

PARTE II
GIURISPRUDENZA

IL CASO

Giuseppe Ferraro (*)

(1-4) I GIUDICI ONORARI SECONDO LA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. La categoria dei giudici onorari. — 2. La configurazione di uno *status* peculiare fuori degli schemi lavoristici. — 3. La riforma del 2016/2017 dei giudici onorari. — 4. La sentenza della Corte di Giustizia europea del 16.7.2020. — 5. I primi effetti della sentenza europea nell'ordinamento italiano: la sentenza della Corte costituzionale n. 267/2020. — 6. I riflessi sulla (prima) giurisprudenza di merito. — 7. Considerazioni conclusive.

1. — *La categoria dei giudici onorari* — Le sentenze riportate riguardano la figura del giudice onorario, variamente articolata al suo interno con differenze nominalistiche e di regime economico-giuridico niente affatto trascurabili (viceprocuratori onorari, giudici onorari di tribunale, giudici di pace, giudici ausiliari, componenti di commissioni tributarie), da tempo introdotte nel nostro ordinamento giuridico attraverso leggi speciali inerenti le distinte posizioni professionali. Esse affrontano questioni di grande attualità e interesse, sia perché investono profili istituzionali che attengono all'amministrazione della giustizia da parte di soggetti non inquadrati nel percorso canonico di reclutamento della magistratura ordinaria, evocando così la figura, ben nota in altri ordinamenti giuridici, del giudice civile legittimato da una investitura di tipo elettivo, sia perché riguardano una fattispecie avanzata di precariato del settore pubblico, che assume carattere emblematico di quanto determinate situazioni contingenti possano radicarsi nel tempo nell'ordinamento giuridico sino ad acquisire una qualche legittimazione.

L'ampia categoria è prefigurata, come è noto, dal comma 2 dell'art. 106 Cost., che consente la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari «per tutte le funzioni attribuite ai giudici singoli», per essere poi regolata da leggi speciali, di cui quella che ha acquistato maggiore risonanza negli ultimi

(*) Già professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Napoli «Federico II».

tempi riguarda la figura, in qualche modo emblematica e ormai egemonica, dei giudici di pace, i quali risultano regolamentati da una legge del 1991 (n. 374/1991) e, più di recente, dalla legge delega n. 57/2016 e dal successivo d.lgs. n. 116/2017.

Alla stregua della legislazione ordinaria, i giudici di pace sono nominati a seguito di una selezione per titoli dal Csm, durano in carica un quadriennio e possono essere riconfermati per un altro quadriennio a seguito di giudizio di idoneità. Norme speciali hanno consentito la conferma per un terzo quadriennio e ulteriori proroghe annuali alle varie scadenze, in virtù delle quali molti giudici di pace designati negli anni novanta, dopo avere operato continuativamente per qualche decennio, risultano soltanto da poco cessati dal servizio.

Il loro incarico è contraddistinto dal requisito della onorarietà (e della volontarietà), connotato questo più volte enfatizzato dalla legislazione regolativa della categoria, e usufruiscono di un trattamento economico del tutto peculiare, definito correntemente «a cottimo», in quanto costituito da una indennità per ogni procedimento o atto definito, oltre a una indennità forfettaria mensile rapportata alle effettive presenze. Non beneficiano invece di alcuno dei trattamenti classici riservati, anche a livello costituzionale, al lavoro dipendente (ma in parte anche a quello autonomo o parasubordinato), quali, tra l'altro, ferie retribuite, mensilità aggiuntive, congedi vari, indennità di fine rapporto, né dispongono di alcuna forma di previdenza e assistenza per l'attività espletata.

Sul piano dell'organizzazione del lavoro essi sono inquadrati formalmente nell'ordinamento giudiziario e svolgono la loro attività secondo modalità e procedure organizzative abbastanza affini a quelle che riguardano i giudici togati o professionali, essendo assoggettati alle prescrizioni e direttive generali del ministero della Giustizia (e del Csm), nonché a quelle più operative del Presidente del Tribunale, che provvede a inquadrarli in una organizzazione tabellare delle funzioni giudiziarie ove sono definiti i giorni e gli orari di presenza. Inoltre sono sottoposti a periodiche verifiche dell'attività espletata, che si integrano con periodi formativi, oltre a essere assoggettati a procedure disciplinari dinanzi al Csm analoghe a quelle prescritte per i giudici togati in caso di violazione dei doveri deontologici e di ufficio.

Già da un esame sommario della legislazione richiamata emerge una certa ambivalenza nella configurazione giuridica della figura, che risulta, per così dire, dissociata, essendo contraddistinta per un verso da una sostanziale assimilazione sul piano procedurale, organizzativo, amministrativo e funzionale a quella dei giudici togati, mentre, per altro verso, si ca-

ratterizza per una preconcepita negazione di tutti i diritti che contraddistinguono quest'ultima posizione giuridica, persino di quelli più elementari che ineriscono alla condizione di lavoratore dipendente (o in subordine parasubordinato). Peraltro da un esame «tipologico» delle modalità di svolgimento della prestazione affiorano numerosi elementi indiziari dello *status* tipico di lavoratore dipendente (eterodirezione, controllo, assoggettamento al potere disciplinare, inserimento organico, continuità ecc.) (1), almeno con riferimento alla casistica più consistente di quei giudici di pace che sono assoggettati sovente a ritmi incalzanti e dediti in via pressoché esclusiva alla relativa attività giudiziaria per sopperire ad ataviche carenze di organico (2).

Tutto ciò è alla base di un rivendicazionismo di categoria da tempo risalente, anche sul piano giudiziario, con azioni volte ad assimilare tale posizione giuridica a quella dei giudici di carriera per far risaltare gli elementi di ingiustizia e di disparità nel trattamento economico e normativo che si sono venuti a registrare, ora per effetto della stessa legislazione, ora per disinvolute prassi applicative.

La risposta della magistratura a tali istanze è stata sempre decisamente rigettista, facendosi schermo dietro una serie di argomentazioni, ormai tralaticamente riproposte, che esaltano oltre misura la posizione onoraria e volontaristica dell'attività esercitata, la temporaneità dell'impiego, la mancanza di un vincolo di esclusività (essendo consentito l'esercizio della professione forense in altro circondario) e il trattamento indennitario percepito, che non risponderebbe a una logica retributiva e comunque di corrispettività. Elementi da cui si dovrebbe desumere una qualche ragionevolezza di una condizione del tutto anomala sul piano dei diritti e delle tutele connesse allo svolgimento del rapporto di lavoro.

2. — *La configurazione di uno status peculiare fuori degli schemi lavoristici* — Capolista di questo orientamento negazionista può essere considerata la Corte costituzionale, che ha da tempo rigettato tutte le questioni di legittimità costituzionale della normativa inerente i giudici di pace sotto il profilo della parità di trattamento con i giudici ordinari, reiteratamente prospettate

(1) Tra l'altro, è tenuto all'osservanza dei doveri previsti per i magistrati ordinari (art. 10, c. 1, l. n. 374/1991), è vincolato dalle tabelle di composizione dell'ufficio di appartenenza, è tenuto a rispettare la turnazione e i giorni di udienza, e a garantire la reperibilità. Sul piano fiscale il reddito percepito è integralmente assimilato a quello di lavoro dipendente (art. 50, c. 1, lett. f, l. n. 917/1986: Tuir).

(2) Sui carichi di lavoro, produttività e analisi statistiche, vd. la recente pubblicazione di Longo (2020).

anche in tempi recenti (3). Tale posizione viene seguita a ruota dalla Corte di Cassazione (4), e persino dal Consiglio di Stato con pareri e pronunzie decisamente rigettiste (5).

Con riferimento alla giurisprudenza della Suprema Corte, valga appena segnalare una recente pronunzia (6), la quale ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale delle norme che disciplinano la posizione del giudice di pace in relazione agli artt. 3, 36 e 97 Cost., ribadendo che «non è equiparabile a un pubblico dipendente, né a un lavoratore parasubordinato, in quanto la categoria dei funzionari onorari, della quale fa parte, presuppone un rapporto di servizio volontario con l'attribuzione di funzioni pubbliche ma senza la presenza degli elementi caratterizzanti l'impiego pubblico, come l'accesso alla carica mediante concorso, l'inserimento nell'apparato amministrativo della p.a., lo svolgimento del rapporto secondo lo statuto apposito per tale impiego, il carattere retributivo del compenso e la durata potenzialmente indeterminata del rapporto» (7).

Anche sotto il profilo retributivo è stato più volte evidenziato che «la specialità del trattamento economico previsto per i giudici di pace, la sua cumulabilità con i trattamenti pensionistici, nonché la possibilità garantita ai giudici di pace di esercitare la professione forense, inducono a ritenere che non siano estensibili ai suddetti giudici indennità previste per i giudici togati che svolgono professionalmente e in via esclusiva funzioni giurisdizionali il cui trattamento economico è articolato su parametri completamente diversi» (8).

(3) La Corte costituzionale ha più volte affermato che la posizione giuridica ed economica dei magistrati professionali non si presta a una estensione automatica nei confronti dei magistrati onorari tramite invocazione del principio di eguaglianza, in quanto gli uni esercitano le funzioni giurisdizionali in via esclusiva e gli altri solo in via concorrente (in termini C. cost. n. 267/2020). L'affermazione formulata in un primo tempo, a proposito del trattamento economico dei componenti delle commissioni tributarie (ord. n. 272/1999) e per quello dei vicepretori ordinari (ord. n. 479/2000), è stata replicata anche per i giudici di pace, sia in tema di cause di incompatibilità professionale (sent. n. 60/2006), sia in ordine alla competenza per il contenzioso sulle spettanze economiche (ord. n. 174/2012); così quasi testualmente si legge in C. cost. n. 267/2020, cit.

(4) Vd., *ex multis*: Cass. 2.6.1997, n. 4905, S.U.; Cass. 9.11.1998, n. 11272; Cass. 5.2.2001, n. 1622; Cass. 4.4.2008, n. 8737; Cass. 29.3.2011, n. 7099; Cass. 9.9.2016, n. 17862; Cass. 4.1.2018, n. 99.

(5) Vd., *ex multis*, C. Stato 9.2.2020, n. 7772, nonché, con riferimento ai limiti di età per la cessazione dal servizio, C. Stato 2.3.2017, n. 864, ord.

(6) Cass. 5.6.2020, n. 10774, ord.

(7) In termini, vd. già: Cass. 13.5.2017, n. 13721, S.U.; Cass. 26.9.2017, n. 27198; Cass. 4.5.2016, n. 17862.

