d.l. n. 34/2020, conv. da l. n. 77/2020, rimaste in vigore fino al 15 ottobre 2020. La l. 30.12.2020, n. 178, tuttavia, ha disposto (con l'art. 1, c. 481) che l'art. 26, c. 2, trovi nuovamente applicazione nel periodo dal 1° gennaio 2021 al 28 febbraio 2021.

(15) Proroga disposta dall'art. 1, c. 481, l. 30.12.2020, n. 178. Cfr. messaggio Inps 15.1.2021, n. 171.

(16) Secondo Peruzzi (2020, 965, nota 55), si configurerebbe un obbligo di *repêchage*.

o poi arriverà. La prima attiene al suo utilizzo massivo come misura di distanziamento sociale, che, per quanto si sia rivelato prezioso per la tutela della salute pubblica e nei luoghi di lavoro, è auspicabile venga superato, restituendo al lavoro agile quelle potenzialità di strumento di innovazione organizzativa che lo connotano, altrimenti mortificate. D'altro canto, l'attenzione posta dal legislatore sul ricorso a questa modalità di svolgimento della prestazione di lavoro subordinato a beneficio dei lavoratori disabili e fragili, pur con tutti i limiti individuati, ha confermato l'idoneità del lavoro agile, soddisfatte le necessarie condizioni previste dall'art. 3, c. 3-*bis*, d.lgs. n. 216/2003, a costituire una misura di accomodamento ragionevole per favorire l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità, nonché, come ha chiarito la Corte di Giustizia dell'Unione europea, affette da patologie che «nell'interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di eguaglianza con gli altri lavoratori, se tale limitazione è di lunga durata» (17).

4. — *Il diritto al lavoro agile dei genitori di figli minori* — Gli interventi regolativi del legislatore emergenziale non hanno mancato di riguardare anche il ricorso al lavoro agile quale strumento di conciliazione vita-lavoro, con specifico riferimento alla complessa gestione del ruolo genitoriale nella fase pandemica (18), acuita, tra l'altro, dalle alterne vicende che continuano a interessare lo svolgimento dell'attività didattica nelle scuole.

In particolare, con l'art. 90, c. 1, primo periodo, del d.l. n. 34/2020, convertito dalla legge n. 77/2020, era stato previsto (19) il diritto di svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile per i genitori, lavoratori dipendenti del settore privato, che avessero almeno un figlio minore di 14 anni, a condizione che l'altro genitore non lavorasse affatto ovvero non fosse beneficiario di strumenti di sostegno al reddito, e sempre che la modalità da remoto fosse compatibile con le caratteristiche della prestazione (20).

Il Tribunale di Mantova è stato adito, con un procedimento cautelare *ex art.* 700 c.p.c., da un dipendente con mansioni di quadro direttivo di una multinazionale di parcheggi, che aveva richiesto e non ottenuto dalla società datrice di lavoro l'adibizione allo svolgimento delle mansioni contrattuali in modalità di lavoro agile, per ragioni di cura genitoriale, ai sensi della predetta norma.

Con decreto del 26.6.2020 il Tribunale ha rigettato il ricorso. Nello specifico, il giudice, premesso che la condizione necessaria per avvalersi del diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile, ai sensi dell'art. 90, d.l. n. 34/2020, dovesse individuarsi nella compatibilità della suddetta modalità con le caratteristiche della prestazione richiesta al dipendente, è giunto a formulare la sua decisione sulla scorta dell'analisi fattuale svolta sui contenuti dell'attività del ricorrente.

---

(17) C. Giust. 11.4.2013, cause riunite C-335/11, *HR Danmark c. Dansk almennyttigt Boligselskab*, e C-337/11, *HR Danmark c. Dansk Arbejdsgiverforening per conto della Pro Display A/S*, in stato di fallimento.

(18) Cfr. Ferrara 2020.

(19) La disposizione è rimasta in vigore fino al 14 settembre 2020 (art. 1, c. 3, d.l. n. 83/2020).

(20) Cfr. le osservazioni critiche di Romei 2020, 432-433.

Nel caso di specie, infatti, è stato accertato che il ricorrente svolgeva mansioni riferibili alla gestione generale dei parcheggi, per cui compiva «visite presso gli stessi per incontrare i referenti tecnici dei committenti al fine di condividere lo stato delle attività in essere, lo stato manutentivo o eventuali integrazioni o modifiche richieste e/o sopravvenute»; che rivestiva il ruolo di rappresentante dei lavoratori per la sicurezza e veniva coinvolto nella gestione della salute e sicurezza aziendale, anche nella fase di progettazione di nuovi parcheggi; che svolgeva una serie di attività ulteriori, straordinarie e non prevedibili, in quanto connesse a possibili emergenze, da gestire quotidianamente con il confronto di altre figure professionali. Ad avviso del giudice si trattava, quindi, di mansioni diversificate, ma che risultavano caratterizzarsi, «quanto meno in misura rilevante se non prevalente, per la necessità della presenza fisica del dipendente».

La pronuncia in esame, benché sia giunta a esito opposto rispetto alle sentenze esaminate in precedenza, ne conferma l'iter argomentativo. Infatti, il giudice, per accertare l'illegittimità del diniego datoriale e, quindi, la sussistenza del diritto del lavoratore, ha operato una valutazione in concreto della specifica attività svolta da quest'ultimo, al fine di stabilire la compatibilità del lavoro agile richiesto con lo svolgimento della prestazione lavorativa dedotta in obbligazione.

C'è, tuttavia, un passaggio nel ragionamento del giudice, che fa propria una valutazione espressa dalla società convenuta, che merita di essere segnalato. Ci si riferisce alla evidenziata circostanza per cui la moglie del ricorrente svolgeva con regolarità la propria prestazione lavorativa in *smart working* presso l'abitazione familiare, considerata rilevante ai fini della valutazione del *periculum in mora*, tanto da contribuire a farne escludere la sussistenza. Alla cura della minore, infatti, avrebbe potuto attendere costei, oltre che lo stesso ricorrente nei giorni di sospensione dell'attività lavorativa connessi alla fruizione del trattamento di integrazione salariale. A detta del giudice, quindi, lavoro agile o meglio *home working*, come è più corretto definire il lavoro agile pandemico, e non lavoro si equivalgono ai fini della possibilità di attendere alla cura dei figli. Eppure, proprio la sperimentazione pandemica ha reso evidente quanto già da tempo segnalato in dottrina, ovvero che le potenzialità conciliative del lavoro agile sono ben lungi dal sussistere *in re ipsa*, quale risultato naturale e virtuoso di questo modo di lavorare flessibile (21). Al contrario, la flessibilità funzionale della prestazione lavorativa, con riferimento a spazio e tempo, che caratterizza il lavoro agile, così come regolato dagli artt. 18 ss. della legge n. 81/2017, si può certamente prestare a soddisfare istanze di conciliazione, ma non le garantisce di per sé, se i lavoratori non godono di sufficiente autonomia nella determinazione in concreto delle modalità di esecuzione della prestazione e di adeguate tutele per i loro diritti: primo fra tutti quello alla disconnessione.

Il requisito della compatibilità con le mansioni svolte resiste, sebbene non altrettanto chiaramente esplicitato, anche nella più recente disciplina emergenziale a tutela dei genitori lavoratori.

Ai sensi dell'art. 21-ter, d.l. n. 104/2020, convertito in l. n. 126/2020, infatti, i genitori lavoratori dipendenti privati che abbiano almeno un figlio in condizioni di disabilità grave hanno diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile, fino al 30 giugno

---

(21) Cfr. Tinti 2020.

2021, a condizione che l'attività lavorativa «non richieda necessariamente la presenza fisica» e nel nucleo familiare non vi sia un altro genitore non lavoratore. In caso di sospensione della didattica in presenza di scuole di ogni ordine e grado o in caso di chiusura dei centri diurni a carattere assistenziale, versando nell'impossibilità di ricorrere al lavoro agile, questi stessi genitori hanno facoltà di fruire del congedo straordinario disciplinato dall'art. 22-*bis*, c. 1, d.l. n. 137/2020, convertito dalla l. n. 176/2020.

La medesima norma dispone che l'impossibilità di ricorrere al lavoro agile sia presupposto per la fruizione del congedo straordinario anche da parte dei genitori con figli in didattica a distanza (22) nelle cd. zone rosse.

In queste ipotesi, è lo stesso legislatore a dare per scontato che il lavoratore agile possa attendere alla cura dei figli, negandogli il ricorso al congedo straordinario (23). Tra le eredità da raccogliere di questa normativa emergenziale vi è, dunque, anche la necessità di ripensare il rapporto tra lavoro agile e congedi, finora affrontato occasionalmente dalla contrattazione collettiva aziendale, con varietà di soluzioni regolative.

#### Riferimenti bibliografici

- Albi P. (2020), *Il lavoro agile fra emergenza e transizione*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona» IT*, n. 430.
- Alessi C., Vallauri M.L. (2020), *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in O. Bonardi *et al.* (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, Roma, 131 ss.
- Alvino I. (2020), *È configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell'emergenza Covid-19?*, in *giustiziaincivile.com*, 8 aprile.
- Brollo M. (2020), *Il lavoro agile alla prova dell'emergenza epidemiologica*, in D. Garofalo *et al.* (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica*, vol. I, *Covid-19 e rapporto di lavoro*, a cura di V. Fili, 167 ss.
- Caruso B. (2020), *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *RIDL*, n. 2, I, 215 ss.
- D'Ascola S. (2020), *Il lavoro a distanza come diritto? Sui 700 dell'emergenza (e sulla normalizzazione del lavoro agile)*, in *QG*, 29 giugno.
- Dagnino E. (2020), *Prove di diritto al lavoro agile all'interno dei provvedimenti d'emergenza da Covid-19?*, *Bollettino Adapt*, 6 luglio.
- Ferrara M.D. (2020), *Oltre l'emergenza: lavoro, conciliazione e agilità in condizioni di fragilità*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona» IT*, n. 426.
- Garofalo D. (2019), *La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, in *ADL*, I, 1211 ss.

(22) Vd. già l'art. 21-*bis*, d.l. n. 104/2020, conv. in l. n. 126/2020, come modificato dal d.l. 28.10.2020, n. 137, conv. in l. n. 176/2020, vigente fino al 31.12.2020, che contemplava come mera possibilità il ricorso al lavoro agile per i genitori lavoratori dipendenti, il cui figlio convivente minore di anni sedici fosse stato sottoposto a quarantena o al quale fosse stata sospesa la didattica in presenza. La norma prevedeva, altresì, «nelle sole ipotesi in cui la prestazione lavorativa non possa essere svolta in modalità agile» e comunque come opzione alternativa per i genitori, la fruizione di un congedo straordinario, retribuito con una indennità solo se vi si faceva ricorso per i minori infraquattordicenni.

(23) Cfr. anche circolare Inps 12.1.2021, n. 2.

- Gentile G. (2020), *Lo smart working emergenziale tra (nuovi) diritti ed esigibilità della prestazione*, in *MGL*, n. 2, 489 ss.
- Lamberti M. (2020), *Il lavoro a distanza nell'emergenza sanitaria e le prospettive dello smart working*, in *MGL*, n. 3, 615 ss.
- Peruzzi M. (2020), *La protezione dei lavoratori disabili nel contratto di lavoro*, in *VTDL*, n. 4, 945 ss.
- Romei R. (2020), *Il lavoro agile in Italia: prima, durante e dopo la pandemia*, in *Labor*, n. 4, 423 ss.
- Senatori I. (2020), *Il lavoro agile in cerca di identità. Cronaca legislativa di un quadriennio travagliato (2017-2020)*, in F. Basenghi et al. (a cura di), *Le politiche del lavoro della XVIII Legislatura: dal decreto Dignità alla gestione dell'emergenza Covid-19*, Giappichelli, Torino, 55 ss.
- Spinelli C. (2017), *La sfida degli «accomodamenti ragionevoli» per i lavoratori disabili dopo il Jobs Act*, in *DLM*, 39 ss.
- Spinelli C. (2021), *Lavoro agile emergenziale e diritto al buono pasto*, di prossima pubblicazione in *RGL giurisprudenza on line*, n. 2.
- Tinti A.R. (2020), *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 419.
- Tufo M. (2020), *Il lavoro agile (dell'emergenza) esordisce in giurisprudenza: come bilanciare gli interessi in gioco nell'era della pandemia?*, in *LDE*, n. 2.
- Valente L. (2020), *Emergenza Covid-19 e diritto soggettivo allo smart working*, in *LG*, n. 12, 1193 ss.
- Zilli A. (2020), *Il lavoro agile per Covid-19 come «accomodamento ragionevole» tra tutela della salute, diritto al lavoro e libertà di organizzazione dell'impresa*, in *Labor*, n. 4, 533 ss.
- Zoppoli L. (2020), *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 421.

Carla Spinelli

Professoressa associata di Diritto del lavoro  
presso l'Università di Bari «Aldo Moro»



# DIRITTO SINDACALE

---

## I

TRIBUNALE VELLETRI, 13.10.2020, *decr.* – Est. Cruciani – Flai-Cisl Roma Sud Pomezia Castelli (avv.ti XX) c. Funghitex S.S. Srl (avv.ti XY).

**Condotta antisindacale – Richiesta di Cig in deroga «Covid-19» – Predisposizione di un testo senza preventivo accordo sindacale – Antisindacalità.**

**Condotta antisindacale – Richiesta di Cigo per emergenza Covid-19 – Predisposizione di un testo senza preventiva consultazione sindacale – Antisindacalità.**

*La procedura relativa alla Cig in deroga per fare fronte all'emergenza Covid-19 richiede l'accordo preventivo con le organizzazioni sindacali; pertanto costituisce condotta antisindacale il comportamento tenuto dall'azienda che ha predisposto un testo senza accordo delle parti. (1)*

*La procedura relativa alla Cigo per fare fronte all'emergenza Covid-19, alla luce delle previsioni del decreto cd. «Cura Italia» non convertito e del decreto cd. «Rilancio», richiede l'informazione, la consultazione e l'esame congiunto con le Oo.Ss.; pertanto costituisce condotta antisindacale il comportamento tenuto dall'azienda che ha predisposto un testo senza consultazione, senza le informazioni richieste e senza dare corso a un esame congiunto. (2)*

## II

TRIBUNALE MATERA, 14.9.2020, *decr.* – Est. Quartarella – Fiom Cgil Basilicata (avv.ti Garofalo, Gallucci, Galtieri) c. Comer Industries Component Srlu (avv.ti Nobili, Matrugno, Carundola) e Confindustria Basilicata (avv. Salvia).

**Controversie di lavoro e previdenza – Art. 28 St. lav. – Legittimazione ad agire delle organizzazioni sindacali regionali – Sussiste.**

**Condotta antisindacale – Predisposizione unilaterale del protocollo anticontagio senza preventiva informazione e consultazione sindacale – Antisindacalità.**

**Condotta antisindacale – Richiesta di Cigo per emergenza Covid-19 senza consultare le Rsa – Art. 19, d.l. n. 18/2020 – Antisindacalità – Non sussiste.**

*Le strutture sindacali regionali delle organizzazioni sindacali nazionali sono legittimate ad agire ai sensi dell'art. 28 St. lav. qualora ciò sia previsto dagli statuti interni e in mancanza delle strutture territoriali provinciali. (3)*

*Costituisce condotta antisindacale il comportamento consistente nella predisposizione unilaterale del protocollo anticontagio da Covid-19. Pertanto il datore di lavoro ha l'obbligo di riaprire la trattativa sindacale al fine di predisporre ex novo il protocollo di sicurezza aziendale anche in vista dell'adeguamento e aggiornamento del Dvr. (4)*

*Non costituisce condotta antisindacale la mancata consultazione delle Rsa che non è più prevista ai fini della domanda della Cigo per emergenza Covid-19, a seguito della modifica con efficacia ex tunc dell'art. 19 del d.l. n. 18/2020 da parte della l. di conversione n. 27/2020. (5)*

### III

**TRIBUNALE TREVISO, 2.7.2020, decr.** – Est. Poiré – Fisascat Cisl Belluno Treviso (avv. Merchiori) c. Rekeep Spa Azienda Ulss 2 Marca Trevigiana e Azienda Zero (avv.ti Rondo, Ghezzi, Zanon).

**Sicurezza sul lavoro – Protocollo di sicurezza anti Covid-19 Governo-parti sociali – Efficacia giuridica generalizzata – Sussiste.**

**Sicurezza sul lavoro – Protocollo di sicurezza anti Covid-19 – Applicazione – Considerazione della specifica situazione aziendale.**

**Condotta antisindacale – Protocollo di sicurezza anti Covid-19 – Comitato per la verifica delle misure anti Covid-19 – Dimensione aziendale – Rilevanza – Mancata partecipazione del Rls e della Rsa al sottocomitato costituito a livello territoriale – Antisindacalità.**

*Il Protocollo Governo-parti sociali 14.3.2020 dispiega effetti generalizzati, in quanto emanazione di una raccomandazione di fonte regolamentare e frutto degli inviti istituzionali delle più alte cariche dello Stato al fine di fronteggiare una obiettiva situazione di emergenza nazionale. L'efficacia vincolante dello stesso, essendo il d.P.C.m. 11.3.2020 attuativo dell'art. 3 del d.l. n. 6/2020 e legittimato dalla l. n. 400/1988, è coerente con il sistema delle fonti del diritto. (6)*

*L'applicazione del Protocollo Governo-parti sociali 14.3.2020 implica l'adeguata considerazione della specificità della situazione aziendale al fine di stabilire le misure di prevenzione contro il rischio Covid-19. (7)*

*Costituisce condotta antisindacale sia il comportamento del datore di lavoro che omette di costituire comitati anti Covid-19 a livello locale, affidandosi esclusivamente a un comitato interno centrale anti Covid-19, sia il mancato coinvolgimento in quest'ultimo comitato delle Rsa presenti nelle sedi aziendali del territorio e del Rls. (8)*

#### (1-8) CONDOTTA ANTISINDACALE E COINVOLGIMENTO SINDACALE AL TEMPO DELLA PANDEMIA

SOMMARIO: 1. I casi oggetto di pronuncia nel contesto pandemico e lo strumento giurisdizionale della condotta antisindacale. — 2. La legittimazione attiva delle organizzazioni sindacali a livello regionale per l'azione giudiziale ex art. 28 St. lav. — 3. Il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali nelle decisioni relative alle misure di sostegno al reddito al tempo del Covid-19. — 4. La portata giuridica dei protocolli anti Covid-19 tra rinvii legislativi e precettività dell'art. 2087 c.c. — 5. La capillarità della rappresentanza in materia di sicurezza e salute nei luoghi di lavoro e la costituzione dei Comitati a livello aziendale. — 6. Il contributo delle pronunce per una lettura giuridica «integrata» del coinvolgimento sindacale in tema di salute e sicurezza sul lavoro e in tema di sostegno al reddito: luci e ombre.

1. — *I casi oggetto di pronuncia nel contesto pandemico e lo strumento giurisdizionale della condotta antisindacale* — Le pronunce in commento sono le prime ad affrontare, a quanto consta, il tema del coinvolgimento delle organizzazioni sindacali con riferimento alle disposizioni legislative in materia di sostegno al reddito e a quelle di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro per fare fronte alla pandemia Covid-19.

Il primo provvedimento in commento è relativo al caso di Velletri. In maniera molto succinta, il giudice del lavoro ha dichiarato antisindacale la condotta tenuta da una società per la mancata informazione, consultazione ed esame congiunto in tema di cassa integrazione ordinaria per Covid-19 (art. 19 del d.l. n. 18/2020, cd. decreto Cura Italia, e art. 68 del d.l. n. 34/20, cd. decreto Rilancio). Ha ritenuto, altresì, antisindacale il mancato coinvolgimento delle rappresentanze sindacali in materia di cassa integrazione in deroga alla luce della disposizione di legge che prevede in capo alla società datrice di lavoro l'obbligo a concludere un accordo collettivo (art. 22, d.l. n. 18/2020, cd. decreto Cura Italia, e art. 70 del d.l. n. 34/2020, cd. decreto Rilancio).

Il secondo decreto, relativo al caso di Matera, ha affrontato due aspetti: uno in parte affine a quello del Tribunale di Velletri, concernente la procedura di consultazione sindacale nella gestione della cassa integrazione ordinaria, e uno ulteriore, riguardante le prerogative sindacali nella predisposizione del protocollo di sicurezza anticontagio per fare fronte alla pandemia. Con riferimento al primo aspetto, il giudice, diversamente dal caso di Velletri, non ha ritenuto antisindacale la condotta datoriale dal momento che all'epoca mancava una previsione di legge che prevedesse l'obbligo della preventiva consultazione con le organizzazioni sindacali per la gestione di tale cassa integrazione. Più in particolare, tale giudice – richiamando così norme del diritto pandemico in parte diverse da quelle del caso di Velletri (*infra*, par. 3) – ha constatato che nel «diritto emergenziale» per fare fronte alla pandemia, dalla relativa norma (art. 19, c. 2, d.l. n. 18/2020, cd. decreto Cura Italia) è stata espunta, in sede di conversione in legge del decreto (l. n. 27/2020), la previsione secondo cui l'accesso alla misura di sostegno al reddito necessitava del coinvolgimento sindacale – inteso nel senso di informazione, consultazione ed esame congiunto – entro i tre giorni successivi a quello della comunicazione preventiva. Sul secondo profilo, le organizzazioni sindacali hanno lamentato in giudizio la mancata consultazione preventiva in vista dell'elaborazione del protocollo a livello aziendale, deciso unilateralmente e comunicato solo *ex post* alle rappresentanze sindacali. La società datrice sosteneva di avere in seguito discusso il protocollo con tali rappresentanze, in un colloquio all'esito del quale era stato costituito il Comitato di controllo nazionale con la partecipazione anche della rappresentanza dei lavoratori per la sicurezza. Il decreto del giudice del lavoro di Matera ha accolto il ricorso ravvisando una lesione delle prerogative sindacali a causa dell'adozione in via unilaterale del protocollo da parte dell'azienda, contravvenendo così al dettato del protocollo nazionale che, nell'auspicare intese collettive, pur senza prevedere il raggiungimento dell'accordo, si è espresso nel senso che va favorito il confronto con le rappresentanze sindacali presenti nei luoghi di lavoro prima dell'adozione del protocollo di sicurezza aziendale, in modo che le misure siano il più possibile condivise. Per sanare gli effetti permanenti derivanti da tale comportamento, il giudice ha ordinato la riapertura delle trattative sindacali per la predisposizione *ex novo* del protocollo per la sicurezza anche in ragione dell'implementazione del documento per la valutazione dei rischi.

La questione dei protocolli, e segnatamente la loro portata giuridica connessa alla rappresentanza in materia di sicurezza e salute nei luoghi di lavoro attraverso la costituzione dei Comitati a livello aziendale, è stata altresì affrontata anche dal decreto del Tribunale di Treviso, il terzo in commento e più risalente nel tempo rispetto ai provvedimenti di Matera e Velletri. Il decreto ha riguardato il ricorso proposto da un'organizzazione sindacale *ex art. 28 St. lav.* che ha contestato l'antisindacalità della condotta tenuta da una società addetta al servizio di pulizia all'interno di un ospedale. Veniva lamentata la mancata costituzione del comitato locale all'interno di un ospedale per la verifica dell'attuazione del Protocollo condiviso di «regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro», sottoscritto il 14.3.2020 tra Governo e parti sociali e successivamente modificato il 24 aprile dello stesso anno. Non era stato concesso neppure il coinvol-

gimento, nel senso della partecipazione effettiva, della rappresentanza sindacale aziendale e della rappresentanza dei lavoratori per la sicurezza al comitato unico centrale istituito per la sede operativa del Nord-Est. La società aveva dedotto in giudizio che l'istituzione del comitato non era da considerarsi obbligatoria in quanto il protocollo non era da ritenersi una fonte del diritto vincolante. Il giudice del lavoro ha accolto il ricorso affermando che il mancato riconoscimento della rappresentanza sindacale aziendale e della rappresentanza per la sicurezza del lavoro ai sensi del protocollo, da ritenersi avente forza precettiva, ha costituito una condotta lesiva delle prerogative sindacali.

Sinteticamente riassunte, le tre pronunce sollevano, come visto, questioni giuridiche in parte distinte e in parte connesse, originate dal contesto della pandemia Covid-19, che, rispetto ai diversi profili inerenti il diritto del lavoro, e in particolare della sicurezza sul lavoro, ha imposto una strumentazione di regole «che seguono la logica della precauzione» (1). In secondo luogo, le tre pronunce sono originate dal ricorso al procedimento per la repressione della condotta antisindacale ai sensi dell'art. 28 St. lav., che ha avuto nel corso dei cinquant'anni dall'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori un ruolo tra i più rilevanti all'interno della normativa statutaria (2), data la rapidità e l'incisività di tale procedimento giurisdizionale che assicura «la massima effettività possibile alla normativa sostanziale della fondamentale legge» (3), mediante la «creazione di un meccanismo processuale nuovo che ha permesso agli interessi e soggetti collettivi di accedere al processo come tali, senza essere dissolti in interessi e soggetti individuali» (4).

2. — *La legittimazione attiva delle organizzazioni sindacali a livello regionale per l'azione giudiziale ex art. 28 St. lav.* — La prima questione giuridica, affrontata e risolta in via preliminare dal giudice del lavoro di Matera, e non sollevata negli altri due decreti, è relativa alla legittimazione ad agire dell'organizzazione sindacale. In particolare, la questione ha riguardato la legittimità ad agire in giudizio degli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano un interesse. Si tratta di una delle questioni più dibattute rispetto alla quale il legislatore dello Statuto dei lavoratori ha consegnato al sindacato un ruolo decisivo. L'art. 28 rappresenta uno «strumento di contatto diretto fra sindacato e magistratura»: segnale di una tendenza alla rivitalizzazione di quel pluralismo per il quale l'organizzazione sindacale è risultata, perlomeno nei primi anni di vigenza della legislazione statutaria, la maggiore beneficiaria (5).

---

(1) Come afferma il protocollo. In dottrina: Natullo 2020a, 26 ss.; Pascucci 2019, 98 ss.; Pascucci 2020, 117 ss. Tullini 2020, 335 ss. Da ultimo, Buoso 2020, 139 ss.

(2) Per tutti, M.G. Garofalo 1979. Più di recente: Razzolini 2018; De Marco 2019; Recchia 2018; Recchia 2020, 97; Carta 2020, 720. Da ultimo, sul piano dell'indagine storico-giuridica, l'importanza dell'art. 28 è sottolineata da Nogler 2020, 146-147 e 190-191.

(3) Pera (1977, 335), che peraltro sollevava dubbi circa tale procedimento giurisdizionale «di incerta e controversa qualificazione», su cui, da ultimo, Ballestrero (2017, 656-658), comparandolo con il commento di diverso segno da parte di Romagnoli (1972, 409 ss.).

(4) Recchia 2018, 29.

(5) Treu 1975, 32.

Tenendo sullo sfondo questa considerazione, è indubbia l'importanza dell'individuazione di quale sia il soggetto titolare ad agire in giudizio, e in maniera particolare la questione dell'organismo locale legittimato. Come è noto, è oramai consolidato l'orientamento della giurisprudenza di legittimità per cui si devono intendere legittimate le articolazioni più periferiche dei sindacati nazionali, ossia i sindacati provinciali di categoria. Astrattamente, quindi, sarebbero escluse dalla legittimazione le strutture regionali delle organizzazioni sindacali, come lamenta il terzo intervenuto nel giudizio di Matera (Confindustria Basilicata), nel contestare la legittimazione attiva in capo alle segreterie regionali delle organizzazioni sindacali ricorrenti (Fiom-Cgil e Uilm-Uil). Tuttavia, per giurisprudenza consolidata la specificazione degli organismi locali delle associazioni sindacali legittimate ad agire deve ricavarsi dagli statuti interni delle associazioni sindacali nei quali vengono individuate le strutture provinciali (6), escludendosi invece la legittimazione attiva del sindacato a carattere meramente regionale o locale (7). Nel caso di specie, in maniera condivisibile, il giudice, sulla base degli statuti delle organizzazioni sindacali ricorrenti, ha affermato che in mancanza della costituzione della segreteria territoriale la legittimazione attiva e l'interesse ad agire spettano «alla struttura organizzativa gerarchicamente sovraordinata a quella territoriale, che nel caso di specie è giustappunto il sindacato regionale che raggruppa tutti i sindacati territoriali, e per essa al segretario regionale» (8).

3. — *Il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali nelle decisioni relative alle misure di sostegno al reddito al tempo del Covid-19* — La seconda questione, in questo caso di merito, che accomuna in parte il provvedimento del giudice di Matera a quello del giudice di Velletri riguarda il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali nelle decisioni relative alle misure di sostegno al reddito. Le due distinte valutazioni rispetto alla condotta tenuta dalle società datrici dipendono dall'evoluzione della disciplina legislativa in materia. In particolare, il decreto del Tribunale di Velletri, limitandosi a richiamare il mero dato normativo, ritiene antisindacali i comportamenti consistenti nel mancato accordo sulla cassa integrazione in deroga per l'emergenza «Covid-19» e nel mancato coinvolgimento (informazione, consultazione ed esame congiunto) sulla cassa integrazione ordinaria con causale «Covid-19», alla luce del richiamo nel provvedimento ai «soli» decreti legge Cura Italia e Rilancio. Tale giudice non ha considerato che la legge di

---

(6) Ballestrero (2018, 216 ss.), che riporta Cass. 11.1.2008, n. 520, in *GC*, 2009, n. 3, I, 744 ss.; Cass. 9.1.2008, n. 212, in *GC*, 2008, n. 9, I, 1926 ss.; Cass. 20.4.2002, n. 5765, in *RIDL*, 2003, II, 426 ss., con nota di Boni, per cui «L'individuazione degli organismi locali delle associazioni nazionali legittimati ad agire per il procedimento di repressione della condotta antisindacale deve desumersi dagli statuti interni delle associazioni stesse, dovendosi quindi far riferimento alle strutture zionali o provinciali (ora comprensoriali) che detti statuti ritengono maggiormente idonee alla tutela degli interessi locali». A livello di giudizio di merito, T. Milano 29.9.1999, in *RCDL*, 2000, 329 ss.; Pret. Napoli 9.5.1997, in *LG*, 1998, 161 ss.

(7) T. Milano 5.3.2007, in *RCDL*, n. 2, 2007, 393 ss.; T. Milano 8.3.2004, in *RCDL*, 557 ss., con nota di D'Agata. Sulla giurisprudenza in tema di «nazionalità» del sindacato nel procedimento *ex art. 28 St. lav.* si rinvia a Caponetti 2016, 53 ss.

(8) Motivazioni, 6-8.

conversione del decreto Cura Italia ha soppresso il riferimento all'obbligo a trattare per la cassa integrazione ordinaria, ma si è limitato a richiamare tale obbligo reinserto dal successivo decreto Rilancio (art. 68, c. 1, lett. *b*, d.l. n. 34/20). La soppressione, invece, non è sfuggita al giudice di Matera, che per tale motivo ha dato una diversa valutazione in merito all'antisindacalità della condotta per mancato coinvolgimento sindacale, che ad avviso di quest'ultimo non poteva «integrare in astratto gli estremi della condotta antisindacale, mancando una previsione di legge efficace che prevedesse, almeno *ex post*, l'interlocuzione con i sindacati dei lavoratori» (9).

Per valutare le due pronunce occorre considerare che la legislazione emergenziale del periodo pandemico relativa alle misure di sostegno al reddito vede, tra quelle possibili, la cassa integrazione in deroga e la cassa integrazione ordinaria con causale «emergenza Covid-19». Tale legislazione si contraddistingue per una «evoluzione "pandemica" nel senso letterale della parola, connotandosi per la totale assenza di sistematicità in quanto a rimorchio della pandemia» (10). Tra le misure previste vi è la cassa integrazione in deroga «nazionale» disciplinata dall'art. 22 del d.l. n. 18/2020, che rappresenta l'estensione a tutto il territorio nazionale delle misure previste a livello «comunale» (art. 15, d.l. n. 9/20) e «regionale» (art. 17, d.l. n. 9/20), disciplinate all'inizio della fase epidemica (11). Ai fini del presente commento, si è in presenza di un duplice e distinto coinvolgimento sindacale: in primo luogo, un vero obbligo *hard* a concludere un accordo sindacale in capo alla parte datoriale, con natura di onere a contrarre. In tal senso, si ha il riconoscimento di trattamenti di cassa integrazione in deroga in presenza di un «previo accordo che può essere concluso anche in via telematica con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale per i datori di lavoro» (art. 22, c. 1, decreto Cura Italia), come emerso nel caso di Velletri. In secondo luogo, un obbligo più *soft* per la disciplina della cassa integrazione ordinaria con causale «emergenza Covid-19» (19, c. 2, decreto Cura Italia) per la quale sono previsti obblighi a trattare consistenti nell'informazione, consultazione ed esame congiunto, come emersi sia nel caso di Velletri che in quello di Matera. In particolare, la versione originaria del decreto Cura Italia, fra le varie misure, ha previsto una deroga alla disciplina del coinvolgimento sindacale in tema di integrazioni salariali ordinarie (art. 14, d.lgs. n. 148/2015) consistente nell'esonero dagli obblighi di legge di cui al *Jobs Act* per le aziende intenzionate a inoltrare domanda di cassa integrazione ordinaria, ma allo stesso tempo ha stabilito un obbligo a trattare da compiersi con mezzi telematici e con modalità semplificate (12).

Entrambe le due distinte condotte tenute dalla società – assenza di accordo e assenza di trattativa – sono state ritenute antisindacali dal Tribunale di Velletri, diversamente da quello di Matera, che non ha ravvisato alcuna antisindacalità nonostante il mancato coinvolgimento per la cassa integrazione ordinaria. Quest'ultimo giudice, in primo luogo, ha considerato la legge di conversione che ha espunto l'obbligo a trattare

---

(9) Motivazioni, 10.

(10) Per l'analisi delle misure messe in campo D. Garofalo 2020, 148 ss.

(11) D. Garofalo 2020, 151 ss.

(12) Criticamente in proposito Carchio 2020, 36.

(aspetto non rilevato dalla pronuncia di Velletri, sebbene emessa nell'ottobre 2020 ben dopo la conversione del decreto Cura Italia avvenuta ad aprile 2020); in secondo luogo, nel richiamare il reinserimento dell'obbligo a trattare apportato dal successivo decreto Rilancio (art. 68, c. 1, lett. *b*, d.l. n. 34/20), il Tribunale di Velletri non si è soffermato sul fatto che, almeno al dato letterale, il reinserimento dovrebbe riguardare solo la procedura per gli assegni ordinari, secondo la relazione illustrativa al decreto Rilancio (13) e secondo un'opinione emersa in dottrina (14), ma non quella per la cassa integrazione ordinaria, rilevante nel caso di specie.

Tuttavia, al di là del dato letterale, sul piano sistematico va criticamente osservato come l'oscillazione legislativa tra l'inserimento dell'obbligo a trattare nel decreto Cura Italia e il venire meno di tale obbligo in sede di conversione – poi reinserito – ha determinato «un detrimento serio del nostro sistema di relazioni industriali applicato alla crisi temporanea di impresa» (15). Inoltre, altro profilo critico della tecnica legislativa emergenziale concerne la modalità redazionale con cui è stato reinserito l'obbligo di coinvolgimento sindacale nel decreto Rilancio (art. 68, c. 1, lett. *b*, d.l. n. 34/20, e di modifica dell'art. 19, c. 2, d.l. n. 18/20, decreto Cura Italia convertito in l. n. 27/20). La formulazione è «alquanto confusa», comportando per di più una «evidente disparità di trattamento tra le misure di sostegno al reddito» (16). Infatti, il coinvolgimento sindacale, almeno sul piano letterale, come anticipato, sarebbe previsto per il solo assegno ordinario, sebbene non venga espressamente menzionata l'esclusione dell'obbligo a trattare per la cassa integrazione ordinaria. Si potrebbe ritenere, perciò, che il coinvolgimento sindacale sia previsto anche per quest'ultima misura, su un piano sistematico. Si alimenta, in ogni caso, l'incertezza del quadro normativo e, stando al dato letterale della previsione, si creano perplessità sul piano applicativo dato che si configurano così due procedure differenziate a seconda della dimensione occupazionale dell'impresa che richiede l'integrazione salariale (17). Inoltre, si è prospettato che il coinvolgimento sindacale abbia una valenza solo interna ai rapporti tra le parti sottoscrittenti, in quanto non svolge «la funzione di requisito di procedibilità» (18). Assumendo una chiave interpretativa sistematica si potrebbe ritenere, invece, che il coinvolgimento debba riguardare sia l'assegno ordinario che la cassa integrazione guadagni ordinaria, come poi confermato dalla circolare dell'Inps (19).

---

(13) La reintroduzione, a quanto riportato dalla Relazione illustrativa di accompagnamento al d.l. n. 34/2020, non riguarda la cassa integrazione ordinaria: «... sempre per i beneficiari di assegno ordinario viene poi reintrodotta l'obbligo per i datori di lavoro di svolgere la procedura di informazione, la consultazione e l'esame congiunto, con le organizzazioni sindacali, anche in via telematica, entro i tre giorni successivi a quello della comunicazione preventiva». Dello stesso avviso il Dossier dei servizi studi della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica «Misure urgenti in materia di salute e di sostegno al lavoro (cd. decreto Rilancio) approvato dalla Camera dei deputati». Volume I – Articoli 1-103-*bis*, 9.7.2020, 443, che richiama la Relazione illustrativa.

(14) Carchio 2020, 36-37; Massi 2020.

(15) Faioli 2020, 175.

(16) Rossi 2020, 77.

(17) Carchio 2020, 37.

(18) *Ibidem* nel riprendere Marrucci, 2020.

(19) Circolare Inps n. 84/20, punto 1.4, nella quale l'Istituto dispone: «Pertanto, all'atto della

4. — *La portata giuridica dei protocolli anti Covid-19 tra rinvii legislativi e precettività dell'art. 2087 c.c.* — Una terza questione di merito che accomuna questa volta la pronuncia del giudice di Matera a quella del giudice di Treviso è relativa al riconoscimento del carattere vincolante dei protocolli per la sicurezza anticontagio sottoscritti tra Governo e parti sociali, dai quali, una volta implementati nei singoli contesti produttivi, scaturiscono obblighi a contenuto differenziato. Nel caso deciso dal Tribunale di Matera, l'obbligo riguardava l'aggiornamento del documento di valutazione dei rischi; mentre, nel caso deciso dal Tribunale di Treviso, era controverso se occorresse costituire il comitato di sicurezza nelle singole unità produttive, come sostenuto dai sindacati ricorrenti, oppure se fosse sufficiente la partecipazione del rappresentante per la sicurezza sul lavoro e del rappresentante sindacale aziendale all'interno del comitato centrale unico, come affermato dalla società resistente.

Sul primo punto occorre richiamare brevemente le tappe e i contenuti della normativa emergenziale che si è succeduta sin dalle prime fasi della pandemia per affrontare la questione relativa agli effetti del Protocollo condiviso stipulato il 14 marzo-24 aprile 2020. Tale intesa è stata sottoscritta in virtù del d.P.C.m. 11.3.2020, che all'art. 1, c. 1, n. 9, ha raccomandato il raggiungimento di intese tra organizzazioni datoriali e sindacali. L'origine negoziale dell'intesa non ne esclude la portata *lato sensu* normativa, come afferma il giudice di Matera, avallando quella dottrina che ne ha rilevato l'efficacia vincolante, in quanto si tratta di un testo «“validato” dallo stesso ordinamento dello Stato mediante l'attiva partecipazione e la sottoscrizione dell'Esecutivo» (20). Si potrebbe al riguardo invocare la ricostruzione teorica relativa ai casi di rinvio della legge al contratto collettivo con funzione integrativa a tutela di un interesse a carattere generale – teoria nella quale la contrattazione collettiva assume la stessa efficacia della fonte delegante – cui in parte aderisce il Tribunale di Matera. Tale teoria non è stata ritenuta pienamente soddisfacente, peraltro, da quell'orientamento dottrinale secondo il quale occorreva comunque il pieno «recepimento del suo contenuto in atti pubblicistici» (21), a cui comunque si è uniformata la normativa emergenziale successiva: dapprima mediante il rinvio all'intesa trilaterale per individuare le imprese con codici Ateco a cui è stata permessa la prosecuzione delle attività a condizione di attenersi ai contenuti del protocollo stesso (art. 1, c. 3, d.P.C.m. 22 marzo 2020); poi, con successivo decreto legge, stabilendo che tutte le misure di contenimento, tra le quali quelle previste nel protocollo, sono soggette a sanzioni e controlli nella logica della precauzione (art. 1, c. 2, lett. *z* e *gg*, e art. 4, d.l. n. 19/2020, convertito in l. n. 35/2020); ancora, in maniera espressa, il rinvio all'intesa è avvenuto nel provvedimento che ha stabilito la continuità delle attività delle imprese tenute a rispettare «i contenuti del Protocollo condiviso» (art. 2, c. 10, d.P.C.m. 10.4.2020); e, dopo l'integrazione

---

presentazione della richiesta di concessione dell'integrazione salariale ordinaria e, per i Fondi che prevedono l'obbligo di informazione e consultazione sindacale di cui all'articolo 14 del d.lgs. n. 148/2015, dell'assegno ordinario, le aziende, compilando l'apposito campo presente nel modello di domanda, devono limitarsi a dichiarare sotto la propria responsabilità all'Inps di aver eseguito gli adempimenti di cui sopra, senza dover presentare alcuna documentazione probatoria».

(20) Pascucci 2020, 123.

(21) Pascucci 2019, 109.

del 24 aprile 2020, con la riproduzione dell'intesa trilaterale quale allegato al provvedimento del d.P.C.m. 26.4.2020, imponendo la sospensione dell'attività dell'impresa in caso di modalità di attuazione che non assicurino «adeguati livelli di protezione» fino al ripristino delle condizioni di sicurezza (art. 2, c. 6, d.P.C.m. 26.4.2020) (22). Infine, la forza precettiva generalizzata delle prescrizioni contenute nel protocollo deriva dal fatto che la loro osservanza, secondo quanto stabilito dall'art. 29-*bis*, d.l. n. 23/20, conv. in l. n. 40/20 (23), costituisce adempimento dell'obbligo di sicurezza a cui sono tenuti i datori di lavoro, sia pubblici sia privati, ai sensi dell'art. 2087 c.c. Le argomentazioni descritte sono condivisibili anche alla luce della giurisprudenza costituzionale in materia, pur non essendo definitivamente conclusive sotto il profilo dell'art. 39 Cost. (24).