(8) Oltre alle sentenze citate nella nota che precede, vd. anche: Cass. 2.1.2002, n. 16; Cass. 7.11.2001, n. 13784; Cass. 4.11.2015, n. 22569.

È peraltro eloquente un recente parere (n. 20/VP/2021), predisposto dall'Ufficio studi del Csm e fatto proprio dall'VIII commissione, in merito a un'istanza cautelare *ante causam*, ex artt. 55, 56 e 61 del codice di procedura amministrativa, promossa dinanzi al Tar di Sicilia-Catania, avverso la cessazione del ricorrente dalle funzioni di viceprocuratore onorario al compimento del 68° anno, volta all'accertamento del diritto a ottenere lo *status* di pubblico dipendente, anche con riferimento all'età pensionabile, che conferma l'orientamento tradizionale rispetto a siffatte rivendicazioni sul rilievo che «Il magistrato onorario non è un dipendente pubblico, ma un funzionario legato all'amministrazione da un rapporto di servizio volontario con attribuzione di pubbliche funzioni e privo degli elementi caratterizzanti l'impiego pubblico. Ne consegue che è legittima la normativa interna che attribuisce natura indennitaria all'erogazione erariale e che colloca detto rapporto al di fuori dell'ambito assistenziale e previdenziale previsto per i pubblici dipendenti. È legittima, altresì, la normativa che prevede la cessazione dall'incarico al compimento del 68° anno di età».

Tutto ciò lascia intendere la difficoltà che i giudici di pace da tempo avvertono nel riproporre questioni rivendicative dinanzi alla magistratura ordinaria e persino dinanzi al giudice del lavoro in presenza di una giurisprudenza superiore da tempo radicata su posizioni refrattarie e (che sembrano) irremovibili.

Persino in ipotesi in cui i ricorrenti hanno espressamente precisato nella domanda giudiziaria di non perseguire l'obiettivo di una equiparazione alla condizione dei giudici togati, che avrebbe potuto destare resistenze e diffidenze «di casta», quanto piuttosto di aspirare a usufruire dei benefici tipici del lavoratore dipendente, la Suprema Corte ha rigettato la domanda, lasciando trapelare un ostruzionismo preconcepito fondato sul rilievo che «il *petitum* sostanziale di fatto sottintende comunque la stessa domanda», in quanto «sia il Tribunale che la Corte d'Appello hanno accertato che la domanda della ricorrente non era soltanto volta a ottenere un adeguamento del compenso percepito quale viceprocuratore onorario in considerazione di una diversa qualità e quantità delle mansioni svolte, ma l'accertamento di un rapporto di impiego di fatto con il ministero della Giustizia per lo svolgimento delle stesse funzioni giurisdizionali espletate dai magistrati togati e per l'inserimento nell'organizzazione della Procura di Roma, rapporto del quale era chiesto l'accertamento ai fini retributivi e previdenziali» (9).

Sinanche sul piano della individuazione del giudice competente a trattare le varie questioni prospettate dai giudici di pace, la posizione espressa

(9) Cass. n. 27198/2017, cit.

dalle magistrature superiori è stata per lungo tempo categorica nell'escludere la giurisdizione del giudice del lavoro (persino ai sensi dell'art. 409, n. 5, c.p.c.) e nell'asseverare per contro quella del giudice amministrativo, alla stregua di quanto stabilito dall'art. 63, c. 4, d.lgs. n. 165/2001, che, in via eccezionale, fa salva la giurisdizione esclusiva di tale giudice nelle controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'art. 3, relativi cioè ai «magistrati ordinari, amministrativi e contabili» (10).

Una tale presa di posizione a molti è apparsa formalistica e discriminatoria, non fosse altro perché la norma invocata si riferisce espressamente ai giudici «ordinari», e non certo a quelli onorari, i quali si sono venuti a trovare, per effetto della predetta ricostruzione, in una sorta di limbo giudiziario essendo stati sottratti dalla giurisdizione del giudice naturale funzionalmente competente ad affrontare le questioni relative alle relazioni di lavoro.

Né migliore sorte hanno ricevuto le reiterate petizioni al Parlamento europeo ovvero le denunce alla Commissione europea, divenute particolarmente incalzanti a seguito di una sentenza della Corte di Giustizia europea (11) che, con riferimento a un giudice di pace inglese, impiegato a tempo parziale e remunerato «a cottimo», ha riconosciuto il diritto al trattamento previdenziale di vecchiaia in termini raffrontabili *pro rata temporis* a quelli dei magistrati ordinari. A tale sentenza farà seguito una successiva pronunzia provocata dallo stesso giudice onorario (12) relativa al riconoscimento, ai fini del diritto alla pensione di vecchiaia, dei periodi di anzianità precedenti la scadenza del termine di recepimento della Direttiva n. 1997/81, come modificata dalla Direttiva n. 1998/23. Sentenze che, nonostante la loro chiarezza e incisività, resteranno completamente ignorate dallo Stato italiano e prive di riscontro nell'attività giudiziaria per circa un decennio, al punto da dare luogo a una procedura di preinfrazione nei confronti del Governo italiano per violazione del diritto dell'Unione che, secondo taluni, sarebbe stata mantenuta in sordina al fine di evitare una severa condanna (13).

(10) Sul punto, vd. C. cost. n. 174/2012, ord., e ivi ampia argomentazione.

(11) C. Giust. 1.3.2012, C-393/2010, *O' Brien*.

(12) C. Giust. 7.11.2018, C-432/2017, *O' Brien*.

(13) La Commissione europea, nell'ambito della procedura EU-Pilot 7779/EMPL, ha posto la questione di compatibilità con il diritto Ue della disciplina italiana del servizio dei magistrati onorari, rilevando il mancato riconoscimento delle ferie annuali retribuite in violazione dell'art. 7 della Direttiva n. 2003/88/Ce, il mancato riconoscimento del congedo di maternità in violazione della Direttiva n. 92/85/Cee, l'assenza di misure atte a prevenire abusi di successioni dei contratti a tempo determinato in violazione dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce e disparità di trattamento rispetto ai magistrati professionali riguardo alla retribuzione, indennità di

3. — *La riforma del 2016/2017 dei giudici onorari* — L'incalzante rivendicazionismo delle associazioni di categoria troverà una qualche risposta nella riforma dello stato giuridico dei giudici di pace, promossa dalla legge delega n. 57/2016 e dal successivo d.lgs. n. 116/2017, la quale, benché intervenuta massicciamente sull'impianto originario della legge n. 374/1991 per razionalizzare l'impiego del giudice onorario, frammentato in varie sottocategorie, è stata giudicata negativamente dalla maggior parte degli interessati, in quanto espressione di un'operazione gattopardesca, che da una parte mostra di voler venire incontro ad alcune istanze elementari di tutela degli appartenenti alla categoria dei giudici onorari, sebbene in un'ottica minimalistica, da un'altra parte ribadisce la connotazione volontaristica dell'impiego di tali soggetti, accentuando addirittura alcuni tratti di temporaneità e di precarietà ovvero di (pseudo) autonomia, sino al punto da tratteggiare una figura ambigua e inedita di ausiliario o collaboratore del giudice professionale in posizione in qualche modo ancillare rispetto a quest'ultimo.

Peraltro la riforma si caratterizza per una netta diversificazione tra la posizione dei giudici onorari in servizio – per i quali viene prefigurata una disciplina transitoria, che contempla altre tre proroghe quadriennali, di fatto sino al raggiungimento del 68° anno di età, benché con il mantenimento del trattamento economico e normativo preesistente – e la posizione dei nuovi assunti, per i quali, per richiamare i punti salienti, si prevede che il reclutamento dei nuovi giudici, denominati giudici onorari di pace, venga effettuato attraverso concorsi per titoli riservati ai possessori del titolo di laurea in giurisprudenza, di età non inferiore a 27 anni e non superiore a 60, e a seguito del superamento di un tirocinio semestrale. La durata dell'incarico è quadriennale ed è rinnovabile solo per un altro quadriennio, ma le funzioni giudiziarie si possono svolgere solo dopo due anni dalla nomina, e cioè complessivamente per un massimo di 6 anni. Il trattamento economico consiste in una indennità fissa di euro 16.140,00 lordi (euro 1.345,00 lordi per 12 mesi) e di una indennità variabile legata alla produttività pari al 15/30% dell'indennità fissa. Si richiede una presenza in servizio per 11 mesi e di due giorni a settimana. Non è previsto alcun trattamento previdenziale e assistenziale, di malattia e di maternità con diretto finanziamento pubblico.

fine rapporto e regime di sicurezza sociale previsti dallo stesso accordo. Il Parlamento europeo il 31.5.2018 ha emesso una risoluzione, inviata al Consiglio, alla Commissione e agli Stati membri, sulla precarietà e abuso dei contratti a termine; la risoluzione è stata emessa «viste le numerose petizioni dei giudici di pace italiani sulla violazione delle direttive Ue, sul lavoro a tempo determinato nel settore pubblico e sulle condizioni precarie, da applicare a livello nazionale», P8_TA(2018)0242.

4. — *La sentenza della Corte di Giustizia europea del 16.7.2020* — Nel contesto problematico sommariamente descritto, una svolta decisiva arriva con la sentenza della Corte di Giustizia del 16.7.2020 (14), che si allaccia strettamente alle precedenti sentenze *O' Brien* (15), confermandone sostanzialmente l'impianto complessivo, sia pure con riferimento a un istituto peculiare, come quello delle ferie, di cui viene riconosciuto, in punto di principio, il diritto del ricorrente a usufruirne nei termini prescritti per i giudici togati. Ciò a conferma, ancora una volta, che la giustizia europea, pur con il suo ritualismo e le sue ambivalenze, è in grado di dare una scossa per intaccare incrostazioni e pregiudizi radicati nell'ordinamento italiano che sopravvivono in modo inerziale al di fuori di ogni seria valutazione di razionalità e di equità (oltre che di attualità).

È importante ricostruire il percorso col quale si arriva alla predetta sentenza, che ha fatto pensare a un abile espediente tecnico per aggirare l'ostracismo irremovibile della magistratura italiana. La sentenza è stata preceduta da tre rinvii pregiudiziali promossi da giudici di pace nei confronti di altrettanti giudici di pace (a cui si sono poi aggiunti altri rinvii dal contenuto analogo), i quali pongono sostanzialmente la stessa questione di compatibilità con la disciplina eurounitaria della legislazione italiana che esclude il diritto alle ferie nei confronti dei giudici onorari nei termini riconosciuti ai magistrati ordinari (anche la scelta di concentrarsi sul trattamento feriale non è affatto casuale per la consistenza del diritto e il suo *enforcement* costituzionale, che investe pure profili di sicurezza del lavoro).