In merito all'adempimento dell'obbligo di sicurezza correttamente il giudice di Matera ha sottolineato il ruolo centrale dell'art. 2087 c.c., quale «autentica valvola di controllo automatico delle interconnessioni sistemiche tra dispositivi emergenziali e regimi ordinari di tutela». Da ciò discende la questione dibattuta in dottrina se vi sia l'obbligo di provvedere all'aggiornamento e adeguamento del documento di valutazione dei rischi, dividendosi tra chi lo nega (25) e chi, invece, lo ritiene atto fondamentale su cui si fonda «l'intero processo di tutela della sicurezza del lavoro» (26). La sentenza in commento ha aderito a quest'ultima tesi, precisando condivisibilmente che, a prescindere dalla soluzione che si voglia dare circa tale obbligo di adeguamento, il datore di lavoro, alla luce dell'art. 2087 c.c., è «tenuto a garantire la puntuale attuazione [...] di tutte le misure e le cautele tipizzate dai diversi provvedimenti emanati per contrastare la diffusione del contagio da Covid-19, adattandole – come vuole il Protocollo sottoscritto da Governo e parti sociali – allo specifico contesto produttivo e organizzativo aziendale» (27).

5. — *La capillarità della rappresentanza in materia di sicurezza e salute nei luoghi di lavoro e la costituzione dei Comitati a livello aziendale* — La necessaria adattabilità delle misure rispetto al contesto aziendale di riferimento e l'altrettanto necessario coinvolgimento sindacale, che deve precedere l'adozione del protocollo di sicurezza per cui è stata dichiarata l'antisindacalità della condotta tenuta nel giudizio di Matera, accomunano quest'ultima pronuncia a quella di Treviso. Con riferimento a quest'ultimo caso, alla contestazione in giudizio avanzata dalla organizzazione sindacale ricorrente circa la necessaria costituzione del Comitato nelle singole unità produttive e non la sola pre-

---

(22) Bologna, Faioli 2020, 382 ss.; Natullo 2020b, 55. Nell'incidenza sul sistema delle fonti, Mattei 2020, 640 ss.

(23) Da ultimo, la previsione contenuta nel d.P.C.m. 3.12.2020, che in tema di misure di contenimento del contagio per lo svolgimento in sicurezza delle attività produttive industriali e commerciali richiama il rispetto dei contenuti dei Protocolli condivisi (art. 4).

(24) In dottrina, tra gli Autori che hanno affrontato il tema: Ballestrero 1989, 364; D'Antona 1990, XVII ss.

(25) Pascucci 2020, 130; Lazzari 2019, 136; Menghini 2021, 55.

(26) Giubboni 2020, 7; Natullo 2020b, 57; Tullini 2020, 335 ss.

(27) Motivazione, 14.

senza della rappresentanza sindacale e della rappresentanza per la sicurezza sul lavoro nel comitato unico centrale per la sede operativa del Nord-Est, il giudice accoglie il ricorso *ex art.* 28 St. lav. a favore dell'organizzazione sindacale.

Come effetto dell'efficacia vincolante dei protocolli, nel caso di Treviso, assume rilievo la disciplina negoziale presente nell'intesa del 14.3.2020 per cui «è costituito in azienda un Comitato per l'applicazione e la verifica delle regole del Protocollo di regolamentazione con la partecipazione delle rappresentanze sindacali e delle Rls»; formulazione integrata il 24.4.2020 con cui si è prevista la costituzione di comitati territoriali nel caso in cui, per la tipologia di impresa o per il sistema di relazioni sindacali, non sia istituito il comitato interno (28). La lettura di tale previsione ha portato il giudice del lavoro di Treviso a interpretarla nel senso che, laddove si sia in presenza, come nel caso di specie, di una pluralità di unità economico-produttive afferenti a un'unica realtà, quale l'azienda sanitaria, non è sufficiente la costituzione di un solo comitato unico centrale, ma deve essere costituito in ogni singola unità produttiva, pena l'antisindacalità della condotta. In particolare, l'andamento della pandemia, intenso e soprattutto irregolare, ha portato condivisibilmente il giudice del lavoro trevigiano a ritenere obbligatoria non solo la partecipazione sindacale a livello di comitato centrale già costituito, ma anche in ogni realtà aziendale e, sul piano giuridico, a dare una lettura estensiva della previsione del protocollo a norma della quale «ogni misura adottata possa essere condivisa e resa più efficace dal contributo di esperienza delle persone che lavorano, in particolare degli Rls e degli Rlst, tenendo conto della specificità di ogni singola realtà produttiva e delle situazioni territoriali», allineandosi così alla giurisprudenza di legittimità pronunciata in tema (29). Da questo punto di vista, l'elemento saliente della pronuncia è il rafforzamento del ruolo dei soggetti negoziatori su un duplice versante: in primo luogo, viene attribuita centralità alla funzione dei comitati interni all'azienda previsti dal protocollo, intesi come «strumento di verifica sull'applicazione delle misure anticontagio nei luoghi di lavoro» (30); in secondo luogo, connesso al primo, viene valorizzata la gestione della pandemia nella dimensione più prossima e partecipata alla realtà economico-aziendale (31).

6. — *Il contributo delle pronunce per una lettura giuridica «integrata» del coinvolgimento sindacale in tema di salute e sicurezza sul lavoro e in tema di sostegno al reddito: luci e ombre* — Dal commento delle tre pronunce si può ricavare il consolidamento per via giudiziale di un modello di relazioni sindacali teso alla «partecipazione» (32), grazie all'utilizzo della le-

---

(28) Lo rilevano nei primi commenti a tale decreto Bulgarini D'Elci, Longo 2020, 16.

(29) Cass. 26.9.2011, n. 19614 (con riferimento alla nozione di unità produttiva di cui all'art. 35 St. lav.), e Cass. 22.11.2004, n. 45068, S. IV pen. (con riferimento alla nozione di unità produttiva di cui all'art. 2, c. 1, lett. f, d.lgs. n. 81/2008), riprese, tra i primi commenti al decreto di Treviso, da Guarini 2020.

(30) Bulgarini D'Elci, Longo 2020, 17.

(31) *Ibidem.*

(32) A partire dall'art. 9 St. lav., in fase pre-pandemica, con riferimento al tema del «partecipare nel senso di contribuire» Ales 2020, 129 ss.; nella fase pandemica e (auspicabilmente) post-pandemica la partecipazione che può avvicinarsi a forme di codecisione, Menghini 2021, 54-55. I profili partecipativi sono «indiscutibile eredità positiva dei protocolli»: Nunin 2020, 338.

va dell'art. 28 St. lav.: norma di chiusura del sistema di tutele collettive e individuali approntato dallo Statuto (33).

In maniera particolare, dalle pronunce esaminate si ricava il chiarimento di varie questioni attinenti alla legislazione connessa all'emergenza Covid-19, che mostra il rafforzamento del ruolo della partecipazione sindacale e della funzione del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, nonché della rappresentanza sindacale nelle singole realtà economico-produttive (decreto di Treviso); né riveste minore importanza l'obbligo a trattare in via preventiva la predisposizione dei protocolli di sicurezza aziendale anche con riferimento all'implementazione del documento di valutazione dei rischi (decreto di Matera); e, infine, l'obbligo a contrarre in materia di cassa integrazione in deroga (decreto di Velletri).

Tuttavia, tale lettura «integrata» del rafforzamento delle procedure di coinvolgimento sindacale in materia di salute e sicurezza sul lavoro e in materia di sostegno al reddito non è esente da ombre, come pongono in luce i casi di Matera e Velletri. L'oscillazione nella formulazione dei contenuti del diritto che ha «inseguito» la pandemia (34), con riferimento all'obbligo o meno a trattare per la cassa integrazione ordinaria per emergenza Covid-19 (35) – affermato prima del decreto Cura Italia ma venuto meno in sede di conversione del medesimo, sebbene successivamente reintrodotta in maniera non del tutto chiara nel decreto Rilancio –, ha lasciato, in conclusione, adito a perplessità circa la reale volontà o non adeguata attenzione nel promuovere a livello legislativo il coinvolgimento sindacale: incertezze dalle quali scaturiscono letture differenti in tema, come esaminato in questa prima giurisprudenza di merito.

#### *Riferimenti bibliografici*

- Ales E. (2020), *Libertà sindacale vs partecipazione? Assenze, presenze e possibilità nello Statuto dei lavoratori*, in RGL, n. 1, I, 129 ss.
- Ballestrero M.V. (1989), *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in RIDL, I, 357 ss.
- Ballestrero M.V. (2017), *Il contributo di Giuseppe Pera nella stagione dei grandi Commentari dello Statuto dei lavoratori*, in LD, n. 3-4, 643 ss.
- Ballestrero M.V. (2018), *Diritto sindacale*, Giappichelli, Torino.
- Ballestrero M.V. (2020), *Uno Statuto lungo cinquant'anni*, in RGL, n. 1, I, 20 ss.
- Bologna S., Faioli M. (2020), *Covid-19 e salute e sicurezza nei luoghi di lavoro: la prospettiva intersindacale*, in RDSS, n. 2, 375 ss.

---

(33) Ballestrero 2020, 23; Lassandari 2014, 309 ss.

(34) D. Garofalo 2020, 150. Da ultimo, le misure di cassa integrazione ordinaria per emergenza Covid-19 sono fruibili per altre dodici settimane entro il 31.3.2021, mentre la cassa integrazione in deroga e l'assegno ordinario del Fondo di integrazione salariale possono essere concessi fino al 30 giugno 2021 ai sensi dell'art. 1, c. 300, l. n. 178/2020: «Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023».

(35) Non è previsto un generale obbligo a trattare del datore di lavoro nell'ordinamento italiano: Ballestrero 2018, 220. In giurisprudenza T. Roma 23.9.2014 e T. Milano 30.9.2015, richiamate da Falsone 2017, 583.

- Bulgarini D'Elci G., Longo A. (2020), *Comitato Covid-19 e ruolo delle Rsa*, in *GLav.*, n. 33-34, 14 ss.
- Buoso S. (2020), *Principio di prevenzione e sicurezza sul lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Caponetti B. (2016), *Sulla «nazionalità» del sindacato nel procedimento per la repressione della condotta antisindacale*, in *RGL*, II, 53 ss.
- Carchio C. (2020), *Emergenza epidemiologica e strumenti di sostegno al reddito: la cassa integrazione guadagni con causale «Covid-19»*, in D. Garofalo (a cura di), *Covid-19 e sostegno al reddito*, vol. II, in D. Garofalo et al. (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale*, Adapt University Press, Bergamo, 19 ss.
- Carta C. (2020), *Di 28 ce n'è uno? Azione e contrattazione collettiva fra Statuto e Cdfue*, in *LD*, n. 4, 719 ss.
- D'Antona M. (1990), *Diritto sindacale in trasformazione*, in M. D'Antona (a cura di), *Letture di diritto sindacale*, Jovene, Napoli, XVII ss.
- De Marco C. (2019), *L'art. 28 dello Statuto dei lavoratori tra storia e attualità*, ESI, Napoli.
- Faioli M. (2020), *Covid-19 e istituti speciali di sostegno al reddito*, in O. Bonardi et al. (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Gli instant book Consulta giuridica Cgil, n. 1, 167 ss.
- Falsone M. (2017), *Tecniche rimediali e art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *LD*, n. 3-4, 565 ss.
- Garofalo D. (2020), *Ammortizzatori sociali in deroga e Covid-19: un'«analisi in deroga»*, in D. Garofalo (a cura di), *Covid-19 e sostegno al reddito*, vol. III, in D. Garofalo et al. (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale*, Adapt University Press, Bergamo, 148 ss.
- Garofalo M.G. (1979), *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Jovene, Napoli.
- Giubboni S. (2020), *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 417.
- Guarini G. (2020), *Il rifiuto di nominare nel Comitato Covid-19 lavoratori Rsa e Rls costituisce comportamento antisindacale*, in <https://ilgiuslavorista.it>, 8 settembre.
- Lassandari A. (2014), *L'azione giudiziale come forma di autotutela collettiva*, in *LD*, n. 2-3, 309 ss.
- Lazzari C. (2020), *Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19*, in *DSL*, n. 1, 136 ss.
- Marrucci M. (2020), *Covid-19 e ammortizzatori sociali per il territorio nazionale. Prime annotazioni*, in <https://giustiziacivile.com>, n. 4.
- Massi E. (2020), *Nuova Cassa integrazione Covid-19: domanda e pagamento con iter accelerato*, in *Ipsos Quotidiano*, 25 maggio.
- Mattei A. (2020), *La salute dei lavoratori nella pandemia e l'impronta dello Statuto*, in *LD*, n. 4, 633 ss.
- Menghini L. (2021), *Le rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza dall'art. 9 dello Statuto alla prevenzione del Covid-19: riaffiora una nuova «soggettività operaia»?*, in *DSL*, n. 1, 1 ss.
- Natullo G. (2020a), *Ambienti di lavoro e tutela della salute*, Giappichelli, Torino.
- Natullo G. (2020b), *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*, in O. Bonardi et al. (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Gli instant book Consulta giuridica Cgil, n. 1, 49 ss.
- Nogler L. (2020), *Statuto dei lavoratori e ideologia del «nuovo sindacato»*, in <https://www.constituzionalismo.it>, Editoriale Scientifica, Napoli, 1 ss.
- Nunin R. (2020), *Brevi note in tema di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro nel contesto dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in G.P. Dolso et al. (a cura di), *Virus in fabula. Diritti e Istituzioni ai tempi del Covid-19*, Eut, Trieste, 329 ss.

- Pascucci P. (2019), *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra «raccomandazione» e protocolli. Verso una dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *DSL*, n. 2, 98 ss.
- Pascucci P. (2020), *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.m. 22 marzo 2020 e soprattutto del d. l. n. 19/2020*, in *DSL*, n. 1, 117 ss.
- Pera G. (1977), *Lezioni di diritto del lavoro*, III ed., Il Foro italiano, Roma.
- Razzolini O. (2018), *Azione sindacale e tutela giurisdizionale. Studio preliminare a partire da un'analisi comparata*, FrancoAngeli, Milano.
- Recchia G.A. (2018), *Studio sulla giustiziabilità degli interessi collettivi dei lavoratori*, Cacucci, Bari.
- Recchia G.A. (2020), *La «bella giovinezza» dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *Sindacato e processo – Speciale*, a cura di O. Razzolini et al., in <https://giustiziacivile.com>, n. 1, 97 ss.
- Romagnoli U. (1972), *Art. 28*, in F. Mancini et al., *Statuto dei diritti dei lavoratori, Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 409 ss.
- Rossi S. (2020), *Il Fondo di integrazione salariale e di solidarietà bilaterale al tempo del Covid-19: una conferma dei limiti dell'intervento bilaterale*, in D. Garofalo (a cura di), *Covid-19 e sostegno al reddito*, vol. II, in D. Garofalo et al. (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale*, Adapt University Press, Bergamo, 19 ss.
- Treu T. (1975), *Azione sindacale e nuova politica del diritto*, in T. Treu (a cura di), *L'uso politico dello Statuto dei lavoratori*, il Mulino, Bologna, 15 ss.
- Tullini P. (2020), *Tutela della salute dei lavoratori e valutazione del rischio biologico: alcune questioni giuridiche*, in *RDS*, n. 2, 335 ss.

Alberto Mattei  
Ricercatore di Diritto del lavoro  
presso l'Università di Verona

TRIBUNALE MONZA, 4.3.2020 – Est. Rotolo – G. e M. (avv.ti Zamponi, Salerno) c. V.A. Spa (avv.ti Radoccia, Colangelo).

**Lavoro a tempo parziale – Contratto aziendale di prossimità – Modifica unilaterale della collocazione temporale della prestazione di lavoro a tempo parziale – Illegittimità.**

*È illegittimo, e comporta il risarcimento del danno, il comportamento del datore di lavoro che modifichi unilateralmente la collocazione temporale dell'orario di lavoro a tempo parziale, in assenza di una specifica clausola elastica previamente sottoscritta dal dipendente ai sensi dell'art. 6, c. 4, d.lgs. n. 81/2015. La disposizione difforme di un successivo contratto collettivo, anche di prossimità, non legittima la modifica unilaterale dell'orario di lavoro effettuato dalle ricorrenti; questo configura un diritto soggettivo perfetto delle lavoratrici, per la cui modifica è necessario uno specifico mandato all'organizzazione sindacale. (1)*

(1) MODIFICA UNILATERALE DELL'ORARIO DI LAVORO A TEMPO PARZIALE  
E CONTRATTO DI PROSSIMITÀ

SOMMARIO: 1. Il caso oggetto della decisione del Tribunale. Le argomentazioni delle ricorrenti. — 2. Le argomentazioni della società resistente e la decisione del Tribunale. — 3. Il diritto del *part-timer* alla conservazione dell'orario pattuito nel contratto individuale e l'inesistenza del potere dispositivo sindacale come potere autonomo. — 4. Il profilo del contratto collettivo di prossimità in deroga.

1. — *Il caso oggetto della decisione del Tribunale. Le argomentazioni delle ricorrenti* — Il caso oggetto della sentenza qui annotata riguarda la modifica unilaterale dell'orario *part-time* di due lavoratrici da fisso in orario su turni disposta dalla società sulla base di un contratto aziendale di prossimità. Benché il Tribunale non sia entrato nel merito dell'efficacia del contratto in deroga sui presupposti di una violazione della clausola di garanzia di cui all'art. 8 del d.l. n. 138/2011 (convertito nella l. n. 148/2011), è di interesse, accanto alla conferma del principio di immutabilità dell'orario *part-time* senza accordo tra le parti individuali, il riferimento al tema dell'efficacia dispositiva del contratto collettivo aziendale.

Due lavoratrici venivano assunte con la qualifica di addette al «*call center vendita*» (3° livello, Ccnl Ania) con orario *part-time* orizzontale organizzato in turni. Dopo poco più di due anni dall'assunzione, entrambe passavano – su loro richiesta – al turno fisso *part-time*. Dopo aver sottoscritto nel dicembre 2016 un contratto aziendale integrativo in deroga, la società modificava unilateralmente l'orario di lavoro di entrambe le ricorrenti da fisso a turni e dal 1° giugno 2017 le stesse venivano assegnate alla turnazione per il trimestre giugno-agosto 2017.

Le ricorrenti – allegando circostanze attestanti la maggiore penosità e onerosità delle proprie prestazioni scaturite dalla variazione dell'orario da fisso a su turni – chie-

dono al giudice di Monza accertarsi il loro diritto al ripristino del precedente orario *part-time* con modalità fissa, con conseguente condanna della resistente a ripristinare tale orario, nonché al risarcimento del danno. Rilevano che, ai sensi dell'art. 6, c. 4, d.lgs. n. 81/2015, è vietato al datore di lavoro di mutare unilateralmente il tempo della prestazione *part-time* – sia con una nuova collocazione, sia variandone in aumento la durata – in assenza di una specifica clausola elastica previamente sottoscritta dal prestatore di lavoro, in quanto la modifica dell'orario determina una vera e propria novazione dell'obbligazione inserita nell'accordo originale ai sensi dell'art. 1230 c.c., con la conseguenza che è necessario un ulteriore accordo tra le parti interessate. Nel caso di specie, mancando un accordo scritto in tal senso, la variazione della collocazione temporale della prestazione *part-time* deve considerarsi illegittima. D'altra parte, le disposizioni dei contratti collettivi non possono superare tale impedimento, in quanto trattasi di diritto soggettivo delle due lavoratrici, per la cui modifica è necessario un loro specifico mandato, essendo inefficace sul punto anche un contratto aziendale di prossimità formalizzato con un referendum.

Si costituisce la società resistente, domandando il rigetto delle domande.

2. — *Le argomentazioni della società resistente e la decisione del Tribunale* — Il Tribunale ha accolto le domande delle ricorrenti.

La società argomenta nel senso che l'assegnazione delle due lavoratrici *part-time* al turno fisso era stata temporanea, essendo la relativa richiesta motivata da esigenze familiari transitorie e, dunque, l'azienda aveva accolto le relative domande ritenendole giustificate proprio sulla base della loro temporaneità. Pertanto, sin dalla loro assunzione, le due ricorrenti avevano prestato – salvo le eccezioni indicate – l'attività sulla base della collocazione oraria pattuita nel loro contratto.

Il giudice deve anzitutto accertare se nel corso del rapporto siano intervenute modifiche non temporanee dell'orario delle lavoratrici a tempo parziale da quello di assunzione a turni alla modalità orario fisso.

Ebbene, quanto alla lavoratrice G., assegnata al turno fisso (con fascia oraria – dal lunedì al venerdì – 9-15) dal giugno 2003 con modifiche quantitative del turno succedutesi fino al 31.12.2016, afferma il giudice che dall'esame degli atti non emergono elementi di prova per ritenere che siffatta assegnazione all'orario fisso fosse temporanea. Alla stessa conclusione il Tribunale giunge con riferimento alla lavoratrice M., assegnata al turno fisso (con fascia oraria – dal lunedì al venerdì – 10-15) dal 1° giugno 2004 con modifiche quantitative del turno, anche in questo caso, succedutesi fino al 31.12.2016.

Accertato dunque che le ricorrenti – diversamente da quanto sostenuto dalla società resistente – lavoravano a *part-time* con orario fisso e non a turni al momento dell'entrata in vigore (il 1° gennaio 2017) del contratto aziendale integrativo in deroga, e che le stesse non avevano sottoscritto clausole elastiche ai sensi dell'art. 6, c. 4, d.lgs. n. 81/15, ne consegue l'illegittimità del comportamento della società, la quale non poteva modificare unilateralmente la collocazione temporale della prestazione, né variare in aumento la sua durata.

Il giudice perviene a tale conclusione attraverso il seguente ragionamento.

La dottrina prevalente riconosce la sussistenza di un potere di unilaterale modificazione dell'orario nel rapporto di lavoro a tempo pieno, nel quale la durata e la collocazione temporale della prestazione non sono necessariamente cristallizzate nel contratto individuale (1). Al contrario, nel rapporto di lavoro *part-time*, caratterizzato da un'elevata rigidità di base (2), è incontestata l'immodificabilità dell'orario da parte del datore di lavoro. In tale rapporto, infatti, la programmabilità del tempo libero (eventualmente in funzione dello svolgimento di un'ulteriore attività lavorativa) ha carattere essenziale e giustifica i limiti allo *ius variandi* dell'orario da parte del datore di lavoro senza il consenso del lavoratore (3).