Le due prime ordinanze di rinvio promosse dal giudice di L'Aquila (16) verranno dichiarate irricevibili dalla Corte di Giustizia, sostanzialmente per la mancata competenza funzionale del giudice di pace a decidere in ordine alla relativa controversia. Diversa sorte invece sarà riservata al ricorso pregiudiziale promosso dal giudice di pace di Bologna (17), il quale, facendo tesoro della precedente esperienza negativa, solleva la stessa questione sotto le sembianze di una domanda di natura risarcitoria nei confronti dello Stato italiano per mancato adeguamento all'ordinamento europeo, come tale rientrante nella competenza per materia e valore del giudice del rinvio.

I quesiti pregiudiziali sollevati dal giudice di pace di Bologna sono cin-

(14) C. Giust. 16.7.2020, C-658/2018, *U.X. c. Governo italiano*.

(15) C. Giust. 1.3.2012, cit.; C. Giust. 7.11.2018, cit.

(16) Giudice di pace L'Aquila 7.8.2017, ord., dichiarata irricevibile da C. Giust. 6.9.2018, ord., C-472/2017, *Di Girolamo c. Ministero della Giustizia*; giudice di pace L'Aquila 19.9.2018, ord., dichiarata irricevibile da C. Giust. 17.12.2019, ord., C-618/2018, *Di Girolamo c. ministero della Giustizia*.

(17) Giudice di pace Bologna 22.10.2018, ord.

que, anche se gli ultimi due verranno abbandonati in corso di trattazione, in quanto diretti a censurare il comportamento «inerte» della Commissione europea, che non avrebbe dato seguito alla procedura di preinfrazione nei confronti dello Stato italiano, nonostante la palese illegittimità e iniquità della disciplina interna, per cui resteranno i primi tre quesiti, l'ultimo dei quali verrà dichiarato inammissibile.

A voler semplificare al massimo, con il primo quesito il giudice del rinvio interroga la Corte europea sulla domanda preliminare se la sua posizione professionale rientra nella nozione di giurisdizione di uno degli Stati membri ai sensi dell'art. 267 TfUe, in guisa tale da essere legittimato a sollevare una questione di compatibilità della legislazione nazionale con l'ordinamento europeo. La seconda questione, sul diritto del giudice di pace a beneficiare di ferie retribuite sulla base del diritto dell'Ue, si articola in tre aspetti distinti, come rilevato dalla stessa sentenza, e cioè: a) se l'attività di servizio del giudice di pace ricorrente rientra nella nozione di lavoratore, di cui al combinato disposto degli artt. 1, par. 3, e 7, par. 1, della Direttiva n. 2003/88/Ce («dal momento che l'art. 7, par. 1, di tale Direttiva dispone che gli Stati membri prendano le misure necessarie affinché ogni lavoratore benefici di ferie annuali retribuite di almeno 4 settimane»), della clausola 2 dell'Accordo quadro e dell'art. 31, par. 2, della CdfUe (secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia nelle sentenze *O'Brien e King*); b) se rientra nella nozione di lavoratore a tempo determinato ai sensi dell'Accordo quadro sul contratto a termine; c) se il magistrato ordinario professionale possa essere considerato lavoratore a tempo indeterminato equiparabile al lavoratore a tempo determinato «giudice di pace», ai fini dell'applicazione delle stesse condizioni di lavoro di cui alla clausola 4 dell'Accordo quadro.

Superata agevolmente la prima questione della giurisdizione, nel senso che l'art. 267 TfUe deve essere interpretato nei termini che il giudice di pace rientra nella nozione di giurisdizione di uno degli Stati membri ai sensi di tale articolo, la sentenza si concentra sull'art. 7, par. 1, Direttiva n. 2003/88 del Parlamento europeo e del Consiglio del 4.11.2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, e sull'art. 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali Ue, per affermare che «devono essere interpretati nel senso che un giudice di pace che, nell'ambito delle sue funzioni, svolge prestazioni reali ed effettive, che non sono né puramente marginali né accessorie, e per le quali percepisce indennità aventi carattere remunerativo, può rientrare nella nozione di "lavoratore", ai sensi di tali disposizioni, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare».

In merito alla seconda questione, la Corte precisa che «la clausola 2.1, Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso il 18.3.99 [...]»

deve essere interpretata nel senso che la nozione di lavoratore a tempo determinato, contenuta in tale disposizione, può includere un giudice di pace, nominato per un periodo limitato, il quale, nell'ambito delle sue funzioni, svolge prestazioni reali ed effettive, che non sono né puramente marginali né accessorie, e per le quali percepisce indennità aventi carattere remunerativo, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare».

Infine la Corte osserva che la clausola 4.1 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato del 18.3.1999, «deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale che *non prevede il diritto per un giudice di pace di beneficiare di ferie annuali retribuite di 30 giorni*, come quello previsto per i magistrati ordinari, nell'ipotesi in cui tale giudice di pace rientri nella nozione di "lavoratore a tempo determinato", ai sensi della clausola 2.1 di tale Accordo quadro, e in cui si trovi in una situazione comparabile a quella di un magistrato ordinario, a meno che tale differenza di trattamento sia giustificata dalle diverse qualifiche richieste e dalla natura delle mansioni di cui detti magistrati devono assumere la responsabilità, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare» (corsivo mio).

I punti salienti della sentenza sono sostanzialmente confermativi di orientamenti consolidati della Corte europea, sia per quanto concerne la definizione di una nozione eurounitaria di lavoratore, che vincola gli Stati membri ai fini dell'applicazione del diritto dell'Ue (18), sia nel ribadire le

(18) Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte, «la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è la circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione» (C. Giust. 4.12.2014, C-413/2013, *FNV/ Kunsten Informatie en Media*, punti 34-46; C. Giust. 21.2.2013, C-46/12, L.N., punto 40 e giurisprudenza ivi citata; C. Giust. 10.9.2014, C-270/2013, *Iraklis Haralambidis*, punto 25; C. Giust. 26.3.2015, C-316/2013, *Fenoll*, punto 27 e giurisprudenza ivi citata; in termini vd. pure la sentenza *O'Brien*, cit., punto 40, nonché C. Giust. 21.2.2018, C-518/15, *Matzak*, sulla nozione autonoma del lavoro subordinato secondo il diritto dell'Unione). Come ben evidenziato dal Tribunale di Roma nel decreto del 13.1.2021, *Agati più altri contro Presidenza Consiglio dei ministri*, la nozione di «lavoratore» non può essere interpretata in modo da variare a seconda degli ordinamenti nazionali, ma ha una portata specifica, propria del diritto dell'Unione (C. Giust. 26.3.2015, *Fenoll*, cit., punto 25, nonché C. Giust. 20.11.2018, C-147/17, *Sindicatul Familia Constanta e a.*, punto 41 e giurisprudenza ivi citata). Nell'ambito della qualificazione relativa alla nozione di «lavoratore», che spetta, in ultima analisi, al giudice nazionale, quest'ultimo deve basarsi su criteri obiettivi e valutare nel loro complesso tutte le circostanze del caso di cui è investito, riguardanti la natura sia delle attività interessate sia del rapporto tra le parti in causa (vd., in tal senso, C. Giust. 14.10.2010, C-428/09, *Union syndicale Solidaires Isère*, punto 29). Su queste premesse la mera qualificazione legislativa di un rapporto di pubblico servizio come rapporto onorario non vale di per sé né a escludere la sussi-

tutele riservate ai lavoratori a tempo determinato e a tempo parziale in applicazione del principio fondamentale di non discriminazione rispetto a situazioni comparabili relative a rapporti ordinari. In questa prospettiva la Corte sembra non avere dubbi che la figura da individuare come *tertium comparationis* sia quella del giudice professionale da assumere come parametro di riferimento per estendere alcune tutele, a meno che non sussistano ragioni oggettive per delimitare l'ambito del confronto.

Quest'ultima precisazione (che farebbe pensare all'adagio *in cauda venenum*) suscita qualche perplessità perché, per un verso, sembra volere ridimensionare la precedente ricostruzione che si prospetta sino a un certo punto coerente e lineare, per altro verso, apre un terreno di indagine alquanto complicato suscettibile di diverse opzioni interpretative. Tra l'altro, già non è chiaro se la delimitazione dell'operatività del confronto si riferisca alla configurazione legislativa della figura del giudice onorario (come più volte rilevato alquanto ambigua), oppure a una indagine casistica, da effettuare appunto caso per caso, con tutte le difficoltà, anche probatorie, che vi sono connesse. In ogni caso, qualunque sia l'opinione, si riapre lo spazio per ricostruzioni di stampo riduttivo che sembravano essere state ampiamente ridimensionate.

In questi termini la Corte di Giustizia, pur avendo ritenuto che il giudice di pace rientra nella nozione di lavoratore, rimette al giudice del rinvio la valutazione finale circa l'equiparabilità della posizione del magistrato onorario e quella del magistrato professionale, nonché la successiva verifica dell'esistenza di ragioni oggettive idonee a giustificare una differenza di trattamento, osservando che, «sebbene le differenze tra le procedure di assunzione dei giudici di pace e dei magistrati ordinari non impongano necessariamente di privare i giudici di pace di ferie annuali retribuite corrispondenti a quelle previste per i magistrati ordinari, resta comunque il fatto che tali differenze, e segnatamente la particolare importanza attribuita dall'ordinamento giuridico nazionale e, più specificamente, dall'art. 106, par. 1, della Costituzione italiana, ai concorsi appositamente concepiti per l'assunzione dei magistrati ordinari, sembrano indicare una particolare natura delle mansioni di cui questi ultimi devono assumere la responsabilità e un diverso livello delle qualifiche richieste ai fini dell'assolvimento di tali mansioni. In ogni caso, spetta al giudice del rinvio valutare, a tal fine, gli ele-

stenza di un rapporto di lavoro subordinato né a consentire ingiustificate discriminazioni in danno dei lavoratori pubblici a tempo parziale e/o a tempo determinato in assenza della individuazione di criteri oggettivi e trasparenti sottesi a un'effettiva esigenza di diversificazione (vd. sent. *O'Brien*, cit.).

menti quantitativi e qualitativi disponibili riguardanti le funzioni svolte dai giudici di pace e dai magistrati professionali, i vincoli di orario e le sanzioni cui sono soggetti nonché, in generale, l'insieme delle circostanze e dei fatti pertinenti».