È sempre fatta salva – come detto – la possibilità per il dipendente di dare il proprio consenso alla modifica attraverso l'espressa sottoscrizione di una clausola elastica. Inoltre, del diritto al mantenimento della durata temporale pattuita nel contratto (e della correlata retribuzione) il singolo prestatore di lavoro può disporre ai sensi dell'art. 8, c. 2, d.lgs. n. 81/15. Questa norma ammette la trasformazione del rapporto di lavoro da *full-time* a *part-time* su «accordo delle parti risultante da atto scritto»; il lavoratore può rinunciare a una parte di retribuzione in cambio di una maggiore disponibilità di tempo libero (4). Di conseguenza, la trasformazione unilaterale del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale appare preclusa al datore di lavoro.

Il Tribunale di Monza, in accoglimento delle argomentazioni difensive, ritiene che neanche le disposizioni dei contratti collettivi possano superare un tale impedimento, in quanto l'orario di lavoro definito nel contratto a tempo parziale costituisce un diritto soggettivo del lavoratore. Perciò, nel caso di specie, l'accordo aziendale integrativo in deroga non era opponibile alle due lavoratrici ricorrenti.

A coonestare siffatta conclusione è richiamato un orientamento della Cassazione, per cui il *part-timer* può rifiutare le variazioni unilaterali dell'orario da parte del datore anche nel caso in cui esse siano state previste e accettate da un accordo collettivo, senza che a nulla rilevi il fatto che il dipendente sia iscritto all'organizzazione sindacale stipulante, prevalendo su tale circostanza la necessità di conciliare il lavoro con le proprie esigenze familiari o con altre attività lavorative (5). Secondo un orientamento dei giudici di legittimità, la durata e la collocazione temporale della prestazione *part-time* sono oggetto di un diritto del lavoratore e ciò comporta: da un lato, che sono da ritenersi illegittime eventuali variazioni datoriali unilaterali delle delimitazioni dell'impe-

---

(1) Vd., fra gli altri, Allamprese 2007, 341 ss., ove riferimenti al dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

(2) In quanto esige la predeterminazione del tempo di esecuzione della prestazione: cfr. art. 5, c. 2, d.lgs. n. 81/15.

(3) Vd., fra le più recenti: Cass. 30.12.2016, n. 27553, inedita a quanto consta; T. Torino 4.2.2019, inedita a quanto consta, sull'illegittimità della decisione datoriale di imporre una modifica dell'articolazione dell'orario *part-time* siccome contraria ai principi di buona fede e correttezza. Vd. già: Cass. 9.11.2005, n. 21706, inedita a quanto consta; Cass. 7.12.2000, n. 15517, in *RFI*, 2000, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1256; Cass. 16.4.1993, n. 4507, in *RIDL*, 1993, II, 684 ss., con nota di Burragato; C. App. Bologna 17.5.2007, in *ADL*, 2008, 1505 ss.

(4) Cfr. Allamprese 2015, 112, e ivi un rinvio a Ichino 1985, 347-349.

(5) In tal senso, Cass. 17.3.2003, n. 3898, in *D&G*, 2003, n. 13, 31 ss., con nota di Bellomo.

gno della controparte; dall'altro, che l'avvenuta stipulazione di contratti aziendali anche di solidarietà, pur prevedendo generalizzate riduzioni di orario (e di retribuzione) e implicando riassetto organizzativi, non può sopprimere diritti già acquisiti dai lavoratori, atteso che la contrattazione può disporre in senso migliorativo dei diritti attribuiti ai dipendenti a tempo parziale, salvo che il dipendente stesso – ancora una volta – non consenta espressamente la modificazione (6) o che nel contratto individuale l'orario della prestazione sia determinato soltanto nella sua durata senza alcuna specificazione della sua collocazione temporale (cd. clausole elastiche) (7).

Non è sufficiente a smentire una tale conclusione l'eventuale semplice adesione al sindacato stipulante l'accordo in deroga dei *part-timers* interessati dalla variazione. Il principio esplicito dal Tribunale, sempre in accoglimento delle argomentazioni difensive, prevede la necessità che il sindacato disponga di un mandato *ad hoc* per la disposizione di diritti soggettivi.

In assenza di questo, la modifica dell'orario disposta dalla società resistente nei confronti delle due lavoratrici a tempo parziale sulla base dell'Accordo integrativo aziendale del dicembre del 2016 deve dichiararsi illegittima.

A ciò si aggiunge il riconoscimento in favore delle lavoratrici del danno *ex art. 10* del d.lgs. n. 81/15 (8), su presupposti presuntivi in quanto solo allegati, avendo le due ricorrenti allegato circostanze che rendono – secondo il Tribunale – «assolutamente verosimili il disagio, la maggiore penosità e onerosità» delle prestazioni in ragione degli effetti pregiudizievoli prodotti dalla variazione dell'orario da fisso a su turni.

3. — *Il diritto del part-timer alla conservazione dell'orario pattuito nel contratto individuale e l'inesistenza del potere dispositivo sindacale come potere autonomo* — Nelle motivazioni della decisione in esame, il Tribunale di Monza non si pronuncia sulla portata dell'art. 8 della l. n. 148/2011 relativo agli accordi di prossimità (vd. il paragrafo seguente), ma affronta il tema della disponibilità sindacale dei diritti individuali perfetti o acquisiti dei lavoratori.

La questione delle rinunzie o transazioni collettive e del potere dispositivo del sindacato è uno dei problemi fondamentali del diritto sindacale ed è oggetto di analisi dispiegate in un periodo temporale che va dagli anni cinquanta a oggi (9).

Nel caso di specie, si trattava di rispondere alla seguente domanda: esiste un diritto

---

(6) Vd., fra le altre: Cass. 16.4.1993, n. 4507, cit.; Cass. 28.2.1992, n. 2460, in *GC*, 1993, I, 3067 ss., con nota di Romei; Cass. 19.12.1991, n. 13728, in *GI*, 1992, n. 1, I, 1482 ss. (nella specie, l'impugnata sentenza – confermata dalla Cassazione – aveva ritenuto che la clausola relativa al *part-time*, contenente la limitazione dell'orario al turno antimeridiano e osservata per anni da entrambe le parti, era stata violata dalla società datrice di lavoro, con conseguente legittimità del rifiuto, da parte della lavoratrice, delle prestazioni pomeridiane unilateralmente richieste).

(7) Vd. Cass. 9.11.1991, n. 11966, in *RFI*, 1992, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 610.

(8) Cfr., sia pur con riferimento al quadro legislativo anteriore al 2015: Cass. 30.12.2016, n. 27553, inedita a quanto consta; T. Torino 4.2.2019, inedita a quanto consta. Sulla sanzione risarcitoria per l'utilizzo di prestazioni elastiche in violazione delle condizioni, delle modalità e dei limiti previsti dalla legge, vd. Leccese 2015, par. 2.3.2.

(9) Per alcuni spunti di riflessione, vd., da ultimo, Speciale 2020, 1 ss., e ivi riferimenti bibliografici.

sogettivo del *part-timer* al mantenimento dell'orario stipulato nel contratto individuale di lavoro, talché si assume immodificabile a opera di una disciplina contrattuale collettiva posteriore?

Il Tribunale di Monza risponde affermativamente e nega l'esistenza di un potere dispositivo «originario» del sindacato del diritto soggettivo in questione. Il principio esplicito dal Tribunale prevede la necessità che il sindacato disponga di uno specifico mandato per la disposizione di diritti soggettivi.

In questa sua conclusione, il giudice si pone in linea con un orientamento giurisprudenziale assolutamente dominante.

Un indirizzo interpretativo ritiene che i sindacati esauriscano la loro funzione rappresentativa nella tutela degli interessi collettivi dei lavoratori e non possano disporre dei diritti «quesiti» degli iscritti senza aver ricevuto da questi ultimi uno specifico mandato, per cui l'accordo sindacale avente natura transattiva non può ritenersi efficace in virtù del mero vincolo associativo (10). Una conferma puntuale si ritrova nella disciplina dell'art. 2113, c. 4, c.c., laddove all'associazione non è riconosciuto alcun potere sostitutivo delle volontà dei singoli sul piano degli atti dispositivi. L'associazione non è agente contrattuale, ma garante esterno della parità di posizione delle parti e quindi della genuinità della formazione della volontà (11).

Per il profilo relativo alla possibilità di rimuovere i diritti derivanti dal contratto collettivo per il passato, ci troviamo nuovamente dinanzi al limite costituito dalla regola della «intangibilità» delle situazioni giuridiche definite come «diritti quesiti». Il contratto collettivo retroattivo – così come l'accordo collettivo avente natura transattiva – incontra il limite della intangibilità delle posizioni soggettive maturate in capo al lavoratore a fronte di una prestazione già resa, e nell'ambito di un rapporto o di una fase del rapporto già esauriti. Per la rimozione di questi diritti quesiti si richiede, anche qui, il consenso individuale, preventivo attraverso uno specifico mandato, o anche successivo tramite ratifica (12).

---

(10) In tal senso, fra le più recenti, Cass. 28.9.2016, n. 19173, inedita a quanto consta. Sulla necessità di un mandato *ad hoc* per le conciliazioni sindacali, vd., fra le altre, già: Cass. 25.1.1992, n. 827, in *MGL*, 1992, 249 ss.; Cass. 24.2.1990, n. 1403, in *GC*, 1990, 2074 ss., con nota di Lambertucci; Cass. 24.5.1988, n. 3592, in *FI*, 1989, I, 457 ss.; Cass. 27.1.1988, n. 719, in *RIDL*, 1988, II, 910 ss., con nota di Maresca.

(11) Cfr., fra le altre, Cass. 3.4.2002, n. 4730, in *RCDL*, 2002, 785 ss.; già Cass. 26.2.1982, n. 1253, in *GC*, 1982, I, 2121 ss. In dottrina, si rinvia a Voza 2007, 77 ss.

(12) Cfr., fra le più recenti: Cass. 29.10.2015, n. 22126, inedita a quanto consta; Cass. 15.9.2014, n. 19396, in *MGL*, 2015, 358 ss.; Cass. 22.6.2004, n. 11634, in *NGL*, 2005, 15 ss.; Cass. 8.5.2003, n. 7037, *ivi*, 2003, 686 ss. Vd. altresì: Cass. 1.7.2016, n. 13519, inedita a quanto consta; Cass. 28.10.2013, n. 24286, in *ADL*, 2014, II, 1025 ss., con nota di Allamprese; Cass. 20.8.2009, n. 18548, in *RIDL*, 2010, II, 928 ss.; Cass. 18.9.2007, n. 19351, in *RCDL*, 2007, 1021 ss.; Cass. 21.3.2007, n. 6703, in *RFI*, 2007, voce *Cassazione civile*, n. 44; Cass. 4.8.2005, n. 16424, in *RFI*, 2005, voce *Lavoro (rapporto)*, 738 ss.; Cass. 12.3.2004, n. 5141, *ivi*, 2004, *Lavoro (contratto)*, 32 ss., in fattispecie consimili relative all'efficacia nei confronti di lavoratori cessati dal servizio di contratti aziendali aventi a oggetto la soppressione di somministrazioni in natura. Sulla problematica dell'incidenza del contratto collettivo successivo al pensionamento sulle posizioni soggettive di vantaggio del lavoratore in quiescenza, vd., da ultimo, Calvellini 2019, 325 ss.

Si pone, prima di tutto, la questione di cosa si debba intendere per diritto individuale perfetto o quesito del lavoratore.

In generale con la formula «diritti quesiti» si allude a quei diritti per i quali si è completamente realizzata la fattispecie idonea ad attribuirli al patrimonio del titolare (13), di tal che, qualora la specifica norma, legale o contrattuale, che a quella fattispecie ricollegava l'acquisto dei diritti medesimi venga modificata, essi «resistono» ai mutamenti peggiorativi o ablativi indotti da più recenti previsioni legali o contrattuali (14). Perciò, se la fattispecie si è verificata, il diritto non solo è perfetto, a differenza dell'aspettativa, ma diventa «quesito», ovvero acquisito al patrimonio giuridico del suo titolare e, come tale, immodificabile e intoccabile senza uno specifico atto di disposizione da parte di quest'ultimo. E, ciò, indipendentemente dalla modifica o, addirittura, dall'abrogazione successiva della norma – legale o consensuale – che lo ha generato (15).

Vi è anche un secondo significato dell'espressione «diritti quesiti», intendendosi per tali tutte quelle situazioni soggettive che si assumono immodificabili a opera di una disciplina legale o contrattuale collettiva posteriore; in quest'ultimo caso, si fa riferimento alle situazioni conflittuali fra le varie fonti di disciplina del rapporto di lavoro (16).

Vi è poi la questione di quali clausole collettive possano considerarsi «dispositive» di diritti soggettivi.

La dottrina ha preso in considerazione la varietà di negozi prodotti dalla fenomenologia delle attività sindacali sul modello degli atti privati di natura dispositiva (17): i negozi abdicativi (le rinunzie), il riconoscimento delle pretese di parte avversa, e soprattutto – per l'importanza che essi rivestono nella pratica contrattuale – la transazione e il negozio di accertamento. Correttamente un'Autrice osserva che il problema della disposizione dei diritti soggettivi da parte del contratto collettivo finisce per risolversi nei casi dell'efficacia normativa retroattiva – come disponibilità indiretta – e dell'efficacia dispositiva – come disponibilità diretta – da parte delle clausole collettive: perché «in entrambi e in modo esclusivo viene in questione in senso proprio la disposizione di diritti soggettivi da parte del contratto» (18).

Al di fuori dell'ambito delle transazioni collettive della cui funzione dispositiva nessuno dubita, le posizioni individuali che hanno suscitato le perplessità più gravi riguardano tutte quelle situazioni – rispetto alle quali si è sviluppato anni addietro un vi-

---

(13) Ferraro 1989, 1.

(14) In tal senso Tursi (1996, 246 ss.), che parla in proposito di diritto «quesito in senso stretto», «intangibile dal contratto collettivo, in quanto entrato nel patrimonio individuale del lavoratore a seguito del verificarsi della fattispecie alla quale il contratto collettivo in quel momento vigente ricollegava l'acquisto del diritto medesimo».

(15) Si potrebbe sostenere quindi che ogni diritto soggettivo per ciò solo è «perfetto» o «quesito», perché altrimenti, qualora non si fosse ancora concretizzata la fattispecie che lo regola, esso non sarebbe nemmeno un diritto, bensì una mera aspettativa. Vd., sul punto, Quadri 1957, 238.

(16) Ferraro 1989, 1.

(17) Giugni 1970, 8.

(18) Occhino (2014, 263 e 274 ss.), per cui, fuori dai suddetti casi, l'ammissione del potere dispositivo del sindacato per le situazioni soggettive che trovano la loro fonte nel contratto collettivo risulterebbe solo apparente (282).

vace dibattito (19) – in cui il sindacato, anche in conformità della previsione legislativa, finirebbe con l'esercitare poteri di modifica del regolamento contrattuale che tradizionalmente competono solo al singolo prestatore di lavoro: ad esempio, trasformare a orario ridotto alcuni rapporti di lavoro a tempo pieno o sospenderli del tutto ai fini del ricorso alla Cassa integrazione guadagni, oppure rinunciare al diritto soggettivo di astensione dal lavoro in occasione delle festività infrasettimanali (20).

Emblematico è il caso in cui il diritto soggettivo a un determinato orario di lavoro venga rimosso da un successivo contratto collettivo, il quale preveda una riduzione dell'orario (e della retribuzione) di tutti i dipendenti come misura per evitare licenziamenti collettivi in un'impresa in crisi. Il problema sorge dal fatto che – come osservato in dottrina – in questo caso non si fissano in via generale e astratta, come nel contratto collettivo nazionale, nuovi standard di orario e di retribuzione universalmente validi, ma inevitabilmente si incide sull'orario di lavoro di Mario e di Sandra, o dei lavoratori di questa squadra o di quel reparto, talché quella che, in astratto, sarebbe solo una nuova clausola a effetto normativo risulta essere in concreto atto di disposizione di una posizione individuale (21).

La configurazione degli accordi di crisi in parola come accordi aventi natura transattiva non può essere assunta sotto il profilo tecnico-giuridico (22); infatti, tali accordi sono lontani dal modello della transazione in senso civilistico (art. 1965 c.c.), in quanto non hanno l'obiettivo di risolvere o di prevenire una lite giuridica (23). Con riferimento all'accordo sindacale che riduce l'orario di lavoro si potrebbe parlare di «disposizione» di un diritto soggettivo del lavoratore, e non di una modifica della regolamentazione collettiva destinata a conformare il contenuto del rapporto di lavoro e quindi di un effetto normativo del contratto, qualora la modifica collettiva incida su una pattuizione individuale concordata tra datore e prestatore di lavoro senza alcun riferimento alle disposizioni del contratto collettivo. In un caso simile, non può che farsi ricondurre la soluzione dell'efficacia dell'accordo sindacale dispositivo alla sussistenza in concreto di un specifico mandato a trattare o di una ratifica *ex post*. D'altra parte, l'accordo sindacale costituisce spesso una sorta di offerta di «minore male» lasciata al lavoratore, che altrimenti

---

(19) Vd. Lambertucci 1990, spec. capitolo III.

(20) Anche a tale diritto, deducibile dal c. 1 dell'art. 5, l. n. 260/1949 (come modificato dall'art. 3 della l. n. 90/1954), il lavoratore può rinunciare (con il consenso del datore di lavoro) trasformando la pausa in giornata lavorativa. Vd., in tal senso, fra le più recenti: Cass. 19.10.2016, n. 21209, in *FI*, 2016, I, 3841 ss.; Cass. 8.8.2005, n. 16634, in *RGL*, 2006, II, 50 ss., con nota di Allamprese; Cass. 4.3.2004, n. 4435, in *NGL*, 2004, 518 ss., in una fattispecie relativa a un contratto di categoria che subordina la fruizione delle festività infrasettimanali all'esistenza di «esigenze aziendali»; Cass. 15.9.1997, n. 9176, in *FI*, 1999, I, 894 ss., con nota di Casola. La rinuncia è rimessa al solo accordo delle parti individuali o ad accordi collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali cui il lavoratore abbia conferito esplicito mandato: Cass. 15.7.2019, n. 18887, in *DRI*, 2020, 160 ss., con nota di Ferrante; Cass. 23.11.2017, n. 27948, in *FI*, 2018, I, 198 ss.; Cass. 4.11.2016, n. 22482, inedita a quanto consta; Cass. 7.8.2015, n. 16592, in *RIDL*, 2016, II, 138 ss., con nota di Scarano; da ultimo, T. Bari 21.1.2021, inedita a quanto consta.

(21) Alleva 1987, 84.

(22) Lambertucci 1990, 299.

(23) Gragnoli 2000, 286.

rischia di perdere il posto di lavoro. A questo livello è evidente che la concretezza della crisi condurrà al consenso individuale; consenso che non può, tuttavia, ritenersi *a priori* pretermesso da un presunto potere sindacale «originario».

Quest'ultimo ragionamento vale a maggior ragione nel caso oggetto della sentenza in esame, ove è la stessa legge sul *part-time* che esige la predeterminazione del tempo di esecuzione della prestazione (art. 5, c. 2, d.lgs. n. 81/15). Talché sono le parti del contratto individuale che, pattuendo le clausole elastiche, attribuiscono al datore di lavoro il potere di «variazione della collocazione temporale della prestazione lavorativa ovvero [di] variazione in aumento della sua durata» (art. 6, c. 4, d.lgs. n. 81/15).

Perciò correttamente il Tribunale ritiene che il sindacato debba essere munito di un mandato *ad hoc* per disporre del diritto soggettivo del lavoratore alla collocazione dell'orario a tempo parziale concordato nel contratto individuale di lavoro. Nella specie è pacifica l'assenza di uno specifico mandato e quindi la modifica dell'orario disposta dalla società nei confronti delle due lavoratrici a tempo parziale in seguito alla firma dell'accordo integrativo aziendale deve dichiararsi illegittima, con conseguente condanna della resistente al ripristino del precedente orario di lavoro fisso.

4. — *Il profilo del contratto collettivo di prossimità in deroga* — Alcune osservazioni merita infine il profilo del contratto collettivo «di prossimità». Come detto all'inizio, il Tribunale non è entrato nel merito dell'efficacia del contratto in deroga sui presupposti di una violazione della clausola di garanzia di cui all'art. 8 della l. n. 148/11. Il giudice non si è pronunciato in merito alla questione se la pattuizione relativa alla modifica dell'articolazione dell'orario *part-time* contenuta nel contratto integrativo aziendale del 2016 potesse rientrare nell'alveo del contratto di prossimità. Com'è noto, i contratti aziendali e territoriali sottoscritti da particolari soggetti *ex art. 8 della l. n. 148/11* possono — ai sensi del c. 2-*bis* — operare anche in deroga alle norme di legge (e alle clausole dei contratti collettivi nazionali) che disciplinano le numerose e importanti materie richiamate dal c. 2 (24), e tra queste materie è inclusa quella dei «contratti a orario ridotto, modulato o flessibile» (lett. *c*) (25), con i limiti del rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dal diritto dell'Ue e dalle convenzioni internazionali sul lavoro.

Va detto che gli accordi di prossimità presentano delle connessioni con il tema del potere dispositivo sindacale, anche se paiono muoversi su un piano giuridico diverso: sul piano cioè della «deroga» alle fonti legali o contrattuali collettive nazionali dalle quali possono nascere diritti o situazioni giuridiche attive dei lavoratori, e non su quello della «disposizione» dei diritti individuali che da tali fonti siano effettivamente nati (vd. *supra*, par. 3) (26).

Peraltro questo potere di «definire una regolazione generale e astratta di determi-

---

(24) Parla di delega «onnivora» dell'art. 8 della legge del 2011 Gottardi (2012, 523). Su tale disposizione si rinvia a: Bavaro 2012, 137 ss.; Maio 2013, 86 ss.; Pascucci 2013, 177 ss.; Santoro Passarelli 2015, 13 ss.; Comandé 2017, spec. 144 ss.

(25) Si rinvia a Brollo 2017, 1388 ss.

(26) Sia consentito il rinvio ad Allamprese 2015, 142. Vd., da ultimo, anche Speciale 2020, 13 ss.

nate fattispecie con contenuti diversi rispetto a quanto previsto dalla legge» (27) non può essere senza limiti. Anzi, dato il carattere eccezionale dell'art. 8 della legge del 2011, esso dev'essere sottoposto a un'interpretazione rigorosamente restrittiva, e non può dunque applicarsi, *ex art.* 14 delle preleggi, al di fuori dei casi e dei tempi dallo stesso art. 8 considerati (28). Ciò significa che il potere di «deroga» dell'art. 8 riguarderà solo le materie e gli obiettivi in esso previsti, con conseguente possibilità per il giudice di controllare in ogni caso *ex post* la sufficienza del mezzo (il contratto derogatorio di prossimità) con il fine esplicitato (uno degli obiettivi previsti dall'art. 8, c. 1) (29). Di conseguenza nel testo del contratto di prossimità dovranno sempre essere previste chiaramente, oltre le finalità che si intendono raggiungere, anche le norme di legge e/o di contratto collettivo che si intendono derogate e il nesso di strumentalità tra deroga e fine, ossia perché per raggiungere quello scopo si devono derogare quelle norme, onde consentire al giudice il controllo di cui sopra.

Nel caso di specie, ove anche si fosse giunti a ritenere che la pattuizione sulla modifica della collocazione dell'orario *part-time* contenuta nel contratto integrativo aziendale rientrasse nell'alveo del contratto di prossimità in quanto in esso fossero state previste la norma di legge derogata (nella specie art. 5, c. 2, d.lgs. n. 81/15) e le finalità a cui la deroga era indirizzata, la stessa pattuizione non avrebbe avuto comunque efficacia in quanto non rispettosa del limite costituzionale dato dalla necessaria predeterminazione del tempo di esecuzione della prestazione a tempo parziale, come già posto in luce dalla giurisprudenza costituzionale (30).

---

(27) Speciale 2020, 16.

(28) Vd. sul punto quanto affermato da C. cost. 4.10.2012, n. 221, in *GC*, 2012, I, 2251 ss. Da ultimo, vd. anche T. Civitavecchia 17.12.2020, inedita a quanto consta; C. App. Venezia 14.1.2021 e C. App. Venezia 21.1.2021, entrambe in corso di pubblicazione in *RGL*, 2021, n. 3, II.

(29) Sul punto Perulli, Speciale 2011, 30 ss.

(30) Vd. la famosa C. cost. 11.4.1992, n. 210, in *RIDL*, 1992, II, 731 ss., con nota di Ichino, per cui la prescrizione – allora contenuta nell'art. 5, c. 2, della l. n. 863/84 (oggi, con una formulazione pressoché identica, nell'art. 5, c. 2, d.lgs. n. 81/15) – in base alla quale nel contratto di lavoro a tempo parziale dev'essere contenuta puntuale indicazione della «distribuzione dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno», denota con chiarezza che il legislatore ha inteso stabilire che sia dell'orario giornaliero, sia dei giorni lavorativi, deve «essere indicata la distribuzione», rispettivamente, nell'arco della giornata, della settimana ecc. In tal modo si è voluto escludere proprio l'ammissibilità di un contratto a tempo parziale nel quale sia riconosciuto il potere del datore di lavoro di determinare o variare unilateralmente la collocazione temporale della prestazione lavorativa, ciò che impedirebbe al lavoratore, e alla lavoratrice, di programmare le altre attività cui, fuori di casa o in casa, devono dedicarsi, e verrebbe altresì a ledere la libertà del lavoratore, assoggettato a un potere di chiamata esercitabile *ad libitum*. Il fatto è che lo scambio tra una prestazione ridotta e una retribuzione ridotta «lascia al prestatore d'opera un largo spazio per altre eventuali attività, la cui programmabilità da parte dello stesso lavoratore dev'essere salvaguardata, anche all'ovvio fine di percepire, con più rapporti a tempo parziale, una retribuzione complessiva che sia sufficiente ad assicurare a lui e alla sua famiglia una esistenza libera e dignitosa come prevede l'art. 36 Cost.» (C. cost. n. 210/92).

## Riferimenti bibliografici

- Allamprese A. (2007), *Tempo della prestazione e poteri del datore di lavoro*, in *ADL*, n. 2, 363 ss.
- Allamprese A. (2015), *Sindacato e potere dispositivo*, Cacucci, Bari.
- Alleva P. (1987), *Il tempo di lavoro (l'azione sindacale)*, in *Il tempo di lavoro*, Giuffrè, Milano, 39 ss.
- Bavaro V. (2012), *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, Bari.
- Brollo M. (2017), *Un quarto di secolo dopo, le trasformazioni del lavoro a tempo parziale*, in *ADL*, n. 6, 1382 ss.
- Calvellini G. (2019), *Contratto collettivo e posizioni giuridiche di vantaggio in favore dei lavoratori in quiescenza*, in *RGL*, I, 325 ss.
- Comandè D. (2017), *Dall'inderogabilità alla competenza. Contratti collettivi e ordinamento giuridico*, Jovene, Napoli.
- Ferraro G. (1989), voce *Diritti quesiti. II) Diritto del lavoro*, in *EGT*, XII, 1 ss.
- Giugni G. (1970), *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore: riesame critico*, in *DL*, I, 3 ss.
- Gottardi D. (2012), *Deroga della legge e rispetto della normativa comunitaria*, in *RGL*, I, 521 ss.
- Gragoli E. (2000), *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, Giuffrè, Milano.
- Ichino P. (1985), *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, II, Giuffrè, Milano.
- Lambertucci P. (1990), *Efficacia dispositiva del contratto collettivo e autonomia individuale*, Cedam, Padova.
- Leccese V. (2015), *Il lavoro a tempo parziale*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni. Decreto legislativo 15.6.2015, n. 81*, III, Giappichelli, Torino, 41 ss.
- Maio V. (2013), *Struttura e articolazione della contrattazione collettiva*, Cedam, Padova.
- Occhino A. (2004), *L'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali*, Giappichelli, Torino.
- Pascucci F. (2013), *La partecipazione dei lavoratori. Responsabilità sociale e amministrativa d'impresa*, Ipsoa, Milano.
- Perulli A., Speziale V. (2011), *L'art. 8 della l. 14.9.2011, n. 148, e la «Rivoluzione di agosto» del diritto del lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 132, 1 ss.
- Quadri R. (1957), voce *Acquisiti (diritti)*, in *NDI*, I, Utet, Torino, 237 ss.
- Santoro Passarelli G. (2015), *Il contratto aziendale in deroga*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 254, 1 ss.
- Speziale V. (2020), *Gino Giugni e la conciliazione in sede sindacale*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 415, 1 ss.
- Tursi A. (1996), *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Voza R. (2007), *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, Bari.

Andrea Allamprese  
Professore associato di Diritto del lavoro  
presso l'Università di Modena e Reggio Emilia.

# CONTROVERSIE DI LAVORO

---

CORTE COSTITUZIONALE, 14.10.2020, n. 212 – Pres. Morelli, Est. Amoroso – S.S. c. Auchan Spa.

**Controversie di lavoro e previdenza – Trasferimento o licenziamento – Impugnazione – Termine di decadenza giudiziale – Impedimento – Ricorso cautelare d’urgenza ante causam – Omessa previsione – Incostituzionalità (Cost., artt. 3, 24, 111, 117; c.p.c., artt. 669-bis, 669-ter, 669-octies, 700; l. 15.7.1966, n. 604, art. 6; l. 4.11.2010, n. 183, art. 32).**

*È incostituzionale l’art. 6, c. 2, l. 15.7.1966, n. 604, come sostituito dall’art. 32, c. 1, l. 4.11.2010, n. 183, nella parte in cui non prevede che l’impugnazione è inefficace se non è seguita, entro il successivo termine di centottanta giorni, oltre che dal deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro o dalla comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato, anche dal deposito del ricorso cautelare anteriore alla causa ai sensi degli artt. 669-bis, 669-ter e 700 c.p.c. (1)*

(1) TUTELA CAUTELARE D’URGENZA E IMPUGNAZIONE DEL LICENZIAMENTO

SOMMARIO: 1. La questione di legittimità costituzionale decisa dalla Corte. — 2. Il deposito del «ricorso» in sede giudiziale. — 3. La funzione del doppio termine decadenza e la natura dell’impugnazione del licenziamento. — 4. Struttura e funzione della tutela cautelare anticipatoria. — 5. Il rapporto tra provvedimento cautelare d’urgenza e giudizio di merito nelle forme del cd. rito Fornero. — 6. Il rigetto dell’istanza cautelare e la sorte dell’effetto impeditivo della decadenza prodotto dal deposito del ricorso. — 7. Profili conclusivi.

1. — *La questione di legittimità costituzionale decisa dalla Corte* — La questione di legittimità costituzionale decisa dalla Corte con la pronuncia in commento (1) era stata sol-

---

(1) In *FI news*, 2020, con nota di Arnone; nonché in *FI*, 2020, I, 3220 ss., con nota di Licci e Dalfino (2020a).

levata dal Tribunale di Catania con ordinanza del 17.5.2019 (2) nel corso del procedimento cautelare *ex art.* 700 c.p.c., con il quale il lavoratore aveva impugnato in via d'urgenza il trasferimento da un'unità produttiva a un'altra disposto dal datore di lavoro nei suoi confronti. La questione, precisamente, riguardava la compatibilità dell'art. 6, c. 2, l. n. 604 del 1966 (come sostituito dall'art. 32, c. 1, l. n. 183 del 2010, cd. «Collegato lavoro»), e poi ancora modificato dall'art. 1, c. 38, l. n. 92 del 2012, cd. «riforma Fornero»), con gli artt. 3, 24, 111, 117, c. 1, Cost.; quest'ultimo in relazione all'art. 6 Cedu, nella parte in cui esso non prevede espressamente anche il ricorso cautelare tra gli atti idonei a impedire la perdita di efficacia dell'impugnazione stragiudiziale dell'atto di illegittimo esercizio del potere datoriale.

La Corte ha ritenuto fondato il dubbio di costituzionalità prospettato, sotto il profilo della violazione del principio di eguaglianza e di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., e assorbiti gli altri parametri invocati dal giudice *a quo*.

In particolare:

a) ha ravvisato la contrarietà al principio di eguaglianza nella comparazione della lacuna normativa relativa al ricorso per provvedimento d'urgenza con l'idoneità impeditiva della decadenza, riconosciuta dal citato art. 6, c. 2, alla richiesta di attivazione della procedura conciliativa o arbitrale. E ciò sul presupposto che la tutela cautelare, proprio perché esercizio di giurisdizione (art. 24, c. 1, Cost.) e componente indefettibile del giusto processo (art. 111, c. 1, Cost.), non può ricevere un trattamento deteriore rispetto ai sistemi alternativi di composizione della lite;

b) ha riscontrato la contrarietà al principio di ragionevolezza «in riferimento alla finalità sottesa alla previsione del termine di decadenza in esame, essendo la domanda di tutela cautelare idonea a far emergere il contenzioso insito nell'impugnazione dell'atto datoriale», con la conseguenza che il rischio di pretese del lavoratore latenti per lungo tempo può dirsi scongiurato e la pretesa di un'attività processuale ulteriore rispetto a quella cautelare si rivela in concreto inutile e ridondante per il lavoratore.

La decisione della Corte, dunque, si è posta in aperto contrasto con il prevalente orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo cui solo il deposito del ricorso *ex art.* 414 c.p.c. (salva l'applicazione del cd. rito Fornero – art. 1, cc. 48 ss., l. n. 92, cit. – per l'impugnativa dei licenziamenti dei lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015) nella cancelleria del giudice del lavoro ovvero, alternativamente, la comunicazione alla controparte della richiesta di conciliazione o arbitrato integrano gli estremi degli atti contemplati dalla norma (3).

Orientamento, quest'ultimo, fondato sull'incompatibilità del ricorso *ex art.* 700 c.p.c. con il previo tentativo di conciliazione e sulla altrimenti inevitabile vanificazione del-

---

(2) In *RIDL*, 2019, II, 727 ss., con nota di Vitaletti.

(3) Cfr.: Cass. 9.12.2019, n. 32073; Cass. 15.11.2018, n. 29429; Cass. 7.11.2017, n. 26309, in *RDP*, 2018, 1376 ss., con nota di Guarnieri; Cass. 14.11.2016, n. 14390, in *LG*, 2016, 1015 ss., anche se quest'ultima pronuncia aveva sostenuto, con argomentazione alquanto improbabile, l'inidoneità del deposito del ricorso *ex art.* 700 c.p.c. a rappresentare un'alternativa al deposito del ricorso introduttivo del cd. rito Fornero in ragione del rinvio esplicito all'art. 125 c.p.c. contenuto solo nell'art. 1, c. 48, l. n. 92, cit., e non nell'art. 669-*bis* c.p.c., e della necessità solo nel primo caso di indicare *causa petendi* e *petitum* dell'azione.

Pobiettivo della disciplina introdotta dalla l. n. 183, cit., cioè quello di provocare in tempi ristretti una pronuncia di merito sulla legittimità dell'atto datoriale, a causa dell'assenza, nel sistema della strumentalità attenuata di cui all'art. 669-*octies*, c. 6, c.p.c., di un termine entro il quale instaurare il giudizio di merito all'esito del procedimento cautelare (4).

2. — *Il deposito del «ricorso» in sede giudiziale* — La lettera dell'art. 6, cit., prevede che, una volta impugnato l'atto datoriale nel termine di decadenza di sessanta giorni dalla sua comunicazione scritta (ovvero dalla comunicazione scritta dei motivi, ove non contestuale) con qualsiasi atto scritto, anche stragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore, è onere di quest'ultimo, al fine di evitare che l'impugnazione perda efficacia, provvedere entro il successivo termine di centottanta giorni al «deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro» o, altrimenti, alla comunicazione «alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato, ferma restando la possibilità di produrre nuovi documenti formatisi dopo il deposito del ricorso». Una volta scelta questa seconda via, in caso di rifiuto o di mancato raggiungimento dell'accordo necessario all'espletamento dello strumento alternativo, «il ricorso deve essere depositato a pena di decadenza entro sessanta giorni dal rifiuto o dal mancato accordo».

La previsione di un doppio termine di decadenza riguarda non soltanto il licenziamento, bensì anche le ulteriori fattispecie delineate dall'art. 32, c. 2, l. n. 183, cit., tra le quali, come avvenuto nel caso di specie, il trasferimento del lavoratore.

Le considerazioni che seguono sono specificamente ritagliate sulla fattispecie del licenziamento, che, sul piano della disciplina processuale applicabile, presenta numerose criticità. Ciò non toglie che le conclusioni che vengono proposte in questa sede possano valere anche per le altre figure sottoposte al duplice onere.

Il dato testuale è chiaro: per il rispetto del termine di centottanta giorni (o di quello di sessanta, nel caso in cui il lavoratore tenti di risolvere la controversia in sede non giudiziale e, però, il tentativo non vada a buon fine) (5) è necessario e sufficiente «il deposito del ricorso in cancelleria». Nozione, quella di «ricorso», che potrebbe benissimo comprendere sia l'atto che introduce il giudizio di merito (a cognizione sommaria, poi eventualmente seguito dalla cognizione piena, secondo le disposizioni dell'art. 1, cc. 48 ss., l. n. 92, cit., oppure direttamente a cognizione piena *ex* artt. 414 ss. c.p.c., ove si tratti, rispettivamente, di impugnative di licenziamenti di lavoratori assunti prima o dopo il 7 marzo 2015) sia quello con il quale si instaura il procedimento cautelare. Con la conseguenza di poter riconoscere a entrambi l'idoneità a produrre l'effetto impeditivo del secondo termine di decadenza (e al contempo, quindi, conservativo dell'efficacia della impugnazione stragiudiziale) (6).

---

(4) Indirizzo contraddetto, peraltro, in materia di esclusione del socio di una cooperativa, da Cass. 25.5.2016, n. 10840, in *RFI*, voce *Procedimenti cautelari*, n. 12, e in [www.lanuovaprocedura.civile.com](http://www.lanuovaprocedura.civile.com), 2016, secondo cui interpretare le norme sulla decadenza per richiedere quale atto tipico previsto dalla legge per impedire la decadenza un'azione idonea a dare luogo al giudicato significherebbe estendere l'ambito di applicazione della decadenza laddove le norme che la prevedono sono di stretta interpretazione.

(5) Cfr. Bertoldi 2018, 619, spec. nota 74, nonché Dalfino 2020b, 902 ss., spec. 905.

(6) L'inciso contenuto nell'art. 6, secondo cui è sempre possibile «produrre nuovi documen-

I termini del discorso, tuttavia, sono più complessi e meritano una riflessione più ampia, che tenga conto:

- 1) della funzione del duplice termine decadenziale introdotto dal cd. Collegato lavoro e della natura dell'impugnazione del licenziamento;
- 2) della struttura e della funzione della tutela cautelare anticipatoria;
- 3) del rapporto tra tutela cautelare e giudizio di merito, quando questo si svolge secondo il cd. rito Fornero;
- 4) delle conseguenze del rigetto dell'istanza cautelare sulla sorte dell'effetto impositivo della decadenza prodotto dal «deposito del ricorso».

3. — *La funzione del doppio termine decadenziale e la natura dell'impugnazione del licenziamento* — La previsione di un doppio termine di decadenza – uno per la contestazione in via stragiudiziale e l'altro per l'impugnazione in sede giudiziale (se del caso, anticipata dal tentativo, non andato a buon fine, di composizione nelle forme conciliativa o arbitrale) dell'atto datoriale – parrebbe essere più vicina e consona ad azioni di tipo costitutivo (7) e trovare supporto in quanto sostenuto già prima del riforma del 2012 da chi ha rilevato che l'annullamento del licenziamento non esclude di per sé l'accertamento dell'attuale persistenza del rapporto allorquando il giudice dispone la reintegrazione (8). A questo proposito, si è anche sostenuto che la nuova configurazione dei rimedi contro il licenziamento illegittimo comporta che la reazione del lavoratore, «nelle residuali ipotesi in cui possa ancora indirizzarsi nell'alveo di un *petitum* di reintegra», si atteggi, allo stesso tempo, in termini «ablativi» dell'effetto estintivo-terminativo del rapporto di lavoro riconducibile all'esercizio del diritto potestativo del datore e «(ri)costitutivi» del rapporto stesso (9); l'azione sarebbe costitutiva nel duplice senso di produrre questo duplice effetto (non dichiarativo).

Sulla non sufficiente persuasività di tale tesi si è già avuto modo di esprimere perplessità (10). L'azione di annullamento in senso stretto, infatti, presuppone l'efficacia del licenziamento (pur invalido). Eppure, tale dato non trova corrispondenza nel risultato perseguito dalla reintegrazione, caratterizzato dal riconoscimento della permanenza del rapporto di lavoro senza soluzione di continuità (11). La formula della «ri-costituzione» del rapporto (a seguito della demolizione dell'effetto terminativo conseguente al licenziamento) non offre elementi sufficienti per giustificare lo scostamento da questa peculiarità.

---

ti formatasi dopo il deposito del ricorso», non è sufficiente a far ritenere inidoneo il ricorso cautelare d'urgenza a impedire la decadenza. Infatti, la *ratio* di tale inciso non sembra essere quella di consentire un'attività altrimenti preclusa nel solo giudizio di merito che si svolge nelle forme del rito del lavoro *ex* artt. 414 ss. c.p.c. e, invece, ammessa nel procedimento cautelare (e del resto, opinando in tal senso, esso non troverebbe giustificazione con riguardo alla prima «fase» del rito Fornero che, come il cautelare, non soffre di preclusione alcuna), bensì quella, forse un po' superflua e ridondante (vd. art. 420, c. 5, c.p.c.), di non escludere la produzione documentale formatasi in data successiva al deposito del ricorso. In tal senso, cfr. anche: Licci 2020.

(7) Cfr.: Buoncristiani 2012, 244 ss.; Motto 2012, 553, nota 492.

(8) Menchini 1987, 325.

(9) De Cristofaro, Gioia 2013, par. 7.

(10) Dalfino 2018, 216 ss.

(11) Anche per riferimenti, vd.: Motto 2012, 553, nota 492.

A ben vedere, neanche le novità introdotte dal d.lgs. n. 23 del 2015 paiono davvero idonee a smentire questa ricostruzione, per quanto si debba convenire sul fatto che esse non abbiano certo contribuito a fornire ausilio sul piano interpretativo (12).

Dunque, sembra di poter continuare a qualificare la natura dell'impugnativa del licenziamento come azione contrattuale fondata sull'inadempimento – sia pure con tutti i limiti derivanti dalla pratica attuabilità del comando giudiziale e dalla peculiarità degli interessi coinvolti (13) – là dove, attraverso l'esercizio del diritto potestativo di recesso, il datore di lavoro determina la cessazione del rapporto e, attraverso l'impugnazione, il lavoratore contesta l'atto ablativo, facendo valere l'attualità, la persistenza e l'efficacia del rapporto di lavoro e, quindi, domandandone la sua conservazione (non la sua costituzione *ex novo*, come nel caso della riassunzione ai sensi dell'art. 8, l. n. 604 del 1966) (14).