Com'è sin troppo facile rilevare, la motivazione della sentenza ha un contenuto compromissorio che viene incontro ad alcune obiezioni espresse dal Governo italiano circa i rischi, anche istituzionali, di una completa equiparazione di posizioni giuridiche almeno in parte difformi; e pertanto introduce dei «paletti», che non sono neppure facili da definire là dove rinviano alla necessità di tenere conto delle qualifiche e delle mansioni espletate dalle due distinte categorie di giudici: le une e le altre, infatti, quand'anche fossero sensibilmente differenziate, non potrebbero precludere l'esercizio di alcuni diritti elementari, come ad esempio quello alle ferie e alla relativa indennità sostitutiva.

Sulla reale portata della sentenza europea e sugli effetti che ne scaturiscono si andrà a concentrare il dibattito futuro, come molti indizi lasciano chiaramente intendere.

Peraltro la risposta data dalla Corte di Giustizia ai quesiti pregiudiziali sollevati dalle ordinanze dei giudici di pace non sembra avere carattere definitivo, ove si tenga conto dell'ordinanza n. 363 del 24.6.2020 emessa dal Tar dell'Emilia Romagna, che aveva già sollevato vari quesiti in parte analoghi a quelli poi esaminati dalla Corte. Per questo motivo la cancelleria della Corte di Giustizia ha demandato allo stesso Tar di esprimersi in ordine al mantenimento o meno del rinvio già disposto in seguito alla sentenza della Corte di Giustizia che poteva avere soddisfatto i quesiti autonomamente prospettati. Dopo una prima risposta evasiva, il Tar ha ritenuto di insistere sui quesiti sollevati avendo «rilevato ad avviso del Collegio la futura permanenza dell'interesse al mantenimento del rinvio pregiudiziale disposto con la propria ordinanza n. 363/2020 dal momento che la citata sentenza 16.7.2020, C-658/18 – pur indubbiamente rilevando nella controversia cui è causa –, non affronta tutti i profili di contrasto del diritto dell'Ue con la normativa interna evidenziata nell'ordinanza di rimessione» (vd. sentenza non definitiva del Tar Emilia-Romagna n. 644/2020, pubblicata il 20.10.2020) (19).

(19) Vd. la sentenza non definitiva del Tar Emilia-Romagna n. 644/2020, pubblicata il 20.10.2020, che ha ampliato i quesiti delle precedenti ordinanze, chiedendo «se i principi comunitari in tema di autonomia e indipendenza della funzione giurisdizionale, e segnatamente l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ostino all'applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana, secondo cui i

5. — *I primi effetti della sentenza europea nell'ordinamento italiano: la sentenza della Corte costituzionale n. 267/2020* — La sentenza in questione ha avuto immediati riflessi sulla giurisprudenza nazionale. Il primo effetto di rilievo si rintraccia nella sentenza n. 267/2020 del 18.11.2020 della Corte costituzionale, con la quale il giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, c. 1, d.lgs. 25.3.1997, n. 67, convertito, con modificazioni, dalla l. 23.3.1997, n. 135, nella parte in cui non prevede che il ministero della Giustizia rimborsi le spese di patrocinio legale al giudice di pace nell'ipotesi e alle condizioni stabilite dalla norma stessa. La Corte, in primo luogo, richiama la propria precedente giurisprudenza, in virtù della quale «la differente modalità di nomina, radicata nella previsione dell'art. 106, c. 2, Cost., il carattere non esclusivo dell'attività giurisdizionale svolta e il livello di complessità degli affari trattati rendono conto della eterogeneità dello *status* del giudice di pace, dando fondamento alla qualifica “onoraria” del suo rapporto di servizio, affermata dal legislatore fin dalla costituzione della figura e ribadita in occasione della riforma del 2017», dopodiché, premesso, in conformità a quanto rilevato dalla Corte di Giustizia, che l'art. 267 TfUE «deve essere interpretato nel senso che il giudice di pace italiano rientra nella nozione di “giurisdizione di uno degli Stati membri” in quanto organismo di origine legale, ha carattere permanente deputato all'applicazione di norme giuridiche in condizioni di indipendenza» (20), conclude nei termini seguenti: «questi atti peculiari non incidono tuttavia nell'identità funzionale dei singoli atti che il GdP compie nell'esercizio della funzione giurisdizionale per quanto appunto rileva agli effetti del rimborso di cui alla norma censurata». Onde «attesa l'identità della funzione del giudicare, e la sua primaria importanza nel quadro costituzionale, è irragionevole che il rimborso delle spese di patrocinio sia dalla legge riconosciuto al solo giudice “togato” e non anche al giudice di pace, mentre per entrambi ricorre, con eguale pregnanza, l'esigenza di garantire un'attività serena e imparziale non condizionata dai rischi economici connessi a eventuali eppure infondate azioni di responsabilità».

Come si vede, la Corte segue un percorso accidentato, giacché da una parte cerca di salvaguardare la continuità logica della propria decisione con la precedente giurisprudenza da tempo consolidata, che differenzia nettamente la posizione del giudice di pace rispetto a quella del giudice togato,

giudici di pace, quali giudici onorari, risultano, oltre che non assimilati al trattamento dei giudici togati, completamente esclusi da ogni forma di tutela assistenziale e previdenziale garantita al lavoratore subordinato pubblico».

(20) C. Giust. 1.7.2020, U.X., cit.

da un'altra parte, prendendo spunto dalla sentenza della Corte europea, che include il giudice di pace nella nozione di giurisdizione, non può fare a meno di riconoscere l'unitarietà della funzione giurisdizionale e la sua primaria importanza nel quadro istituzionale, onde l'irragionevolezza di una garanzia riservata soltanto ai giudici togati.

Se si vogliono evitare pensieri retrospettivi, occorre prendere atto che ci si trova in presenza di una prima apertura a favore di tesi più innovative, che se è stata facilitata dalla peculiarità dell'istituto in discussione, che riguarda l'esercizio della funzione giurisdizionale, può aprire la strada per un ripensamento più attento da parte della Corte indirizzandola verso una verifica analitica della legislazione in materia quanto meno per individuare quelle aree in cui le disparità di trattamento risultano irragionevoli e anacronistiche.

6. — *I riflessi sulla (prima) giurisprudenza di merito* — Ma gli effetti più rilevanti della pronuncia della Corte di Giustizia europea si sono subito riscontrati nella giurisprudenza di merito, che ha iniziato a modificare un orientamento decisamente negativo, rimettendo in discussione concetti e categorie che sembravano irremovibili. Due recenti pronunzie sono particolarmente significative del nuovo corso, vale a dire la sentenza del Tribunale di Napoli del 26.11.2020 – giudice Picciotti – e la sentenza del Tribunale di Vicenza del 16.12.2020, n. 343 – giudice Campo –, in quanto ben esemplificano un indirizzo volto ad assecondare il percorso tracciato dalla Corte di Giustizia approfondendo i vari «passaggi» in cui la stessa Corte rinvia ai giudici di merito.

In questa logica la prima sentenza, dopo avere riconosciuto che i giudici di pace rientrano nella nozione di lavoratore a tempo determinato secondo la nozione recepita dall'ordinamento europeo, condivide, in punto di principio, la comparabilità degli stessi ai dipendenti del ministero della Giustizia che svolgono analoghe funzioni, e per conseguenza accoglie la domanda dei ricorrenti per una rideterminazione del trattamento economico e normativo parametrato a quello della magistratura ordinaria. Inoltre la stessa sentenza, accertato il carattere abusivo della reiterazione del termine apposto ai singoli contratti, condanna il Ministero convenuto al risarcimento del danno in favore di ciascun ricorrente nella misura di cinque mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

In termini sostanzialmente analoghi si esprime il Tribunale di Vicenza nella sentenza richiamata, che, dopo una rigorosa ricostruzione dei profili di comparabilità delle condizioni economico-retributive delle due categorie giudicanti, riconosce «il diritto della ricorrente di percepire un trattamento

economico corrispondente a quello previsto dall'art. 2 della l. n. 111/2007, e succ. mod., per il ruolo di magistrato ordinario con funzioni giudiziali (classe stipendiale HH03)». Anche in questo caso, rilevato il ricorso abusivo ai contratti a termine per esigenze strutturali dell'amministrazione pubblica, il giudice condanna il ministero della Giustizia al risarcimento del danno fissando la relativa indennità in sette mensilità del trattamento economico riconosciuto.

Nel rinviare a un'attenta lettura delle due sentenze «gemelle», merita di essere segnalato che esse rappresentano indubbiamente un punto di svolta della magistratura del lavoro nell'affrontare la condizione giuridica ed economica dei giudici onorari. Anzitutto nel metodo dell'indagine, ove risalta un approccio esegetico particolarmente attento ad assecondare e approfondire i vari passaggi della Corte europea soffermandosi in modo particolare su quei profili in cui la Corte rinvia espressamente all'indagine dei giudici di merito. Anche nei contenuti sostanziali l'impostazione prescelta può essere considerata esemplare, perché, una volta acquisiti alcuni punti fermi in coerenza con la ricostruzione della Corte, l'indagine si orienta sui singoli istituti per stabilire i termini, i limiti e le modalità di comparazione con la condizione economica e normativa dei giudici professionali, la cui posizione viene assunta come «parametro» di riferimento, come più volte rimarcato, onde evitare sommarie assimilazioni e sottolineare che non si tratta di registrare una confluenza regolamentare nell'ambito di una categoria unitaria, ma piuttosto di effettuare un'operazione tecnica di riparametrazione del trattamento economico riconosciuto al magistrato onorario raffrontato a quello dei magistrati professionali di pari anzianità.

Merita pure di essere osservato che entrambe le sentenze sembrano avere superato ogni perplessità in merito allo stato di subordinazione in cui versano i giudici di pace, e ciò già alla luce della stessa legislazione che regola l'istituto, così in qualche modo bypassando la necessità di un'indagine istruttoria caso per caso, che ormai dovrebbe sopravvivere soltanto al fine di rintracciare quei casi minoritari in cui l'impiego dei giudici onorari assume un carattere marginale e accessorio. In altri termini, acquisita la natura di lavoratore dei soggetti in questione e la comparabilità in linea di principio con le condizioni economiche e normative dei giudici professionali, la questione si sposta sul diverso versante dei limiti del processo estensivo che potrebbe subire delle deroghe (o attenuazioni), ora dovute alla natura marginale e accessorie di tali prestazioni, ora alla diversità qualitativa e quantitativa delle qualifiche e delle mansioni espletate.

Diverso percorso seguono invece altre pronunzie giudiziarie, che pure accolgono in buona parte le domande dei giudici di pace, come quella, ad

esempio, del Tribunale ordinario di Roma che, in sede di procedura sommaria *ex art. 702-bis c.p.c.*, ha accolto una domanda generica di natura risarcitoria nei confronti della Presidenza del Consiglio dei ministri (nonché del ministero della Giustizia e di quello dell'Economia e delle Finanze) per violazione delle direttive comunitarie, che pure si riallaccia strettamente alla sentenza della Corte di Giustizia del luglio 2020 e alla procedura di preinfrazione chiusa negativamente dalla Commissione europea nel giugno 2016 sul caso *EU-Pilot*, 7779/15/EMPL, nei confronti dell'Italia, per dare questa volta fondamento a una condanna risarcitoria articolata secondo il modulo della famosa sentenza *Franconich*. In questa direzione il giudice sviluppa un percorso ricostruttivo molto articolato, giacché nella prima parte si diffonde nella ricognizione delle direttive europee che sarebbero state violate dallo Stato italiano con riferimento ai singoli diritti implicati (ferie, gravidanza e maternità, sicurezza, Tfr, tutela previdenziale), per poi differenziare il trattamento risarcitorio a seconda se riferibile al periodo antecedente all'entrata in vigore della riforma del 2017 (15.8.2017) ovvero a quello successivo. Infatti, secondo il Tribunale, il trattamento risarcitorio andrebbe escluso con riferimento a quegli istituti che sono stati regolati dalla riforma, nei limiti della loro operatività, mentre il diritto risarcitorio rimarrebbe integro, sia per quegli istituti non regolati affatto, sia per i soggetti che ne sono rimasti esclusi. L'impostazione prescelta è interessante per la completezza dell'indagine, e tuttavia non è affatto immune da profili problematici là dove investe le delicate questioni che attengono alle azioni risarcitorie proponibili nei confronti dei Governi nazionali per violazione del diritto europeo; questioni che sembrano essere state in gran parte tralasciate.

Altre sentenze restano eccentriche rispetto all'impostazione comunitaria, come quella sempre del Tribunale di Napoli del 7.10.2020 – giudice Lucantonio –, che, in accoglimento della domanda dei ricorrenti, condanna il ministero della Giustizia al risarcimento del danno in favore del ricorrente nella misura di 21 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, oltre interessi legali dalla data della pronuncia fino al saldo, cumulando così l'indennità prevista dall'art. 32, c. 5, l. n. 183/2010, per la reiterazione abusiva di contratti a termine nel settore pubblico, e l'indennità di cui all'art. 18, c. 3, l. n. 300/1970, e succ. mod., ove contempla la facoltà del dipendente reintegrato di optare per un trattamento indennitario pari a 15 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto (21).

(21) In termini, vd. pure la sentenza del Tribunale di Sassari, sempre di accoglimento, del 24.1.2020, che tuttavia è antecedente alla pronuncia della Corte di Giustizia.

7. — *Considerazioni conclusive* — Alla luce del dibattito sommariamente ricostruito, è evidente che la barriera motivazionale costruita nel tempo per bloccare rivendicazioni da parte dei giudici onorari, fondate su una denegata assimilazione delle funzioni giudiziarie esercitate a quelle dei giudici togati, è stata seriamente compromessa dalla recente sentenza della Corte europea che pone le basi per un approfondimento dell'intera materia su premesse teoriche ampiamente rigenerate. Tuttavia molti problemi restano aperti, in parte sollevati proprio dalla recente svolta giurisprudenziale, sia della Corte europea sia dei giudici nazionali. Innanzitutto perché i fautori delle tesi riduzionistiche, da tempo caldeggiate dalle Corti Supreme (Corte costituzionale, Cassazione nonché Consiglio di Stato), continuano a operare sotto traccia riproponendo in varie occasioni le argomentazioni originarie (22), incentrate, come più volte detto, sul carattere onorario e volontaristico della relativa attività e sulla netta differenza regolamentare della posizione dei giudici di pace rispetto ai giudici di carriera, a iniziare dalla obbligatorietà del concorso pubblico come prefigurato dal comma 1 dell'art. 106 della Costituzione soltanto con riferimento ai giudici professionali.

In secondo luogo perché la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia contiene elementi di ambiguità, in quanto, pur favorevole a includere i giudici onorari in un'ampia nozione di lavoratore ai sensi del diritto dell'Ue, lascia trasparire una certa disponibilità ad approfondire le obiezioni del Governo italiano, là dove segnalano consistenti differenze qualitative e quantitative nell'attività espletata dalle due distinte categorie di operatori giudiziari.

Restano inoltre delle aree totalmente inesplorate, tra cui quella assistenziale/previdenziale, che è anche la più importante e significativa per garantire adeguate condizioni di vita e di lavoro agli interessati, su cui anche i giudici più sensibili ad assecondare il percorso tracciato dalla Corte europea hanno ritenuto di doversi astenere (semmai con qualche espediente tecnico), nella consapevolezza della difficoltà di comporre un quadro regolatorio attendibile al di fuori di chiare indicazioni legislative e di un adeguato sistema di finanziamento (23).

(22) Vd. il recente parere espresso dall'Ufficio studi del Csm, innanzi citato, che riproduce ampiamente tutte le argomentazioni contrarie.

(23) Si ricorda che è stata vissuta come una beffa la disposizione contenuta nell'art. 2, c. 13, lett. l, l. 28.4.2016, n. 57 (recante la delega al Governo per la riforma organica della magistratura onoraria), là dove indica come principio direttivo quello di «individuare e regolare un regime previdenziale e assistenziale compatibile con la natura onoraria dell'incarico, senza oneri per la finanza pubblica, prevedendo l'acquisizione delle risorse necessarie mediante misure incidenti sull'indennità».

Sul piano poi delle politiche giudiziarie rimangono in piedi due indirizzi ricostruttivi, solo in parte convergenti. Quello favorevole a una assimilazione *tout court* della posizione dei giudici onorari a quella dei giudici togati, che sembra la posizione più accreditata a livello europeo, a partire dalla famosa sentenza *O'Brien*. Tale posizione ha, come naturale sbocco finale, l'integrazione degli istituti economici e normativi nell'ambito di una categoria sostanzialmente unitaria (con una qualche bipartizione interna), semmai correlata a una qualche operazione di «stabilizzazione» dei rapporti pendenti (non molto difforme da quella introdotta dopo la sentenza *Mascolo* con riferimento ai precari del settore scolastico, ovvero con riferimento ai lettori di madrelingua). Su un piano parzialmente diverso si pone invece quell'orientamento più moderato e compromissorio che, pur nella consapevolezza della similitudine di posizioni professionali tra le due categorie di giudici e della insopportabile discriminazione che contraddistingue lo *status* economico e normativo dei giudici onorari, è volto a recuperare la condizione tipica di lavoratore dipendente di tali soggetti, secondo una impostazione di stampo europeo, con tutto il corredo di diritti che vi sono intrinsecamente correlati nel nostro ordinamento giuridico; diritti che oltretutto assumono sempre più una dimensione trasversale e universalistica intrinsecamente conseguente a una concezione dilatata e funzionale di lavoratore.

A volere attenersi alla recente pronunzia della Corte europea verrebbe da pensare che la prima prospettiva sia allo stato vincente, eppure potrebbe rappresentare una prospettiva poco lungimirante, perché suscita maggiori resistenze di casta, oltre a numerose difficoltà applicative, che potrebbero alla lunga favorire un'ulteriore fase di stallo dell'intera vicenda.

È evidente che in questo quadro ancora molto sfaccettato la soluzione più produttiva è quella che rinvia alla necessità di un ulteriore intervento riformatore, che vada oltre l'impostazione riduttiva, e francamente mortificante, della riforma del 2016/2017, assai poco sensibile alla elaborazione della Corte di Giustizia europea e agli interventi degli stessi organi politici dell'Unione, che più volte hanno mostrato insofferenza per lo stato di emarginazione e di precarietà in cui si trovano a operare i giudici onorari nell'ordinamento italiano (24).

Tuttavia bisogna riconoscere che un intervento legislativo è tutt'altro che semplice, non solo per la contrapposizione spesso radicale delle posi-

(24) Occorre segnalare che nel corso dell'attuale legislatura sono all'esame del Senato una serie di proposte di legge di riforma della materia, tra cui il disegno di legge di iniziativa governativa n. 1438 (la Commissione giustizia ha proceduto nella seduta del 6.10.2020 all'adozione di un testo unificato predisposto dalle senatrici Valente ed Evangelista).

zioni ricostruttive a cui si è fatto cenno, e per una difesa a oltranza dei giudici togati del proprio *status* professionale, che ritengono debba rimanere esclusivo, ma anche per i difficili equilibri da costruire sul piano dei trattamenti economici e normativi in presenza di una platea di soggetti che ha una condizione fattuale e giuridica non del tutto uniforme, specie sotto il profilo della entità dell'impegno e dell'anzianità di servizio. Sotto questo profilo particolarmente delicata rimane la questione previdenziale e assicurativa, che presenta costi molto consistenti, anche perché un'eventuale riforma non potrebbe limitarsi a tutelare esclusivamente le figure professionali che verranno successivamente reclutate, ma deve tenere conto delle situazioni pendenti o *in fieri*, e persino in qualche modo di quelle che si sono ormai consolidate nel tempo da parte di coloro che sono pervenuti di recente a uno stato di quiescenza. Differenze di regolamentazione all'interno di una categoria unitaria sarebbero difficilmente tollerabili in termini di razionalità e di equità (25), aprendo così lo spazio a un rinnovato protagonismo della Corte costituzionale che nella vicenda in questione, e non solo, ha sempre preteso di avere l'ultima parola.

I

CORTE DI GIUSTIZIA, 16.7.2020, C-658/2018 – Avv. Gen. Kokott – U.X. c. Governo della Repubblica italiana.

Lavoro subordinato – Nozione di lavoratore – Art. 7, par. 1, Direttiva n. 2003/88 – Art. 31, par. 2, CdfUe – Giudice di pace – Condizioni – Verifica – Spetta al giudice del rinvio.

Contratto a termine – Nozione di lavoratore a tempo determinato – Direttiva n. 1999/70 – Accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato – Clausola 2 – Giudice di pace – Condizioni – Verifica – Spetta al giudice del rinvio.