Se è vero che le modifiche apportate dalle ultime riforme alla struttura dall'impugnativa non ne hanno mutato la natura, tuttavia, la finalità perseguita è nuova. Precisamente, l'introduzione di un secondo termine di decadenza per l'esercizio del potere di (re)azione risponde all'esigenza di evitare che il contenzioso resti a lungo latente (15) e che il datore di lavoro permanga nell'incertezza di conoscere la sorte di quell'atto e le conseguenze in termini economici e organizzativi.

Orbene, stabilito normativamente che quella finalità può essere soddisfatta persino attraverso la proposizione di una istanza conciliativa o arbitrale, sarebbe davvero incongruo non riconoscere pari idoneità al ricorso introduttivo del procedimento cautelare. Non si tratta, infatti, di «provocare in tempi ristretti una pronuncia di merito» (né l'accordo di conciliazione né il lodo arbitrale irrituale lo sono, data la loro natura negoziale: cfr. gli artt. 410 ss., spec. 412-*quater*, nonché 808-*ter* c.p.c., 1372 e 2133 c.c.), bensì di «provocare in tempi stretti» un contenzioso sull'atto datoriale (16).

4. — *Struttura e funzione della tutela cautelare anticipatoria* — Il secondo aspetto da tenere in considerazione attiene alla struttura e alla funzione della tutela cautelare anticipatoria (17).

---

(12) Vd., ancora: Dalfino 2018.

(13) Da ultimo, cfr. Lai 2018, 197 ss.

(14) Sul contrasto, registrato nel contesto anteriore alla riforma del 2012, tra la tesi della natura costitutiva (suffragata soprattutto dalla giurisprudenza, ma anche da una parte della dottrina) e quella della natura di mero accertamento (sostenuta da altra parte della dottrina), sull'ambigua e fuorviante lettera dell'art. 18 St. lav., come modificato dalla l. n. 92, cit., e sull'ancora più problematico quadro normativo risultante dal d.lgs. n. 23, cit., vd. Dalfino 2018, 214 ss. Più di recente, per la ricostruzione della efficacia della sentenza di reintegra in termini «genuinamente costitutivi», vd. Ferrante 2019, 1749 s., ove ampi e ulteriori riferimenti.

(15) Come accadeva nel regime anteriore alla riforma del 2010. Resta fermo, anche nell'attuale regime, che la mancata o intempestiva proposizione dell'impugnativa determina la stabilizzazione dell'atto di recesso datoriale dal contratto di lavoro e con essa la produzione dell'effetto terminativo del rapporto (in ordine al regime precedente, cfr. Consolo 1991, 569 ss., nonché De Santis 2013, 1364 ss., ove ulteriori riferimenti).

(16) In questo senso, vd. anche Licci 2020.

(17) Sul rapporto di strumentalità che lega la tutela cautelare all'effettività della tutela giuri-

A seguito della novella del 2005, il regime di stabilità dei provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 e degli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito (artt. 669-*octies* e 669-*novies* c.p.c.) è il seguente:

a) se emessi *ante causam* conservano efficacia anche se non sono seguiti dall'inizio del procedimento di merito entro il termine perentorio di sessanta giorni dalla pronuncia in udienza o dalla comunicazione, ma ciascuna parte può instaurare la causa di merito;

b) se il giudizio di merito si estingue, non perdono efficacia, anche quando la relativa domanda sia stata proposta in corso di causa;

c) perdono efficacia, tuttavia, se con sentenza, anche non passata in giudicato, è dichiarato inesistente il diritto a cautela del quale erano stati concessi.

In questo regime si ravvisano gli indici dell'allentamento del nesso di strumentalità tra cautela e merito.

A tal proposito, escluso che il provvedimento cautelare anticipatorio contenga un accertamento idoneo a «fare stato» alla stregua dell'art. 2909 c.c. (18), si deve riconoscere, tuttavia, che esso possiede una relativa (ma pur potenzialmente e, anzi, tendenzialmente) stabile autonomia. Che si voglia parlare, poi, di «ultrattività a tempo indefinito di tipo provvisorio» oppure ancora di «provvisorietà permanente» poco importa, dal momento che la misura cautelare anticipatoria assicura comunque con immediatezza un'utilità corrispondente, in tutto o in parte, a quella della sentenza, la cui stabilità è (solo) risolutivamente condizionata alla formazione di un giudicato di segno contrario, che può anche non intervenire. La scelta se fermarsi all'ottenimento del provvedimento d'urgenza oppure instaurare il giudizio di merito per confermarne l'esito con il crisma del giudicato riguarda soltanto la qualità desiderata degli effetti della tutela (19).

Da questi elementi sembra ragionevole dedurre che:

– non sussiste una correlazione necessaria tra impedimento della decadenza e giudicato, come ritenuto, invece, dalla Cassazione;

– non vi è alcuna ragionevolezza e proporzionalità nello stabilire che l'istanza di conciliazione impedisce la decadenza e il ricorso cautelare d'urgenza no.

5. — *Il rapporto tra provvedimento cautelare d'urgenza e giudizio di merito nelle forme del cd. rito Fornero* — Il terzo aspetto da non trascurare riguarda i rapporti tra provvedimento cautelare d'urgenza e cd. rito Fornero, che, per effetto dell'art. 11, d.lgs. n. 23/2015

---

sdizionale la Corte costituzionale in commento rinvia ai propri precedenti in materia (vd.: C. cost. 25.10.2017, n. 255, ord., in *FI*, 2018, I, 70 ss.; C. cost. 7.7.2010, n. 236, *ivi*, 2011, I, 38 ss.; C. cost. 30.11.2007, n. 403; C. cost. 31.5.2000, n. 165, *ivi*, 2000, I, 2113 ss.; C. cost. 21.9.1995, n. 437, *ivi*, 1995, I, 3060 ss., con nota di Costantino; C. cost. 13.7.1995, n. 318, *ivi*, 3092 ss., con nota di Costantino; C. cost. 28.6.1985, n. 190, *ivi*, 1985, I, 1881 ss., con nota di Proto Pisani, e *ivi*, 1985, I, 2491 ss., con nota di Romano), specie in attuazione del principio per il quale «la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione» (vd. anche: C. cost. 23.6.1994, n. 253, *ivi*, 1994, I, 2005 ss., con nota di Capponi).

(18) Cfr. ampiamente Carratta 2013, 267 ss.

(19) Dalfino 2020a, 3234.

(cd. *Jobs Act*), è ancora applicabile all'impugnazione del licenziamento dei lavoratori assunti in data anteriore al 7 marzo 2015.

Rispetto a queste controversie, una volta chiarito che, per quanto residuale sia lo spazio di operatività del primo (ai soli casi in cui il *periculum in mora* presenti i caratteri di un pregiudizio irreparabile tanto imminente da non poter essere evitato dalla celerità di quel rito), non vi è una vera e propria incompatibilità funzionale (e infatti, solo il provvedimento cautelare può essere concesso *inaudita altera parte* in caso di particolare urgenza, ai sensi dell'art. 669-*sexies*, c. 2, c.p.c.) (20), resta pur sempre da verificare se sia sormontabile l'ostacolo di ordine sistematico che si pone.

Infatti, ammessa la tutela cautelare d'urgenza *ante causam* si deve poi anche ammettere che gli effetti da essa prodotti siano confermati da un provvedimento a sua volta sommario, qual è l'ordinanza conclusiva della prima e necessaria fase del rito Fornero. Una volta emesso il provvedimento *ex art.* 700 c.p.c., infatti, «ciascuna parte», in base al rispettivo e opposto interesse, sarebbe legittimata a instaurare il giudizio di merito per ottenere una pronuncia munita di una diversa qualità di effetti. Questo giudizio, però, dovrebbe obbligatoriamente svolgersi nelle forme di cui all'art. 1, cc. 48 ss., l. n. 92, cit., e quindi con una cognizione sommaria.

Delle due l'una: o si ritiene che tale sequenza cognitoria e procedimentale non sia sistematicamente plausibile, con la conseguenza (se non di escludere *tout court* la tutela cautelare d'urgenza per le ragioni innanzi dette) che il giudizio di merito non può che svolgersi secondo le disposizioni del rito «ordinario» del lavoro *ex artt.* 414 ss. c.p.c. e con il risultato di aggirare l'obbligatorietà del rito Fornero; oppure si prende definitiva consapevolezza del fatto che l'ordinanza conclusiva del procedimento speciale per l'impugnazione del licenziamento *ante Jobs Act* è suscettibile di passare in giudicato (21) ove non opposta nel termine di decadenza stabilito dall'art. 1, c. 51, l. n. 92, cit.

---

(20) Cfr.: Luiso *et al.* 2013, 57; De Cristofaro, Gioia 2013, par. 6; Curzio 2013, 18; Consolo, Rizzardo 2012, 735; Buoncristiani 2012, 174; Dalfino 2013, 6; De Santis 2017, 543 s. In senso contrario, vd.: Treglia 2012, 768; Tosi 2012, 843. In giurisprudenza, nel senso dell'astratta ammissibilità della tutela cautelare d'urgenza *ex art.* 700 c.p.c. al fine di ottenere l'immediata reintegra nel posto di lavoro del prestatore ingiustamente licenziato, vd.: T. Napoli 6.11.2018, in *Gazzetta forense*, 2019, 231 ss., con nota di Mingione; T. Catania 3.5.2014, in *LG*, 2014, 1102 ss., con nota di Caponetti; T. Tempio Pausania 15.10.2013, in *Rivista giuridica sarda*, 2014, I, 153 ss., con nota di Putzu; T. Lecce 20.12.2012, in *Rivista critica di diritto del lavoro privato e pubblico*, 2012, 1075 ss., con nota di Cafiero; T. Bari 17.10.2012, ord., in *FI*, 2013, I, 674 ss., con nota di Calvigioni. Con riferimento all'immediata applicabilità del rito Fornero al pubblico impiego privatizzato, vd.: T. Napoli 9.1.2014, in *LG*, 2014, 787 ss., con nota di Cosmai; T. Roma 23.1.2013, in *GC*, 2013, I, 1255 ss.. Nel senso, invece, che, proposto ricorso *ex art.* 700 c.p.c., va fissata *ex officio* l'udienza di cui al c. 48 dell'art. 1, l. n. 92, cit., con conseguente applicazione del relativo rito speciale, vd. T. Bologna 25.10.2012, in *FI*, 2013, I, 673 ss., con nota di Calvigioni.

(21) Questa consapevolezza sembra acquisita dalla Cassazione, che, ciononostante, afferma che procedimento sommario e opposizione avverso l'ordinanza costituiscano «fasi» di un unico giudizio di primo grado, che, avviato in forma speciale, si «riespande» in forma piena. Cfr. Cass. 18.9.2014, n. 19674, S.U., in *FI*, 2015, I, 540 ss., con note di Dalfino e Girardi, e in *RDP*, 2015, 1586 ss., con nota di Guarnieri.

6. — *Il rigetto dell'istanza cautelare e la sorte dell'effetto impeditivo della decadenza prodotto dal deposito del ricorso* — Resta da esaminare, infine, il profilo relativo alla sorte dell'effetto impeditivo della decadenza prodotto dal deposito del ricorso cautelare in caso di rigetto.

Sull'orientamento restrittivo portato avanti dalla Cassazione hanno inciso molto probabilmente due fattori.

Il primo, riconducibile alla tesi che nega la conservazione di quell'effetto in caso di estinzione del giudizio e di errore nell'individuazione del rito applicabile (con particolare riguardo all'impugnazione del licenziamento intimato a lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015, per la quale, come detto, vige l'obbligatorietà del rito Fornero) (22).

Questa tesi, tuttavia, va respinta se solo si accoglie l'impostazione secondo cui la decadenza incide non sul diritto, bensì sul potere (23). Coticché, se il deposito dell'istanza cautelare anticipatoria costituisce esercizio di quel potere (d'azione), ben può sostenersi che la decadenza è impedita anche in caso di provvedimento di rigetto.

Il secondo fattore discende dalla considerazione che la reiezione dell'istanza cautelare anticipatoria consentirebbe al lavoratore di instaurare il giudizio di merito nel più ampio termine di prescrizione del diritto. Ciò comporterebbe un ritorno al regime anteriore al «Collegato lavoro» (che ha introdotto il duplice termine decadenziale) e la vanificazione delle intenzioni del legislatore.

Si tratta, però, di un'argomentazione esorbitante. Infatti, se si volesse dare credito a essa si dovrebbe anche affermare che dal provvedimento di rigetto scaturirebbero per il lavoratore utilità maggiori di quelle che otterrebbe dal provvedimento di accoglimento. In altri termini, al lavoratore converrebbe presentare una richiesta di tutela cautelare anticipatoria consapevolmente infondata al fine di impedire la (seconda) decadenza e così lucrare (in senso economico e di tempo a disposizione) del più ampio termine di prescrizione.

7. — *Profili conclusivi* — Tirando le fila di quanto innanzi detto, si può concludere che l'odierna declaratoria di incostituzionalità soddisfa senza dubbio due esigenze: quella sistematica, volta ad attribuire al deposito *ante causam* del ricorso cautelare anticipatorio d'urgenza le medesime utilità, anche in punto di produzione dell'effetto sostanziale impeditivo della decadenza, ottenibili attraverso il deposito del ricorso introduttivo del giudizio di merito; quella di ordine pratico, di stimolare l'emersione in tempi celeri del contenzioso sulla legittimità del recesso datoriale.

Allo stesso tempo, tuttavia, essa omette di soffermarsi su due aspetti problematici connessi, dei quali non si può non tenere conto: per un verso, quello attinente alla compatibilità della tutela cautelare *ex art.* 700 c.p.c. con il rito Fornero; per un altro, quello relativo alla possibilità di riconoscere al deposito del ricorso cautelare idoneità impeditiva della decadenza anche in caso di provvedimento di rigetto.

---

(22) In senso contrario, vd: Vaccarella 1975, 325 ss.; più di recente, Triola 2008, 711. La giurisprudenza manifesta un orientamento opposto. Cfr.: Cass. 14.3.2018, n. 6230, ord., in *RFI*, 2018, voce *Procedimento civile*, n. 3028; Cass. 18.1.2007, n. 1090, in *Corriere giuridico*, 2008, 710 ss.; Cass. 14.4.1994, n. 3505, in *FI*, 1995, I, 2229 ss., con nota di Della Pietra.

(23) Come condivisibilmente messo in luce da Caponi (1997, 57).

In ultima analisi, si deve rimarcare la non secondaria differenza che sussiste tra l'esito positivo e quello negativo del procedimento *ex art. 700 c.p.c.* in relazione al rapporto con il successivo giudizio di merito.

Infatti, in caso di accoglimento del ricorso cautelare, l'interesse del lavoratore a ottenere una pronuncia che confermi il risultato ottenuto in sede di cognizione sommaria è correlato solo alla sua esigenza di cristallizzare (senza il rispetto di altro termine se non quello di prescrizione) con l'autorità del giudicato l'invalidità del recesso esercitato dal datore di lavoro. L'interesse di quest'ultimo a instaurare la causa di merito è specularmente opposto e diretto a superare quel risultato con una pronuncia di segno contrario e prevalente.

In caso di rigetto, fermo restando l'impedimento della decadenza, deve ritenersi preciso interesse del prestatore provvedere all'instaurazione del giudizio di merito (ove non sussistano i presupposti per la riproposizione dell'istanza cautelare) in tempi celeri, al fine di accertare l'invalidità del recesso datoriale e riprendere quanto prima l'attività lavorativa. Pertanto, il timore di azioni volte a lucrare del più ampio termine di prescrizione si risolve in un falso problema. Il datore di lavoro, dal canto suo, conserva comunque il potere di agire per la declaratoria di legittimità del licenziamento.

Ciò detto, con specifico riferimento al lavoratore, mentre nel primo scenario l'incertezza circa i tempi di instaurazione del processo di merito rappresenta una conseguenza fisiologica dell'allentamento del nesso di strumentalità, nel secondo è alquanto ingiustificata. Rara o no che sia l'ipotesi di proposizione di domande cautelari con intento pretestuoso (vd. *supra*), è ragionevole – nel bilanciamento dei contrapposti interessi – ritenere che sul lavoratore incomba l'onere di instaurare l'azione di merito entro un nuovo termine decadenziale nella misura di sessanta giorni decorrente dalla comunicazione o notificazione dell'ordinanza reiettiva, *ad instar* di quanto già previsto in caso di rifiuto della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato oppure di mancato accordo necessario al loro espletamento (24).

#### Riferimenti bibliografici

- Armone G. (2020), *In nome dell'effettività, anche il ricorso cautelare è idoneo a impedire la decadenza dall'impugnativa di licenziamento*, in *FI news*.
- Bertoldi V. (2018), *L'arbitrato e le controversie di lavoro*, Jovene, Napoli.
- Buoncristiani D. (2012), *Il licenziamento disciplinare*, Cedam, Padova.
- Caponi R. (1996), *La rimessione in termini nel processo civile*, Giuffrè, Milano.
- Caponi R. (1997), *Gli impedimenti all'esercizio dei poteri giuridici nella disciplina della decadenza*, in *RDC*, 45 ss.
- Carratta A. (2013), *I procedimenti cautelari*, diretto da A. Carratta, Zanichelli, Bologna.
- Consolo C. (1991), *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, II, *Oggetto del giudizio di impugnazione del licenziamento*, in *RTDPC*, 569 ss.

---

(24) È auspicabile che la soluzione prospettata nel testo, allo stato già praticabile per i motivi esposti, venga tradotta in un intervento normativo in senso integrativo del testo dell'art. 6, l. n. 604 del 1966.

- Consolo C. *et al.* (2012), *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Corriere giuridico*, 735 ss.
- Curzio P. (2013), *Il nuovo rito per i licenziamenti*, in P. Chieco, *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della l. 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, Bari.
- Dalfino D. (2013), *L'impugnativa del licenziamento secondo il cd. «rito Fornero»: questioni interpretative*, in *FI*, V, 6 ss.
- Dalfino D. (2018), *Impugnativa del licenziamento disciplinare e onere della prova*, in *RGL*, II, 210 ss.
- Dalfino D. (2020a), *Tutela cautelare d'urgenza (ante causam) e decadenza per l'impugnazione dell'atto datoriale*, in *FI*, I, 3224 ss.
- Dalfino D. (2020b), *Gli arbitrati speciali*, in L. Salvaneschi, A. Graziosi (a cura di), *L'arbitrato*, Giuffrè, Milano.
- Dalfino D., Barbieri M. (2013), *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero, aggiornato al d.l. 28 giugno 2013, n. 76, cd. «pacchetto lavoro»*, Cacucci, Bari.
- De Cristofaro M., Gioia G. (2013), *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, in *NLCC*, 3 ss.
- De Santis A.D. (2013), *I provvedimenti cautelari nelle controversie di lavoro*, in A. Carratta (diretto da), *I procedimenti cautelari*, Zanichelli, Bologna, 1364 ss.
- De Santis A.D. (2017), *Il rito specifico accelerato per l'impugnativa dei licenziamenti individuali e collettivi*, in *Aa.Vv., Processo del lavoro*, diretto da P. Curzio *et al.*, Giuffrè, Milano, 535 ss.
- Ferrante V. (2019), *Nullità e disciplina del rapporto di lavoro*, in *VTDL*, numero straordinario, 1731 ss.
- Guarnieri G. (2018), *Ricorso d'urgenza ante causam e giudizio di merito: si riaccende la lampada di Aladino*, in *Rivista di diritto processuale*, 1379 ss.
- Lai P. (2018), *Tutela di condanna e controversie di lavoro. I) Rapporto di lavoro e provvedimenti di reintegra*, in *Giusto processo civile*, 197 ss.
- Licci P. (2020), *Fiat lux: la Consulta riconosce efficacia impeditiva della decadenza al ricorso cautelare ante causam*, in *FI*, I, 3230 ss.
- Luiso F.P. *et al.* (2013), *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Giappichelli, Torino.
- Menchini S. (1987), *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Giuffrè, Milano.
- Motto A. (2012), *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, Torino.
- Tosi P. (2012), *L'improbabile equilibrio tra rigidità «in entrata» e flessibilità «in uscita» nella l. n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, in *ADL*, 813 ss.
- Treglia G. (2012), *Brevi note sul nuovo processo del licenziamento introdotto dalla riforma del mercato del lavoro*, in *LG*, n. 8, 763 ss.
- Triola R. (2008), *Estinzione del processo e decadenza*, in *Corriere giuridico*, 711 ss.
- Vaccarella R. (1975), *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, Jovene, Napoli.
- Vitaletti M. (2019), *Il regime della decadenza nel rito del lavoro. Il «ricorso» tra diritto vivente e sforzo ermeneutico del giudice*, in *RIDL*, II, 727 ss.

Domenico Dalfino  
Professore ordinario di Diritto processuale civile  
presso l'Università di Bari «Aldo Moro»

# SICUREZZA SOCIALE

---

CORTE COSTITUZIONALE, 20.7.2020, n. 152 – Pres. Cartabia, Est. Morelli – S.B. c. Inps e Presidenza del Consiglio dei ministri.

## **Invalidità civile – Disabilità – Assistenza – Diritti sociali – Vincoli di bilancio.**

*L'art. 38, c. 4, della l. 28.12.2001, n. 448, è illegittimo nella parte in cui dispone che l'incremento della pensione di invalidità civile sia concesso «ai soggetti di età pari o superiore a sessanta anni» anziché «ai soggetti di età superiore a diciotto anni». (1)*

(1) LA PENSIONE DI INVALIDITÀ CIVILE  
TRA «DIRITTO AL MANTENIMENTO» E VINCOLI DI BILANCIO

SOMMARIO: 1. Il caso. — 2. Il diritto al «mantenimento» degli inabili: una possibile rilettura dell'art. 38, c. 1, Cost.? — 3. Tutela dei diritti sociali e vincoli di bilancio. — 4. Riflessioni conclusive.