(25) Si pensi per intendersi agli squilibri determinati dal d.lgs. n. 116/2017 che, proprio in materia di trattamento per il periodo feriale, ha contemplato un trattamento retributivo (vd. art. 23) spettante però soltanto a magistrati onorari che hanno preso servizio dopo l'entrata in vigore della riforma, cioè dopo il 16.8.2017, mentre per quelli in servizio al momento dell'entrata in vigore del decreto, e comunque fino al 16.8.2021, spettano, ai sensi dell'art. 31 del d.lgs. n. 116/2017, le indennità previste dal precedente regime a cottimo che, per i giudici di pace, è quello disciplinato dall'art. 11, l. n. 374/1991, che non prevede alcun compenso o indennizzo per il periodo feriale.

**Contratto a termine – Diritto a ferie annuali – Direttiva n. 1999/70 –
Accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determina-
to – Clausola 4 – Giudice di pace – Condizioni – Verifica – Spetta
al giudice del rinvio.**

L'art. 7, par. 1, della Direttiva n. 2003/88 concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, e l'art. 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea devono essere interpretati nel senso che un giudice di pace che, nell'ambito delle sue funzioni, svolge prestazioni reali ed effettive, che non sono né puramente marginali né accessorie, e per le quali percepisce indennità aventi carattere remunerativo, può rientrare nella nozione di «lavoratore», ai sensi di tali disposizioni, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare. (1)

La clausola 2, punto 1, dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso il 18.3.1999, che figura nell'allegato della Direttiva n. 1999/70, dev'essere interpretata nel senso che la nozione di «lavoratore a tempo determinato», contenuta in tale disposizione, può includere un giudice di pace, nominato per un periodo limitato, il quale, nell'ambito delle sue funzioni, svolge prestazioni reali ed effettive, che non sono né puramente marginali né accessorie, e per le quali percepisce indennità aventi carattere remunerativo, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare. (2)

La clausola 4, punto 1, dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso il 18.3.1999, che figura nell'allegato della Direttiva n. 1999/70, deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale che non prevede il diritto per un giudice di pace di beneficiare di ferie annuali retribuite di 30 giorni, come quello previsto per i magistrati ordinari, nell'ipotesi in cui tale giudice di pace rientri nella nozione di «lavoratore a tempo determinato», ai sensi della clausola 2, punto 1, di tale Accordo quadro, e in cui si trovi in una situazione comparabile a quella di un magistrato ordinario, a meno che tale differenza di trattamento sia giustificata dalle diverse qualifiche richieste e dalla natura delle mansioni di cui detti magistrati devono assumere la responsabilità, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare. (3)

II

CORTE COSTITUZIONALE, 18.11.2020, n. 267 – Pres. Coraggio, Est. Petitti – M.M. c. Presidenza del Consiglio dei ministri.

Lavoro pubblico – Art. 18, c. 1, d.l. n. 67/1997 – Rimborso spese patrocinio legale – Giudice di pace – Mancata previsione – Incostituzionalità.

È costituzionalmente illegittimo l'art. 18, c. 1, del d.l. 25.3.1997, n. 67 (Disposizioni urgenti per favorire l'occupazione), convertito con modificazioni dalla l. 23.5.1997, n. 135, nella parte in cui non prevede che il ministero della Giustizia rimborsi le spese di patrocinio legale al giudice di pace nelle ipotesi e alle condizioni stabilite dalla norma stessa. (4)

Riferimenti bibliografici

Longo G. (2020), *L'altra giustizia. La giurisdizione di pace*, Giappichelli, Torino.

Enrico Raimondi (*)

LE CONCILIAZIONI INDIVIDUALI DEL LAVORATORE NELLA GIURISPRUDENZA

SOMMARIO: 1. Le rinunce e le transazioni di cui all'art. 2113 c.c. — 2. I diritti futuri e il valore delle quietanze a saldo. — 3. L'interpretazione degli atti di rinuncia e di transazione — 4. Le conciliazioni sindacali. — 5. L'azione di annullamento e di nullità. — 6. I profili fiscali e previdenziali delle transazioni.

1. — *Le rinunce e le transazioni di cui all'art. 2113 c.c.* — Il tema delle rinunce e delle transazioni del lavoratore è, da sempre, al centro della riflessione della dottrina, per una molteplicità di ragioni che non è possibile indagare in questa sede (1). Nonostante si possa registrare, nella fase attuale, un ridimensionamento della normativa inderogabile nella disciplina del rapporto di lavoro individuale (2), l'art. 2113 c.c. continua certamente a rappresentare una norma «di chiusura» del diritto del lavoro. Questa disposizione, infatti, è finalizzata a garantire l'effettività dei diritti riconosciuti in favore dei lavoratori subordinati e degli altri prestatori d'opera connotati da debolezza contrattuale (3). L'obiettivo è perseguito attraverso la previsione dell'invalidità delle rinunce e delle transazioni sottoscritte dal lavoratore, se impugnate nel termine di decadenza imposto dalla legge (4). Nonostante la formulazione letterale del primo comma dell'art. 2113 c.c. (5), la dottrina e

(*) Avvocato in Chieti.

(1) Si rinvia, senza pretesa di esaustività, a: De Luca Tamajo 1976; Cester 1989, 984 ss.; *Id.* 2009; D'Antona 1991, 445 ss.; Tullini 2009; Novella 2010.

(2) Santoro Passarelli 2020, 101 ss.

(3) Come è noto, infatti, l'art. 2113 c.c. si applica anche ai rapporti di cui all'art. 409 c.p.c.

(4) Sulla congruità del termine semestrale, cfr. C. cost. 30.3.1977, n. 51, in *RGL*, 1977, II, 314 ss.

(5) «Le rinunzie e le transazioni, che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi concernenti i rapporti di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile, non sono valide».

la giurisprudenza assolutamente prevalenti sono concordi nel ritenere che rientrano nell'ambito di applicazione della disposizione tutti gli atti con cui il lavoratore dispone di un proprio diritto, che derivi da norme inderogabili di legge o di contratto collettivo (6).

L'invalidità prevista dalla norma è stata qualificata come un'ipotesi di annullabilità dell'atto. L'opinione maggioritaria, invece, ritiene che essa sia una invalidità di tipo speciale, che si aggiunge alle ordinarie azioni di annullamento e di nullità dei negozi giuridici (7). La facoltà di porre nel nulla gli atti dispositivi dei diritti eventualmente compiuti nel corso del rapporto di lavoro o in occasione della sua cessazione, quindi, rappresenta un rimedio speciale che presuppone lo stato di «incapacità relativa o mancanza di legittimazione al negozio» (8), derivante dalle asimmetrie informative connaturate alla posizione contrattuale del prestatore. Ciò spiega perché la legge ritiene valide le rinunce e le transazioni che avvengono nell'ambito di contesti nei quali, in ragione della presenza di un soggetto terzo, il lavoratore viene messo nella condizione di esercitare i propri diritti liberamente e, cioè, nella piena consapevolezza delle posizioni giuridiche di cui egli è titolare. In queste ipotesi, infatti, il lavoratore non potrà impugnare le proprie rinunce, se non nei limiti che saranno esaminati, rendendo a lui opponibile l'assetto di interessi realizzato in via negoziale dalle parti.

La centralità che la disposizione assume nel sistema giuridico del lavoro ha indotto la giurisprudenza, nel corso del tempo, a elaborare una serie di criteri e di principi per impedire che la funzione dell'art. 2113 c.c. potesse essere compromessa nella prassi applicativa. Allo stato, è possibile registrare indirizzi interpretativi consolidati sulle modalità con cui deve manifestarsi la volontà del lavoratore, sulle caratteristiche che gli atti di disposizione devono avere per essere qualificati e sull'attività che deve essere compiuta dai rappresentanti sindacali perché l'atto sottoscritto dal lavoratore diventi inoppugnabile.

Prima di esaminare gli orientamenti della giurisprudenza, tuttavia, è utile ricordare che non tutti i diritti di cui è titolare il lavoratore rientrano nell'ambito di applicazione di questa disciplina. Ai sensi dell'art. 2113 c.c., infatti, il lavoratore non può validamente disporre di diritti che derivano da quelle norme di legge e di contratto collettivo che costituiscono fonti eteronome del rapporto di lavoro. Esse, infatti, sono considerate, in quanto tali, indero-

(6) De Luca Tamajo 1976, 259; Novella 2010, 347.

(7) In tal senso, cfr. Novella (2018, 652), che riassume anche le diverse posizioni assunte dalla dottrina, anche processualistica.

(8) Giugni 1989, 64.

gabili, salvo una loro differente previsione (9). Questo significa che gli atti di disposizione di quei diritti attribuiti da una fonte connotata da derogabilità ovvero oggetto di specifica pattuizione individuale con il datore di lavoro sono da ritenere validi, salvo che non ricorra una delle ipotesi che ne consentano l'annullamento o la dichiarazione di nullità in base ai principi generali. Rientrano, ad esempio, in questa categoria la rinuncia o la transazione sui superminimi retributivi, sul diritto all'indennità risarcitoria dei dirigenti ovvero sul potere di impugnare il licenziamento (10).

Vi sono, tuttavia, alcuni diritti che, in ogni caso, non possono essere dimessi dal lavoratore, anche nelle forme di cui all'art. 2113 c.c., con conseguente nullità dei relativi atti. Si parla, a tal proposito, di indisponibilità assoluta del diritto ed essa viene ravvisata quando la legge attribuisce al lavoratore diritti fondamentali, riconosciuti dalla Costituzione o altre fonti sovranazionali. Si pensi, in proposito, al diritto alla salute, a quello alle ferie, espressamente qualificato come irrinunciabile od al versamento ai contributi previdenziali. In queste ipotesi, il lavoratore non potrà in alcun modo dismettere tali diritti, sebbene possa validamente disporre, alle condizioni e le modalità dell'art. 2113 c.c., del contenuto patrimoniale dei medesimi (11).

2. — *I diritti futuri e il valore delle quietanze a saldo* — Ogni atto di disposizione del diritto presuppone, logicamente, che la parte ne sia già titolare. Di conseguenza, il lavoratore può concludere atti di transazione ovvero rinunciare su diritti che sono già entrati nel suo patrimonio giuridico. Questo principio, che può dirsi pacifico, è stato ribadito da una recente sentenza della Corte di Cassazione (12). Anche in questa occasione, infatti, essa ha ricordato che «riguardo ai diritti già maturati, infatti, il negozio dispositivo integra una mera rinuncia o transazione, rispetto alla quale la dipendenza del diritto da norme inderogabili comporta appunto, in forza dell'art. 2113 cod. civ., l'eventuale mera annullabilità dell'atto di disposizione». Con riferimento, invece, ai «diritti ancora non sorti o maturati [...] la preventiva disposizione può comportare la nullità dell'atto, poiché esso è diretto a rego-

(9) Secondo Ciucciovino (2017, 1705-1706), «da natura inderogabile, non tanto delle norme legali, quanto delle clausole collettive, laddove manchi (come accade di frequente) una esplicita indicazione in tal senso, è compito non sempre agevole che comunque va risolto attraverso l'interpretazione della singola disposizione, avendo riguardo alla natura dell'interesse che essa intende tutelare e all'intensità di tale tutela».

(10) In tal senso: T. Roma 11.11.2020, n. 5885; T. Modena 2.4.2019, n. 53; Cass. 18.3.2014, n. 6265, tutte reperibili in *DeJure*.

(11) In proposito, cfr. Borghesi 2009.

(12) Cass. 30.9.2020, n. 20913, in *DeJure*.

lamentare gli effetti del rapporto di lavoro in maniera diversa da quella fissata dalle norme di legge o di contratto collettivo» (13). La nullità dell'atto dispositivo di diritti futuri deriva dall'applicazione dell'art. 1418, secondo comma, c.c., per la ragione che un accordo conciliativo con cui il lavoratore rinunci a diritti di cui egli non è ancora titolare si traduce in un negozio privo di oggetto. Se, invece, la rinuncia avvenga, ad esempio, già all'atto dell'assunzione, essa deve essere ritenuta radicalmente nulla, dal momento che incide sulla regolamentazione del rapporto di lavoro (14). Di conseguenza, la nullità di tali rinunce non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 2113 c.c., che «concerne i diritti maturati, concreti e individuati dal rinunciante» (15), e la relativa azione non soggiace al termine semestrale previsto dalla norma.

Non si applica il regime in esame neppure alle cd. quietanze a saldo, che sono dichiarazioni sottoscritte dal lavoratore, solitamente al momento di cessazione del rapporto di lavoro, con le quali egli afferma di non aver più nulla a che pretendere, in quanto integralmente soddisfatto dal pagamento avvenuto. A parte il caso in cui tali dichiarazioni possono essere ritenute nulle (16), esse, per consolidata giurisprudenza, «costituiscono mere dichiarazioni di scienza, non equiparabili a rinuncia o transazione, fatta salva la prova che il dipendente abbia voluto con la quietanza abdicare a specifici diritti puntualmente indicati» (17). In particolare, «ove la dichiarazione di rinuncia a maggiori somme sia riferita, in termini generici, a titoli di pretese in astratto ipotizzabili in relazione alla prestazione di lavoro subordinato e alla conclusione del relativo rapporto, essa può assumere valore di rinuncia alla condizione che risulti accertato, sulla base dell'interpretazione del do-

(13) Cass. 30.9.2020, n. 20913, cit. Ad esempio, è stato ritenuto oggetto di rinuncia a un diritto futuro, con conseguente nullità del relativo atto, quello alla liquidazione al Tfr, che, «nonostante l'avvenuto accantonamento delle somme, non può ritenersi entrato nel patrimonio del lavoratore prima della cessazione del rapporto» (Cass. 28.5.2019, n. 14510, in *MGC*, 2019).

(14) T. Reggio Calabria 29.1.2001, in *DeJure*, che ha ritenuto nulla la rinuncia al trasferimento per assistenza a persona con handicap.

(15) Cass. 15.2.1988, n. 1622; Cass. 13.3.1992, n. 3093; Cass. 14.12.1998, n. 12548, tutte reperibili in *DeJure*.

(16) Cass. 27.5.2011, n. 11767, in *MGC*, 2011, n. 5, 819 ss., ha sostenuto che «non è ravvisabile una volontà negoziale nella dichiarazione, sottoscritta dal lavoratore ma predisposta dal datore di lavoro in occasione della corresponsione del Tfr, di rinuncia a diritti, quando essa sia accompagnata dall'espressione "con riserva"; infatti, l'indeterminatezza del contenuto rende nulla la complessiva dichiarazione ai sensi dell'art. 1346 e del comma 2 dell'art. 1418 c.c.».

(17) T. Roma 17.7.2020, n. 4649, in *DeJure*.

cumento o per il concorso di altre circostanze desumibili *aliunde*, che essa è stata rilasciata con la consapevolezza di diritti determinati od obiettivamente determinabili e con il cosciente intento di abdicarvi» (18).

3. — *L'interpretazione degli atti di rinuncia e di transazione* — L'interpretazione degli atti di rinuncia e di transazione assume, pertanto, un rilievo centrale, perché il compito attribuito al giudice, in caso sorgano contestazioni sulla portata degli atti compiuti dal lavoratore, è quello di accertare la cosciente volontà del lavoratore di abdicare o di disporre dei propri diritti. La giurisprudenza di legittimità, nel corso del tempo, ha delineato qual è l'attività che deve essere compiuta dal giudice del merito. L'indagine trova il proprio punto di partenza nel testo dell'accordo, ma non può limitarsi a esso. Questo principio è stato ribadito, di recente, all'esito di una controversia promossa dagli eredi di un lavoratore deceduto per esposizione all'amianto, che hanno rivendicato il diritto al risarcimento del danno *iure hereditatis*. La società convenuta, nel resistere alla domanda, aveva sostenuto, tra le altre cose, l'inammissibilità della domanda avanzata perché il lavoratore, che poi sarebbe deceduto, aveva sottoscritto, al momento della cessazione del rapporto di lavoro, un verbale di conciliazione, mediante il quale aveva rinunciato «a ogni diritto o azione inerente, connesso e/o derivante dall'intercorso rapporto di lavoro, in forza, dunque, di una transazione avente carattere novativo, non impugnata nemmeno nel termine di decadenza di sei mesi». Questa tesi è stata disattesa per due motivi. Il diritto al risarcimento del danno, infatti, non era ancora sorto al momento della sottoscrizione della transazione. Di conseguenza, il lavoratore non avrebbe potuto transigere su un diritto non ancora esistente e, peraltro, soltanto eventuale. Inoltre, l'accordo conciliativo è stato ritenuto eccessivamente generico, dal quale non poter desumere alcuna effettiva volontà abdicativa. In quest'occasione, infatti, la Corte ha ribadito che «una dichiarazione di rinuncia riferita in termini generici a una serie di titoli e di pretese in astratto ipotizzabili in relazione alla prestazione di lavoro subordinato e alla conclusione del relativo rapporto può assumere valore di rinuncia o di transazione alla condizione che risulti accertato, sulla base dell'interpretazione del documento o per il concorso di altre specifiche circostanze desumibili *aliunde*, che essa sia stata rilasciata con la consapevolezza di diritti determinati od obiettivamente determinabili e con il consapevole intento di abdicarvi o di transigere sui medesimi, posto che enunciazioni di tal genere sono assimilabili alle clausole di stile e non so-

(18) Cass. 14.12.2009, n. 26165, in *DeL*, 2010, n. 1, 137 ss.

no sufficienti di per sé a comprovare l'effettiva sussistenza di una volontà dispositiva dell'interessato» (19).

Questo stesso principio era già stato sostenuto con una sentenza di poco precedente a quella appena richiamata. In quest'altro caso, la società aveva opposto a un lavoratore, che aveva rivendicato il pagamento della retribuzione, un atto transattivo mediante il quale quegli aveva rinunciato, «per dedizione alla società», alle somme maturate fino a un certo periodo. La Corte, tuttavia, ha ricordato che l'oggetto della transazione deve essere identificato «non in relazione alle espressioni letterali usate dalle parti, bensì in rapporto all'oggettiva situazione di contrasto con le parti stesse che hanno iniziato a comporre attraverso reciproche concessioni in relazione alle posizioni assunte dalle stesse non solo nella lite in atto ma anche in vista di una controversia che possa insorgere tra loro e che esse intendono prevenire». Al tal fine, «il giudice di merito, al fine di indagare sulla portata e sul contenuto transattivo di una scrittura negoziale, può attingere a ogni elemento idoneo a chiarire i termini dell'accordo, ancorché non richiamati nel documento, senza che ciò comporti violazione del principio in base al quale la transazione deve essere provata per iscritto» (20). L'analisi, pertanto, va condotta prima sul testo dell'accordo o della dichiarazione rilasciata dal lavoratore e, successivamente, sulle circostanze, anche non desumibili direttamente da quanto sottoscritto dalle parti, che le hanno indotte ad addivenire a una transazione. Questa indagine, in realtà, è necessaria soprattutto con riferimento alle transazioni. In questo caso, infatti, l'accordo deve contenere «lo scambio di reciproche concessioni, sicché, ove manchi l'elemento dell'*aliquid datum, aliquid rententum*, essenziale a integrare lo schema della transazione, questa non è configurabile» (21). Questi elementi devono essere presenti anche quando essa avvenga in sede protetta, dal momento che, altrimenti, si è in «presenza di una mera quietanza, *recte* dichiarazione di scienza» (22). In coerenza alla finalità della disposizione, in caso di contestazione dell'accordo raggiunto dalle parti, il giudice ha il compito di accertare l'effettiva «consapevolezza di diritti determinati ovvero obiettivamente determinabili» e «il cosciente intento di abdicarvi o di transigere sui medesimi» (23). Per tale motivo, l'interprete non può limitar-

(19) Cass. 14.1.2021, n. 558, in *DeJure*.

(20) Cass. 23.10.2020, n. 23385, reperibile in *DeJure*.

(21) Cass. 23.10.2020, n. 23385, cit.; Cass. 7.11.2018, n. 28448, in *D&G online*, 8 novembre 2018; Cass. 4.10.2007, n. 20780, in *NGL*, 2008, n. 1, 52 ss.

(22) Cass. 7.11.2018, n. 28448, in *DeJure*.

(23) Cass. 23.10.2020, n. 23385, cit.

si all'espressione letterale utilizzata dalle parti, ma «può attingere a ogni elemento idoneo a chiarire i termini dell'accordo, ancorché non richiamati nel documento». Questa indagine, di tipo extratestuale, si rende necessaria perché gli atti di disposizione del lavoratore devono essere giustificati da una oggettiva situazione di contrasto con il datore di lavoro e, quindi, dalla volontà di porre fine o di prevenire una lite, attraverso reciproche concessioni. Il giudice, inoltre, deve verificare, attraverso una indagine complessiva e a prescindere dal contenuto della conciliazione, se il lavoratore fosse effettivamente consapevole di essere titolare proprio di quei diritti che egli abbia voluto porre alla base della transazione con il datore di lavoro.