1. — *Il caso* — Una donna, invalida al lavoro al 100 per cento, agisce in giudizio contro l'Inps, lamentando che la pensione di invalidità civile da lei percepita, ai sensi dell'art. 12, l. n. 118/1971, è largamente insufficiente a garantirle il soddisfacimento dei bisogni primari della vita. Chiede quindi la condanna dell'Inps a corrisponderle un trattamento non inferiore al minimo stabilito dall'art. 38, c. 4, l. n. 448/2001, che stabilisce un incremento della pensione di invalidità civile a 516,46 euro, a favore dei soggetti di età pari o superiore a sessant'anni. In via alternativa, la ricorrente domanda la liquidazione del beneficio per un ammontare non inferiore all'assegno sociale, ai sensi dell'art. 3, c. 6, l. n. 335/95, e in ogni caso in misura tale da assicurarle il proprio decoroso mantenimento.

Il giudice di prime cure rigetta il ricorso. La Corte d'Appello, adita in sede di gravame, solleva invece due questioni di legittimità costituzionale.

In primo luogo, ad avviso della Corte l'art. 12, c. 1, l. n. 118/1971, si porrebbe in contrasto con molteplici parametri costituzionali. Risulta violato l'art. 38, c. 1, Cost., stante l'indoneità del trattamento corrisposto a garantire il godimento delle minime

esigenze vitali da parte del disabile. Sussiste inoltre un contrasto con l'art. 3 Cost., poiché la pensione di invalidità viene corrisposta per un importo inferiore all'assegno sociale, benché entrambe le provvidenze siano tra loro assimilabili. Infine, per mezzo degli artt. 10, c. 1, e 117, c. 1, Cost., viene dedotta la violazione di alcune norme sovranazionali: gli artt. 4 e 28 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, e gli artt. 26 e 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il giudice *a quo*, peraltro, aggiunge che la previsione denunciata sarebbe distonica rispetto ad altre disposizioni che, nell'ordinamento, individuano il cd. minimo vitale. Vengono in rilievo, in particolare, l'art. 545, c. 7, c.p.c., per cui le somme dovute a titolo di pensione non sono pignorabili per un importo pari alla misura massima mensile dell'assegno sociale aumentato della metà, nonché l'art. 38 della l. n. 448/2001, il quale dispone l'incremento di diversi trattamenti pensionistici previsti per soggetti disagiati sino a garantire un reddito di 516,46 euro mensili.

L'altra disposizione che viene censurata è l'art. 38, c. 4, l. n. 448/2001. Ad avviso del giudice remittente, la norma violerebbe gli artt. 3 e 38, c. 1, Cost., laddove subordina l'incremento del trattamento previsto per gli invalidi civili totali al compimento del sessantesimo anno d'età, escludendo i soggetti di età inferiore che siano in condizioni di disabilità gravissima e totale assenza di capacità lavorativa.

La doglianza inerente all'art. 12, c. 1, l. n. 118/71, viene dichiarata inammissibile. La Consulta, pur condividendo le osservazioni avanzate dalla Corte d'Appello, ritiene che non sia possibile rideterminare in sede di legittimità l'importo del trattamento corrisposto. Simile intervento manipolativo invaderebbe la discrezionalità legislativa, a cui compete l'individuazione delle misure necessarie a tutela dei diritti delle persone disabili.

La seconda questione viene accolta. Secondo la Corte costituzionale, subordinare l'incremento della pensione di invalidità civile al requisito anagrafico di sessant'anni è irragionevole, dato che pure il soggetto totalmente invalido di età inferiore si trova in una situazione di bisogno egualmente meritevole di tutela. La Corte, tuttavia, decide di far decorrere l'efficacia temporale della pronuncia *ex nunc*, invocando il contemperamento tra il diritto sociale dell'inabile e il vincolo di bilancio di cui all'art. 81 Cost. In applicazione della sentenza, l'art. 15, c. 1, d.l. n. 104/2020, recante «Misure urgenti per il sostegno e il rilancio dell'economia», ha modificato l'art. 38, c. 4, l. n. 448/2001, prevedendo che a partire dal 20 luglio 2020 i benefici incrementativi della pensione di inabilità siano erogati ai soggetti di età superiore a diciotto anni (1).

2. — *Il diritto al «mantenimento» degli inabili: una possibile rilettura dell'art. 38, c. 1, Cost.?*  
— Nell'analizzare le plurime richieste del giudice remittente, la Corte opera unicamente sul meccanismo di incremento previsto per le pensioni di invalidità civile erogate agli ultrasessantenni, estendendolo anche agli inabili totali di età inferiore. Si astiene, invece, dal raffronto con altri trattamenti assistenziali, che avrebbe implicato un ragionamento su delicate questioni di principio.

In chiusura, tuttavia, la decisione rivolge un monito al legislatore, ricordandogli la possibilità «di rimodulare, ed eventualmente di coordinare in un quadro di sistema, la

---

(1) Si veda anche la circolare Inps 23 settembre 2020, n. 107.

disciplina delle misure assistenziali vigenti, purché idonee a garantire agli invalidi civili totali l'effettività dei diritti loro riconosciuti dalla Costituzione». Forse, proprio alla luce di questo monito, la Corte avrebbe potuto spingersi oltre, attraverso una sentenza additiva di principio che avesse analizzato in modo compiuto il sistema delle prestazioni assistenziali, chiarendo i criteri a cui dovrebbe attenersi il legislatore nel determinare il *quantum* dovuto. D'altronde, non sembra che un sindacato di tal genere implichi delle valutazioni di natura politica o sull'uso del potere discrezionale del Parlamento, precluse dall'art. 28, l. n. 87/53.

Difatti, se l'adeguatezza della prestazione previdenziale è tema assiduamente frequentato e risolto attraverso una correlazione atecnica tra art. 38, c. 2, e art. 36 Cost., l'individuazione di un parametro a cui commisurare le erogazioni assistenziali resta questione sospesa. Manca, a oggi, una compiuta disamina dei plurimi ed eterogenei benefici esistenti, in prisma della garanzia *ex* art. 38, c. 1, Cost.

In proposito, i lavori preparatori alla Costituzione evidenziano la volontà di ricondurre nell'alveo dell'assistenza le situazioni di bisogno accomunate dall'impossibilità a lavorare. Il tenore della versione progettuale dell'art. 38 Cost. era infatti il seguente: «ogni cittadino che, a motivo dell'età, dello stato fisico o mentale o di contingenze di carattere generale, si trovi nell'impossibilità di lavorare, ha diritto di ottenere dalla collettività mezzi adeguati di assistenza». E, nella Relazione al Progetto di Costituzione, l'art. 38, c. 1, viene sinteticamente chiosato quale «diritto all'assistenza che spetta a ogni individuo senza mezzi e senza capacità di lavoro» (2).

Tale indirizzo è stato fatto proprio dalla giurisprudenza consolidata, che legge l'art. 38, c. 1, Cost. riconducendovi in modo indifferenziato tutti i benefici assistenziali, accomunati da una natura non contributiva che sottende una tutela ridotta al cd. minimo esistenziale (3). Ciò a differenza dei trattamenti previdenziali, i quali implicano la soddisfazione non soltanto dei bisogni alimentari ma anche di ulteriori esigenze relative al tenore di vita dei lavoratori (4), data la meritevolezza dovuta all'aver contribuito, attraverso il proprio lavoro, al progresso «materiale e spirituale della società».

Eppure, ove si analizzi l'art. 38, c. 1, Cost., l'esito testuale sembrerebbe diverso dall'intenzione presupposta. La norma, infatti, appare maggiormente puntuale e circoscritta nel determinare sia l'evento protetto sia il livello di tutela che deve essere garantito. In particolare, non viene previsto un minimo sostegno a fronte della generica impossibilità di lavorare, ma viene stabilito che ogni cittadino «inabile al lavoro» e prov-

---

(2) Salini 2019; per un'analisi dell'art. 38 Cost.: Tripodina 2008; Caravita 1990. Vd. anche Bianco 1999.

(3) Cfr. tuttavia Cinelli 2016, 26. Secondo l'Autore, «poiché è da escludere che vi possa essere discrepanza tra la tutela dei cittadini e la tutela dei lavoratori, quanto all'"esito" finale – cioè, quanto alla parametrizzazione della tutela stessa con la fondamentale garanzia di cui agli artt. 2 e 3 Cost. –, la risposta giusta parrebbe dover essere che già il criterio valido per le prestazioni assistenziali, cioè quello della "sufficienza", deve poter attingere quell'obiettivo: soddisfare, in altre parole, il requisito della "effettività", rispetto a quella garanzia "di base". Si vedano anche: Garofalo 2019; Occhino 2017; Sorace 2008; Bano 2003.

(4) In particolare, C. cost. 3.2.1986, n. 31, in *GI*, 1987, n. 1, I, 29 ss. Si vedano Pessi 2016 e Sandulli 2015.

visto dei mezzi necessari per vivere abbia diritto al «mantenimento» e all'assistenza sociale.

Riguardo all'evento protetto, viene dedotto lo stato di bisogno determinato da inabilità, quindi qualcosa di più rispetto all'incapacità lavorativa latamente intesa. La *littera legis* sembrerebbe abbracciare senz'altro i trattamenti erogati a favore dei disabili, mentre sorgono dei dubbi circa la ricomprensione delle prestazioni assistenziali complessivamente considerate.

Questi dubbi vengono rafforzati dal modo in cui viene utilizzata la parola «inabile» nel testo costituzionale. Gli «inabili», infatti, vengono menzionati sia nel c. 1 sia nel c. 3 dell'art. 38 Cost., ove viene statuito il diritto degli stessi all'educazione e all'avviamento professionale. Quantomeno nell'ambito del c. 3, è evidente come i diritti enunciati siano rivolti a coloro che si trovino in una situazione di disabilità. In questo senso si è espressa la stessa Corte, sia pure con riferimento a una fattispecie non inerente alla sicurezza sociale, ritenendo che la condizione di disabilità «è espressamente considerat[a] dalla Costituzione: assume esplicito rilievo nell'art. 38 Cost. che, al primo comma, riconosce il diritto all'assistenza sociale per gli inabili al lavoro, mentre al terzo comma riconosce agli “inabili” e ai “minorati” il diritto all'educazione e alla formazione professionale» (5).

Per quanto concerne il secondo punto di analisi, cioè l'ammontare delle prestazioni, la norma prevede che debba essere garantito il «mantenimento». Espressione, questa, che nel testo costituzionale non è isolata, risultando altresì presente nell'art. 30 Cost., in cui si afferma il dovere e diritto dei genitori di mantenere i figli. L'utilizzo del medesimo lemma induce a chiedersi se si tratti di obbligazioni di identica natura: l'una – quella riguardante i figli – rivolta nei confronti dei genitori; l'altra – quella inerente agli inabili – rivolta verso lo Stato. Quasi a voler dire che la cura dell'inabile (anzi, del disabile) non è un onere in capo solo alla famiglia d'origine, ma compito della stessa comunità (6), diversamente da quanto l'art. 30, comma 2, Cost. prevede per i minori, subordinando l'intervento della legge ai casi di incapacità dei genitori.

Di conseguenza, medesimo dovrebbe essere anche il nucleo essenziale del diritto, da individuare seguendo la giurisprudenza sviluppatasi intorno all'art. 147 c.c. (e allo speculare art. 315-*bis* c.c.) riguardo al mantenimento nei confronti dei figli. Specificamente, tale obbligo va oltre un mero credito alimentare e implica un *quid pluris*, dato che riguarda una molteplicità di esigenze estese all'assistenza morale e materiale in senso globale, cioè un'assistenza idonea a rispondere a tutte le necessità di cura e di integrazione (7).

---

(5) C. cost. 7.12.2017, n. 258, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2018, n. 3, I, 793 ss. Nella sentenza, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 10 della legge 5 febbraio 1992, n. 91, «Nuove norme sulla cittadinanza», nella parte in cui non prevede che sia esonerata dal giuramento la persona incapace di soddisfare tale adempimento in ragione di grave e accertata condizione di disabilità.

(6) Pistore 2020, 209; cfr. anche Masci 2020, in particolare 163 ss.

(7) Cass. 23.1.2020, n. 1562, S. VI, in *Diritto & Giustizia*, 2020, 24 gennaio. Per quanto concerne gli obblighi di mantenimento, vd.: Danovi 2020; Toti 2019; Morozzo della Rocca 2013. Con specifico riferimento al mantenimento dei disabili maggiorenti, Miranda 2018.

Quindi, attenendosi al testo dell'art. 38, c. 1, Cost., il trattamento assistenziale dovrebbe garantire al disabile, oltre alla mera sussistenza, anche il soddisfacimento dei suoi ragionevoli bisogni, al netto di altre prestazioni come, ad esempio, l'indennità di accompagnamento.

Sulla medesima scia depone anche un'interpretazione evolutiva della norma costituzionale che tenga conto delle suggestioni provenienti dalle fonti sovranazionali.

Si pensi al «diritto alla socializzazione del disabile»: cioè, riprendendo testualmente l'art. 26 della Carta di Nizza, il diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità, al quale è collegato il divieto, previsto dall'art. 21, di porre in essere qualsiasi discriminazione fondata sulla disabilità (8).

Oppure, ancora più nitida è la Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità, il cui art. 28 vincola gli Stati aderenti a garantire «il diritto a un livello di vita adeguato alle persone con disabilità e alle loro famiglie, incluse adeguate condizioni di alimentazione, abbigliamento e alloggio, e al miglioramento continuo delle loro condizioni di vita», e ad adottare «misure adeguate per proteggere e promuovere l'esercizio di questo diritto senza alcuna discriminazione fondata sulla disabilità» (9).

Nel tradurre tali norme sul fronte della protezione sociale, la Strategia europea sulla disabilità 2010-2020 (10), predisposta dalla Commissione, ha sottolineato come una minore partecipazione del disabile all'istruzione generale e al mercato del lavoro sia fonte di disparità di reddito, di povertà, di esclusione sociale e di isolamento. Pertanto, secondo la Commissione, i disabili «devono poter beneficiare di sistemi di protezione sociale, di programmi per la riduzione della povertà, di sostegni di invalidità, di programmi di alloggio sociale, di altri servizi di base nonché di programmi in materia di pensione e prestazioni sociali» che siano adeguati e sostenibili.

Tanto rilevato, in una visione di sistema, il *genus* «prestazioni assistenziali» sembra racchiudere due *species* distinte, accomunate dall'essere erogazioni non contributive e finanziate dalla fiscalità generale, ma riconducibili a referenti costituzionali diversi, i quali delineano un differente canone di tutela.

Specificamente, da un lato si troverebbero le provvidenze a favore dei disabili, garantite dagli artt. 38, c. 1, 2 e 3, comma 2, Cost., nonché dalle molteplici norme sovranazionali in materia, stante il richiamo contenuto negli artt. 10, c. 1, e 117, c. 1, Cost. Per queste ipotesi il parametro di riferimento è il mantenimento, da intendersi come erogazione superiore rispetto al minimo vitale.

Diverso dovrebbe essere l'inquadramento delle altre prestazioni assistenziali, riconducibili genericamente all'art. 3, c. 2, Cost., in quanto destinate a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza

---

(8) Per una disamina, vd. Bongiovanni 2011.

(9) Anche se, come osserva Ferri (2020, 546 ss.), tendenzialmente la Consulta nella sua giurisprudenza non ha riconosciuto alla Convenzione un valore innovativo rispetto al dettato costituzionale, né carattere di parametro interposto per il giudizio di costituzionalità.

(10) Commissione europea, *Strategia europea sulla disabilità 2010-2020: un rinnovato impegno per un'Europa senza barriere*, Com/2010/0636, specificamente 8.

dei cittadini. Per queste prestazioni non è previsto un criterio di commisurazione, che viene lasciato alla discrezionalità legislativa. Nondimeno, data la finalità sottesa, volta a garantire l'uguaglianza sostanziale, il parametro di riferimento può essere individuato nel cd. minimo vitale.

La diversa *ratio* dei molteplici trattamenti assistenziali viene sottolineata dalla stessa Corte nella decisione in commento, ove ritiene che la misura della pensione di inabilità non possa essere equiparata ad altre prestazioni assistenziali – segnatamente, all'importo dell'assegno sociale – «attesa l'eterogeneità strutturale e funzionale dei sussidi posti a confronto». Sottolineatura che però non viene poi sviluppata nella sentenza.

Alla luce di queste osservazioni, e tenendo a mente l'invito rivolto dalla Consulta a un riordino delle prestazioni assistenziali, occorre interrogarsi sui possibili criteri concreti a cui dovrebbe conformarsi il legislatore.

Alcune suggestioni in proposito sono state elaborate in ambito comunitario. Uno schema di base, in particolare, è rinvenibile nella Raccomandazione del Consiglio n. 92/441/Cee, che definisce i criteri comuni in materia di risorse e prestazioni sufficienti nei sistemi di protezione sociale. Il documento è stato richiamato più volte in successivi atti delle istituzioni comunitarie, ma non è stato ancora tradotto in un atto giuridico vincolante, probabilmente per le difficoltà di intervento in un settore involgente le finanze dei singoli Stati membri.

La Raccomandazione, oltre ad affermare «il diritto fondamentale della persona a risorse e a prestazioni sufficienti per vivere conformemente alla dignità umana», indica alcuni orientamenti pratici secondo i quali garantire questo diritto: «a) fissare, tenendo conto del livello di vita e dei prezzi nello Stato membro interessato e in rapporto a differenti tipi e dimensioni di nuclei familiari, l'entità delle risorse giudicate sufficienti a coprire i bisogni essenziali per il rispetto della dignità umana; b) adeguare o integrare gli importi per soddisfare bisogni specifici; c) per la fissazione degli importi, fare riferimento a indicatori ritenuti appropriati quali, per esempio, la statistica del reddito medio disponibile nello Stato membro, la statistica dei consumi dei nuclei familiari, il salario minimo legale se questo esiste o il livello dei prezzi; d) garantire un incentivo alla ricerca di un'occupazione per i soggetti in età lavorativa e abili al lavoro; e) definire modalità di revisione periodica degli importi in oggetto, in rapporto agli indicatori sopra indicati, ai fini di garantire in permanenza la copertura dei bisogni».

Quindi, in una prospettiva futura, alla definizione di un trattamento di base, valevole per tutte le prestazioni assistenziali, dovrebbe accompagnarsi la previsione di appositi incrementi che tengano conto delle peculiari esigenze del disabile. È evidente, infatti, che l'impossibilità di attendere alle ordinarie attività della vita quotidiana implichi degli oneri di mantenimento che vanno oltre le mere esigenze alimentari (11). Del resto, tenuto conto che (pure) il canone di meritevolezza è alla base della classificazione tra previdenza e assistenza, l'incolpevolezza dell'evento protetto dovrebbe comportare una diversa gradazione delle corrispondenti prestazioni assistenziali.

---

(11) Eurostat, nel rapporto *Disability statistics – poverty and income inequalities*, sottolinea come nel 2018 il 28,7% di tutte le persone con disabilità nell'Ue (di età pari o superiore a 16 anni) era a rischio di povertà e di esclusione sociale.

È bene tuttavia dire che, nell'ordinamento interno, manca ancora una piena presa di coscienza del problema. L'intervento statale continua a essere visto principalmente come succedaneo rispetto agli obblighi di cura dei familiari, a carico dei quali vengono poste in prima istanza le esigenze di sostentamento del disabile.

In ambito civilistico, ad esempio, l'art. 337-*septies*, c. 2, c.c., prevede che ai figli maggiorenni portatori di handicap grave si applichino integralmente le norme previste per i figli minori, lasciando quindi impregiudicato l'impianto generale del diritto di famiglia.

La l. n. 112/2016, invece, delinea il ruolo della mano pubblica in favore delle persone con disabilità grave che siano però prive del sostegno familiare. Tra le varie misure previste, la principale è l'istituzione presso il ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali di un Fondo (12) destinato «alla copertura finanziaria di interventi legislativi recanti misure per il sostegno di persone con disabilità grave prive di legami familiari» (art. 3). Le finalità del Fondo sono molteplici e volte a favorire il raggiungimento del maggior livello di autonomia possibile dei disabili, soprattutto dal punto di vista abitativo, e dello sviluppo delle competenze per la gestione della vita quotidiana. Non è chiaro, però, perché tali misure non possano essere rivolte anche al disabile inserito in un nucleo familiare.

Una positiva inversione di tendenza è ravvisabile nell'istituzione del Fondo per il sostegno del ruolo di cura e di assistenza del *caregiver* familiare a opera dell'art. 1, c. 254, l. n. 205/2017 (13). Dopo tre anni in cui l'attività del Fondo è rimasta silente, è stato adottato il d.P.C.m. 27 ottobre 2020, il quale detta «Criteri e modalità di utilizzo delle risorse del Fondo per il sostegno del ruolo di cura e assistenza del *caregiver* familiare». Gli interventi, rimessi alla programmazione delle Regioni, risultano ancora indeterminati, ma l'attivazione del Fondo costituisce senz'altro un importante avanzamento nella garanzia di tutele dedicate che rispondano agli specifici bisogni delle persone con disabilità.

3. — *Tutela dei diritti sociali e vincoli di bilancio* — Dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 38, c. 4, l. n. 448/2001, la Corte si misura con le ricadute finanziarie della propria pronuncia.

La Consulta, sul punto, adotta una soluzione di compromesso. Da un lato, afferma la natura incompressibile del diritto degli inabili al mantenimento, chiarendo che «le scelte allocative di bilancio proposte dal Governo e fatte proprie dal Parlamento, pur presentando natura altamente discrezionale entro il limite dell'equilibrio di bilancio, vedono naturalmente ridotto tale perimetro di discrezionalità dalla garanzia delle spese costituzionalmente necessarie». D'altro canto, considerando i vincoli stabiliti dall'art. 81 Cost., fa decorrere *pro futuro* gli effetti della decisione, seppur ribadendo la necessità di rispettare appieno i principi di uguaglianza e di solidarietà che, per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali.

---

(12) La legge, peraltro, prevede ulteriori misure quali la detraibilità delle spese sostenute per le polizze assicurative finalizzate alla tutela delle persone con disabilità grave (art. 5), nonché l'istituzione di *trust*, vincoli di destinazione e fondi speciali composti di beni sottoposti a vincolo di destinazione (art. 6).

(13) Per una disamina dei problemi inerenti alla regolamentazione del *caregiver* familiare, Pistori 2020.

La frizione tra diritti fondamentali ed esigenze finanziarie viene quindi risolta secondo la prevalenza delle seconde, attraverso l'adozione di una pronuncia di cd. incostituzionalità differita. In questo, la sentenza fa proprie le ragioni dell'orientamento più stringente in materia, che attribuisce all'art. 81 Cost. il valore di «superprincipio» (14) dinanzi al quale le altre situazioni soggettive sono destinate a soccombere (15).

Preme però rilevare come, nei precedenti menzionati dalla decisione, non venissero in rilievo diritti sociali (16). Diversamente, quando la Consulta si è trovata a contemperare diritti fondamentali e scarsità delle risorse, ha delineato altri parametri di bilanciamento. Nella varietà di schemi decisionali, questi criteri possono essere sintetizzati secondo due principi cardine. In primo luogo, il sacrificio imposto al diritto, per essere tollerabile, deve rispondere a canoni di ragionevolezza e proporzionalità. Specificamente, la compressione del diritto è irragionevole quando non garantisce il nucleo essenziale della situazione giuridica protetta. Inoltre, devono essere dimostrati i benefici che un'eventuale restrizione del diritto può comportare in termini di finanza pubblica (17).

Entrambi gli aspetti sembrano obliterati nella pronuncia in commento. La Corte si limita infatti a una decisione apodittica, non esplicitando in modo compiuto l'*iter* argomentativo sotteso alla decisione.

Sotto il primo profilo, si è visto come l'atteggiamento assunto sia contraddittorio. Benché venga ribadita la natura incomprimibile del diritto in gioco, tale diritto viene frustrato attraverso il mancato riconoscimento delle differenze economiche pregresse. La restrizione temporale viene giustificata, tra l'altro, affermando che essa risponderebbe comunque all'interesse della parte che aveva attivato il processo principale. Non è dato però capire come sia effettivamente soddisfatto l'interesse della ricorrente visto che, tra l'altro, proprio l'insufficienza del trattamento corrisposto ha mosso l'azione in giudizio.

Relativamente alla seconda questione, il bilanciamento tra principi sembra svolto sulla base di una presunzione indimostrata riguardo all'indisponibilità di risorse, senza un'effettiva valutazione di impatto della decisione adottata. La pronuncia appare in contrasto con altri precedenti, per cui «da prospettazione del rilevante impegno finanziario derivante per le casse dello Stato dall'accoglimento della questione sollevata non può di per sé rappresentare una preclusione all'accoglimento, ma semmai un elemento da tenere in considerazione, ove dettagliatamente documentato dallo Stato, nel bilanciamento degli interessi coinvolti nel giudizio costituzionale». Elemento che, nel caso in esame, non risulta né documentato dagli istituti pubblici né compiutamente indagato dal giudice delle leggi, benché quest'ultimo disponga di poteri istruttori (18).

---

(14) Ciolli 2015.

(15) Non è possibile in questa sede affrontare un tema ampio e ricco di implicazioni quale il bilanciamento tra diritti sociali e vincoli di bilancio nella giurisprudenza costituzionale. Si rinvia a Rivosecchi 2020.

(16) Specificamente, la Corte menziona in primo luogo la sentenza 11.2.2015, n. 10, in *GCost.*, 2015, n. 2, 585 ss., il cui oggetto era la legittimità costituzionale della cd. Robin Tax.

(17) Così, ad esempio, C. cost. 30.4.2015, n. 70, in *RIDL*, 2015, n. 3, II, 826 ss., con nota di Leone. Per una disamina in materia: Busatta 2020; Scagliarini 2019; Pinardi 2019; Cinelli 2015.

(18) L'art. 13, l. n. 87/1953, dispone infatti che la Corte possa disporre l'audizione di testimoni e, anche in deroga ai divieti stabiliti da altre leggi, il richiamo di atti e documenti. La dispo-

Come spesso accade nelle indagini sulle conseguenze finanziarie delle pronunce, forse un'istruttoria è stata svolta, ma in modo informale o in via interna. Di frequente infatti, senza ricorrere a un'ordinanza formalizzata, la Corte acquisisce i fatti rilevanti mediante la scienza privata del giudice, tramite informazioni assunte informalmente da altri organi dello Stato (istruttoria informale), oppure affidando le indagini a propri uffici diversi da quelli le cui funzioni sono più strettamente connesse al supporto al singolo giudice.

Eppure, esigenze di giustizia e di intellegibilità delle decisioni rendono auspicabile un maggiore uso dei poteri istruttori formali, soprattutto quando vengano compressi diritti fondamentali. Necessità sottolineata da tempo dalla dottrina (19), che si mostra molto critica nei confronti dell'istruttoria deformalizzata, per molteplici ragioni. Innanzitutto, l'uso ondivago del potere istruttorio aumenta il tasso di imponderabilità dei giudizi costituzionali, allontanando la Corte dal paradigma comune dell'agire giudiziale. Inoltre, guardando alla vicenda processuale dal punto di vista delle parti, l'acquisizione informale di fatti rilevanti per la decisione non permette alle stesse di contraddire sulle acquisizioni comunque operate dalla Corte.

Peraltro, l'irretroattività della decisione viene giustificata richiamando il vincolo costituzionale dell'equilibrio di bilancio in senso dinamico. Ma proprio tale principio avrebbe potuto aprire, al contrario, a un onere di adeguamento della pensione di inabilità anche per il pregresso. La «dinamicità» del vincolo, infatti, implica una «sostenibilità nel tempo del saldo considerato appunto di “equilibrio”», tramite un'«indefessa prospettiva di adeguamento della “bilancia finanziaria” verso un punto di armonica simmetria tra entrate e spese». Di modo che gli «oneri conseguenti alle pronunzie di incostituzionalità adottate [...] possono essere traslati su esercizi successivi laddove quello in corso non consenta proficue rimodulazioni conformi all'art. 81 Cost. e agli altri precetti costituzionali di ordine finanziario» (20). In virtù di questo vincolo, sorge «nei soggetti destinatari un obbligo a ottemperare che non contrasta con la naturale ampia discrezionalità in sede legislativa nel determinare le politiche finanziarie, ma la circoscrive parzialmente entro il limite della doverosa conformazione alle statuizioni del giudice costituzionale» (21). Non è chiaro, quindi, perché la Corte limiti l'efficacia temporale della propria decisione, quando l'onere di copertura delle pensioni arretrate avrebbe potuto essere suddiviso in più esercizi successivi. Invero, quest'onere sarebbe stato quantificabile *ex ante*, dato che nel caso di specie l'efficacia retroattiva della pronuncia avrebbe incontrato il limite dei rapporti esauriti per intervenuta prescrizione. Quand'anche la Corte avesse statuito *ex tunc*, comunque il ristoro del pregiudizio subito non sarebbe stato integrale, ma avrebbe ricompreso solo le differenze economiche

---

sizione viene completata dagli artt. 12-14 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, che contengono una serie di precisazioni in ordine al concreto espletamento dell'istruttoria.

(19) Nisticò 2017, in particolare il par. 4. Critici anche Troisi 2019 e Scagliarini 2019. Si vd. anche Ragone 2020.

(20) C. cost. 11.1.2019, n. 6. Cfr., sul punto, anche Sciarra 2017.

(21) C. cost. 11.1.2019, n. 6.

degli ultimi cinque anni, secondo il termine prescrizione stabilito dall'art. 47-*bis* del d.P.R. n. 639/1970 (22).

4. — *Riflessioni conclusive* — Benché la sentenza in commento segni un importante passo avanti nella tutela dei diritti dei disabili, restano aperte numerose e pregnanti questioni che avrebbero meritato maggiore approfondimento. Si è visto, infatti, come le disparità di trattamento impongano una rilettura della garanzia prevista dall'art. 38, c. 1, Cost., tracciando il limite entro il quale deve muoversi la discrezionalità legislativa nel modulare il nucleo essenziale dei diritti protetti.

Proprio in relazione ai diritti sociali, un'opera ermeneutica della Corte risulta di primaria importanza nell'assicurare la stessa prescrittività della Costituzione. L'assenza di un chiaro quadro concettuale di riferimento apre a due rischi. Il primo è che la discrezionalità legislativa possa trasmodare in «sbilanciate attuazioni o inattuazioni delle diverse posizioni giuridiche soggettive parimenti tutelate a livello costituzionale, in una prospettiva che vede coinvolti tanto il principio di eguaglianza quanto il principio di solidarietà» (23). Il secondo è che, mancando una chiara delimitazione del nucleo essenziale dei diritti, tale nucleo venga svuotato di effettività, con esiti viepiù drammatici al crescere delle situazioni di fragilità a cui è indirizzata la primaria tutela costituzionale, obliando la necessaria salvaguardia della dignità umana.

Sotto questo profilo, desta perplessità anche la tecnica decisionale adottata nella pronuncia che, attraverso una limitazione dei propri effetti economici, si traduce in una sostanziale impunità del legislatore, nonostante la chiarezza dell'art. 38, c. 1, Cost. La norma, al contrario, imporrebbe al potere legislativo l'obbligo di procedere all'allocatione delle risorse garantendo ai soggetti deboli la realizzazione dei diritti fondamentali di prestazione.

Allo stato, peraltro, il diritto dei disabili al mantenimento appare tuttora connotato da una dimensione «assistenzialistica», inficiata da un pregiudizio di fondo per cui il correlato obbligo di assistenza materiale e morale non sarebbe compito della comunità ma, perlopiù, «fatto privato» interno al nucleo familiare. La corretta attuazione della garanzia costituzionale imporrebbe, invece, un mutamento di paradigma, per cui la predisposizione di adeguate risorse economiche dovrebbe essere considerata una situazione tutelata in modo intangibile, anche a fronte delle mutevoli esigenze di bilancio.

---

(22) Relativamente al ristoro del pregiudizio subito, è opportuno ricordare che la declaratoria di illegittimità costituzionale non fa sorgere a carico dello Stato una responsabilità risarcitoria analoga a quella prevista per omessa, tardiva o erronea attività legislativa in contrasto con il diritto comunitario. Si ritiene infatti che nell'ordinamento non sussista alcun diritto soggettivo del singolo all'esercizio del potere legislativo, il quale è libero nei fini e sottratto perciò a qualsiasi sindacato giurisdizionale. In ogni caso, si ritiene che una determinata conformazione dello Stato-ordinamento non possa qualificarsi in termini di illecito da imputare allo Stato-persona, ai sensi dell'art. 2043 c.c., di talché a fronte della libertà della funzione politica legislativa non è ravvisabile un'ingiustizia che possa qualificare il danno provocato dalla legge in termini di illecito. Così Cass. 22.11.2016, n. 23730, S. III, in *Diritto & Giustizia*, 2016, 23 novembre.

(23) Morana 2015, 4.

## Riferimenti bibliografici

- Bano F. (2003), voce *Povert *, in *DDPComm.*, 745 ss.
- Basini G. (2010), *I provvedimenti relativi alla prole*, in G. Bonilini, F. Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, in P. Schlesinger (fondato da) e F. Busnelli (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 855 ss.
- Bianco G. (1999), voce *Sicurezza sociale nel diritto pubblico*, in *DDPubbl.*, vol. XIV, 142 ss.
- Bongiovanni V. (2011), *La tutela dei disabili tra Carta di Nizza e Convenzione delle Nazioni Unite*, in *Famiglia e Diritto*, n. 3, 310 ss.
- Busatta L. (2020), *Oltre i vincoli di bilancio: il nucleo essenziale del diritto alla salute del disabile*, in *NGCC*, n. 4, 879 ss.
- Caravita B. (1990), *Art. 38 Cost.*, in L. Paladin, V. Crisafulli, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 250 ss.
- Cinelli M. (2015), *Sostenibilit  economica e sostenibilit  sociale nella recente giurisprudenza costituzionale*, in M. Barbieri, M. D'Onghia, *La sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *W.P. Csdl e Massimo D'Antona*. *Collective Volumes*, n. 4.
- Cinelli M. (2016), *L'effettivit  delle tutele sociali tra utopia e prassi*, in *RDSS*, n. 1, 21 ss.
- Ciolfi I. (2015), *L'art. 81 della Costituzione da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, <https://www.forumcostituzionale.it>, 12 marzo 2021.
- Danovi F. (2020), *Obbligo di mantenimento del maggiorenne, autoreponsabilit  e vicinanza della prova: si inverte l'onus probandi?*, in *Famiglia e Diritto*, n. 11, 1015 ss.
- Ferri D. (2020), *La giurisprudenza costituzionale sui diritti delle persone con disabilit  e lo Human Rights Model of Disability: «convergenze parallele» tra Corte costituzionale e Comitato Onu sui diritti delle persone con disabilit *, in *Diritti fondamentali*, n. 1, 523 ss.
- Garofalo D. (2019), *Il minimo previdenziale ed assistenziale: bisogno presunto versus bisogno accertato*, in *LG*, n. 11, 977 ss.
- Leone G. (2015), *Progressivit  e ragionevolezza nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale: alcune riflessioni sulla sentenza n. 70/2015*, in *RIDL*, n. 3, II, 845 ss.
- Masci F. (2020), *La tutela costituzionale della persona disabile*, in <https://federalismi.it>, n. 1, 2020, 137 ss.
- Miranda S.V. (2018), *La tutela del figlio maggiorenne disabile grave (ex art. 337-septies c.c.) tra esigenza di libert  e bisogno di protezione*, in *Le Corti fiorentine*, n. 5, 45 ss.
- Morana D. (2015), *I rapporti tra Parlamento e Corte costituzionale nella garanzia dei diritti sociali*, in *Amministrazione in cammino, amministrazioneincammino.luis.it*.
- Morozzo della Rocca P. (2013), *Il mantenimento del figlio: recenti itinerari di dottrina e giurisprudenza*, in *Famiglia e Diritto*, n. 4, 385 ss.
- Nistic  M. (2017), *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, in [gruppo-dipisa.it](http://gruppo-dipisa.it).
- Occhino A. (2017), *I diritti sociali nell'interpretazione costituzionale*, in *RDSS*, n. 1, 3 ss.
- Pessi R. (2016), *Tornando su adeguatezza e solidariet  nel welfare*, in *RDSS*, n. 4, 595 ss.
- Pinardi R. (2019), *Diritti e risorse finanziarie: il ruolo della Corte costituzionale*, in *RDSS*, n. 2, 307 ss.
- Pistore G. (2020), *Alla ricerca di un inquadramento giuridico per il caregiver familiare*, in R. Del Punta et al. (a cura di), *Salute e benessere dei lavoratori: profili giuslavoristici e di relazioni industriali*, Adapt University Press, Bergamo, 205 ss.
- Ragone G. (2020), *L'attivazione del potere istruttorio tra forme consolidate e scelte innovative. Riflessioni a margine della sentenza costituzionale n. 197 del 2019*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 1, <https://www.osservatorioaic.it>, 226 ss.

- Rivosecchi G. (2020), *Corte costituzionale, finanza pubblica e diritti fondamentali*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in <https://www.giurcost.org>, 12 marzo 2021.
- Sandulli P. (2015), *L'adeguatezza delle prestazioni fra parametro retributivo e compatibilità economica*, in *RDSS*, n. 4, 687 ss.
- Salini A. (2019), *L'ordinamento dell'assistenza nei lavori dell'Assemblea costituente*, in *Bollettino per l'archivio della storia del Movimento sociale cattolico in Italia*.
- Scagliarini S. (2019), *Il bilanciamento tra diritti e risorse finanziarie nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *RDSS*, n. 2, 333 ss.
- Sciarra S. (2017), *I diritti sociali e i dilemmi della giurisprudenza costituzionale*, in *RIDL*, n. 3, I, 347 ss.
- Sorace I.A. (2008), voce *Assistenza e beneficenza*, I agg., in *DDPubbl*, 31 ss.
- Toti B. (2019), *Oltre una certa età un figlio è ormai un adulto (recenti orientamenti sul mantenimento del figlio maggiorenne)*, in *NLC*, n. 2, 374 ss.
- Tripodina (2008), *Articolo 38*, in S. Bartole, R. Bin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 370 ss.
- Troisi M. (2019), *La quantificazione del costo delle pronunce della Corte costituzionale in materia di diritti*, in *RDSS*, n. 2, 353 ss.

Giovanna Pistore  
*Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro  
presso l'Università di Firenze*

# INDICE

---

## ANALITICO-ALFABETICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

### COMANDO E DISTACCO

Interesse solidaristico – Crisi d'impresa temporanea – Interesse alla salvaguardia del patrimonio professionale d'impresa – Incremento della polivalenza professionale individuale del lavoratore – Sussiste. 66

Mutamento delle mansioni – Trasferimento a unità produttiva sita a più di 50 km – Tutela costitutiva *ex* art. 30, c. 4-*bis*, d.lgs. n. 276/2003 – Non sussiste. 66

### CONDOTTA ANTISINDACALE

Predisposizione unilaterale del protocollo anticontagio senza preventiva informazione e consultazione sindacale – Antisindacalità. 106

Protocollo di sicurezza anti Covid-19 – Comitato per la verifica delle misure anti Covid-19 – Dimensione aziendale – Rilevanza – Mancata partecipazione del Rls e della Rsa al sottocomitato costituito a livello territoriale – Antisindacalità. 106

Richiesta di Cig in deroga «Covid-19» – Predisposizione di un testo senza preventivo accordo sindacale – Antisindacalità. 105

Richiesta di Cigo per emergenza Covid-19 – Predisposizione di un testo senza preventiva consultazione sindacale – Antisindacalità. 105

Richiesta di Cigo per emergenza Covid-19 senza consultare le Rsa – Art. 19, d.l. n. 18/2020 – Antisindacalità – Non sussiste. 106

### CONTROVERSIE DI LAVORO E PREVIDENZA

Art. 28 St. lav. – Legittimazione ad agire delle organizzazioni sindacali regionali – Sussiste. 106

Trasferimento o licenziamento – Impugnazione – Termine di decadenza giudiziale – Impedimento – Ricorso cautelare d'urgenza *ante causam* – Omessa previsione – Incostituzionalità (Cost., artt. 3, 24, 111, 117; c.p.c., artt. 669-*bis*, 669-*ter*, 669-*octies*, 700; l. 15.7.1966, n. 604, art. 6; l. 4.11.2010, n. 183, art. 32). 129

**DISTACCO TRANSNAZIONALE**

Prestazioni di trasporto transnazionale – Legge applicabile – Sicurezza sociale – Datore di lavoro. 30

**INVALIDITÀ CIVILE**

Disabilità – Assistenza – Diritti sociali – Vincoli di bilancio. 139

**LAVORO A DISTANZA**

Lavoro agile – Emergenza sanitaria – Cure genitoriali – Controllo giudiziale – Mansioni. 91

Lavoro agile – Emergenza sanitaria – Disabilità – Salute – Mansioni. 91

Lavoro agile – Emergenza sanitaria – Disabilità – Salute – Mansioni. 92

Lavoro agile – Emergenza sanitaria – Salute – Ferie – Congedi. 91

**LAVORO A TEMPO PARZIALE**

Contratto aziendale di prossimità – Modifica unilaterale della collocazione temporale della prestazione di lavoro a tempo parziale – Illegittimità. 119

**LICENZIAMENTO COLLETTIVO**

Art. 24, l. n. 223/91 – Nozione – Cessazione del rapporto di lavoro – Modifica sostanziale degli elementi essenziali del contratto per ragioni non inerenti alla persona del lavoratore. 78

**RETRIBUZIONE**

Indennità di navigazione Stretto di Messina – Composizione della retribuzione feriale – Direttiva n. 2003/88 – Si calcola. 41

Indennità di navigazione Stretto di Messina – Contratto collettivo aziendale – Retribuzione parametro – Non si calcola – Clausola efficace. 41

**RINUNZIE E TRANSAZIONI**

Art. 2113 c.c. – Nullità della transazione riguardante diritti non ancora sorti o maturati. 54

Art. 2113 c.c. – Transazione contenuta nella conciliazione giudiziale – Sottrazione al regime di impugnabilità – Azioni di nullità e annullabilità. 54

---

Art. 2113 c.c. – Trasferimento di ramo di azienda – Nullità.	55
Transazione contenuta nel verbale di conciliazione giudiziale – Equiparazione degli effetti a una sentenza passata in giudicato – Esclusione – Azioni di nullità.	54
<b>SICUREZZA SUL LAVORO</b>	
Protocollo di sicurezza anti Covid-19 – Applicazione – Considerazione della specifica situazione aziendale.	106
Protocollo di sicurezza anti Covid-19 Governo-parti sociali – Efficacia giuridica generalizzata – Sussiste.	106
<b>SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO</b>	
Temporaneità – Art. 5, par. 5, Direttiva n. 2008/104 – Finalità antielusiva.	17