Questo esito è coerente con le regole di interpretazione dei contratti di cui all'art. 1362 c.c., che, anche nel caso delle transazioni, impone di estendere l'indagine sulla comune intenzione delle parti «ai criteri logici, teleologici e sistematici anche laddove il testo dell'accordo sia chiaro ma incoerente con indici esterni rivelatori di una diversa volontà dei contraenti» (24). Ciò non vuol dire svalutare completamente il tenore letterale dell'accordo. L'indagine del comportamento delle parti, richiesta dal secondo comma dell'art. 1362 c.c., che va condotta unitamente all'esame complessivo delle clausole contrattuali ai sensi dell'art. 1363 c.c., è finalizzata a consentire al giudice di merito di verificare l'effettiva esistenza di una situazione di contrasto tale da giustificare una transazione e la volontà del lavoratore di porre fine alla stessa mediante reciproche concessioni.

4. — *Le conciliazioni sindacali* — Il lavoratore non può impugnare le rinunce e le transazioni effettuate nell'ambito di una conciliazione dinanzi al giudice o dinanzi alla commissione di conciliazione istituita presso l'Ispettorato territoriale del lavoro competente per territorio ovvero con le altre modalità di conciliazione e arbitrato previste dalla contrattazione collettiva. A tale ipotesi, cui rinvia l'ultimo comma dell'art. 2113 c.c., deve aggiungersi la conciliazione dinanzi a una commissione di certificazione, ai sensi dell'art. 82, d.lgs. n. 273 del 2003, e quella monocratica dinanzi all'Ispettorato del lavoro, ai sensi dell'art. 11, d.lgs. n. 124 del 2008. Nei casi di conciliazione giudiziale o amministrativa, l'ordinamento attribuisce a organi terzi, imparziali e tecnicamente qualificati, il compito di consentire al lavoratore di manifestare la propria volontà dopo aver contribuito a chiarire alla parte debole del rapporto i presupposti di fatto di una eventuale conciliazione e le conseguenze giuridiche che da essa derivano. In questi casi, in sostanza, giudici e commissioni di conciliazione o di certificazione sono investiti di

(24) Cass. 11.8.2020, n. 16875, in *DeJure*.

un *munus publico* e si presume che essi esercitino la loro funzione con comportamenti coerenti alla finalità dell'art. 2113 c.c.

Tuttavia, ciò non esclude che anche i verbali di conciliazione sottoscritti in questi ambiti possano essere ritenuti nulli o annullabili (25). In proposito, la Corte di Cassazione ha, recentemente, deciso una controversia in cui un verbale di conciliazione sottoscritto dinanzi al magistrato è stato ritenuto nullo. Il caso che ha dato origine alla sentenza è quello di un dipendente pubblico che aveva rivendicato il suo diritto all'inquadramento superiore e, nel corso del giudizio, aveva sottoscritto, dinanzi al giudice, una transazione con l'ente datore di lavoro, mediante la quale il Comune aveva provveduto ad assegnare al dipendente l'inquadramento superiore rivendicato. A distanza di tempo, in via di autotutela, l'ente locale ha avviato il giudizio per ottenere l'annullamento della transazione originariamente intervenuta con il lavoratore. Secondo la prospettazione del Comune, infatti, l'accordo avrebbe dovuto ritenersi nullo, perché l'attribuzione di un livello di inquadramento superiore nel pubblico impiego è avvenuto in violazione delle norme imperative sulle modalità di reclutamento del personale. In proposito, la Corte ha ritenuto che la transazione giudiziaria «è sottratta, in quanto perfezionatasi in giudizio, al regime della impugnabilità di cui all'art. 2113 cod. civ. [...], mentre rimangono esperibili le normali azioni di nullità e di annullamento dei contratti, rispetto alle quali il giudice (limitato al rispetto delle formalità di cui all'art. 88 disp. att. c.p.c.) non può esplicare alcuna efficacia sanante od impeditiva». La decisione, inoltre, ha precisato che «gli effetti attribuiti al verbale di conciliazione giudiziale non possono, del resto, 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 azioni di nullità» (26).

La maggior parte delle decisioni, tuttavia, riguarda le caratteristiche che deve assumere l'attività di assistenza in sede sindacale. In questo caso, infatti, «il conciliatore sindacale non è un pubblico ufficiale ma un semplice terzo che, in sede sindacale e nel momento in cui le parti addivengono a un determinato assetto di interessi, garantisce con la sua presenza l'assenza di uno stato di inferiorità o soggezione tra lavoratore e datore di lavoro che giustifica la previsione di cui all'art. 2113, c. 4, cod. proc. civ.» (27). Ecco

(25) In proposito, cfr. Barraco *et al.* 2019, 2661 ss.

(26) Cass. 30.9.2020, n. 20913, cit. Sempre in materia di nullità per violazione di norme imperative sulle modalità di reclutamento del personale alle dipendenze della pubblica amministrazione, cfr. Cass. 13.1.2021, n. 440, in *DeJure*.

(27) Cass. 6.5.2016, n. 9255, in *DeJure*.

perché la giurisprudenza richiede che l'attività del conciliatore deve essere «reale ed effettiva [...] così da porre il lavoratore in condizione di sapere a quale diritto rinunci e in quale misura, nonché, nel caso di transazione, a condizione che dall'atto stesso si evinca la questione controversa oggetto della lite e le reciproche concessioni in cui si risolve il contratto transattivo ai sensi dell'art. 1965 cod. civ.» (28). Sotto questo profilo, una recente sentenza della Corte di Cassazione individua alcuni possibili casi in cui è riscontrabile l'assenza di effettività dell'assistenza da parte del sindacato. A opinione condivisibile della Corte, nel ribadire quanto già espresso in precedenti occasioni, non è possibile, ad esempio, che il sindacalista si limiti a presenziare, dare lettura del verbale o attendere la lettura da parte dei lavoratori (29). Inoltre, non è sufficiente che egli spieghi che, a seguito della sottoscrizione dell'accordo, non sarebbe più stato possibile sollevare contestazioni. In particolare, è necessario che il dipendente sia informato della «sua specifica situazione» e che sia messo nelle condizioni di comprendere «la portata della decisione di aderire alla conciliazione sul piano dei costi/benefici». A tal fine, l'assistenza deve consistere nella rappresentazione esatta delle conseguenze giuridiche derivanti dalla sottoscrizione del verbale di conciliazione. In sostanza, il sindacalista deve rappresentare al lavoratore tutti gli elementi necessari per consentire un suo consapevole consenso, anche se sia assistito da un avvocato di fiducia o da un consulente del lavoro (30). La «tutela del consapevole consenso» (31) del lavoratore, «per ripristinare una sua reale parità con l'impresa», quindi, è un compito attribuito esclusivamente al rappresentante sindacale designato dal dipendente. L'assistenza sindacale, in definitiva, più che essere finalizzata a far «venire meno la posizione di soggezione del lavoratore subordinato nei confronti del datore» (32), deve consentire «al lavoratore di sapere a quale diritto rinuncia e in che misura, e, nel caso di transazione, è valida, comunque, a condizione che dall'atto si evinca la “*res dubia*” oggetto della lite (in atto o potenziale) e le reciproche concessioni in cui si risolve il contratto transattivo» (33). In coerenza con queste premesse, inoltre, è necessario che il

(28) Cass. 8.5.2019, n. 4354, in *DeJure*. Il medesimo principio è stato ribadito da Cass. 23.10.2013, n. 24024.

(29) Cass. 1.4.2019, n. 9006; Cass. 23.10.2013, n. 24024; più di recente, T. Roma 8.5.2019, n. 4354; T. Bari 28.8.2019, n. 3154, tutte reperibili in *DeJure*.

(30) Cass. 23.10.2013, n. 24024, cit.

(31) Cass. 13.11.1997, n. 11248, in *RIDL*, 1998, n. 1, II, 392 ss. con nota di Gragnoli.

(32) T. Messina 18.9.2019, n. 1132, in *DeJure*.

(33) T. Milano 30.10.2019, n. 138; T. Bari 28.8.2019, n. 3154, in *DeJure*.

rappresentante sindacale appartenga all'associazione sindacale a cui abbia aderito il lavoratore. In questo caso, infatti, si presume la «non coartazione della libera volontà del lavoratore». Se, infatti, l'iniziativa della conciliazione è assunta da altri e, in particolar modo, dal datore di lavoro, tale presunzione non opera, così come nel caso in cui l'impulso all'assistenza sindacale non derivi dal lavoratore (34).

Non può essere sottaciuto che, di recente, la giurisprudenza di merito, in ragione di una interpretazione letterale dell'art. 412-ter c.p.c., ha affermato che le transazioni in sede sindacale non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 2113 c.c. se non avvengono «presso le sedi e con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative» (35). La decisione, che pare non essere più isolata, ha destato molte perplessità, oltre che il timore che il principio lì sostenuto possa «depotenziare completamente uno strumento che ha consentito alle parti del contratto di definire, in tempi rapidi e con un sufficiente grado di tutela del contraente debole, situazioni assai conflittuali, assicurando la certezza dei rapporti giuridici» (36). Non si può nascondere, infatti, che moltissimi contratti collettivi non contengono clausole specifiche che dettano le sedi e le modalità con cui possono essere effettuate le conciliazioni sindacali ovvero prevedono procedure molto complesse che, nella prassi, non sono osservate. Se si affermasse, pertanto, l'orientamento inaugurato dalla giurisprudenza di merito appena richiamata si correrebbe il rischio di invalidare moltissimi verbali di conciliazione, che si porrebbero fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 2113 c.c. Il rischio è concreto. La posizione assunta da questa parte della giurisprudenza di merito è coerente con l'interpretazione letterale dell'art. 412-ter c.p.c. (37) e potrebbe, pertanto, consolidarsi nel tempo. Tuttavia, le considerazioni che sono state fino a ora svolte sul ruolo e sulla funzione del rappresentante sindacale nell'attività conciliativa consentono di sostenere una diversa soluzione ermeneutica. Il dato letterale della disposizione, infatti, deve tenere necessariamente in considerazione l'intenzione del legislatore, che può essere ricostruita in ragione di una lettura sistematica delle disposizioni che attribuiscono poteri

(34) Cass. 26.1.1995, n. 908; Cass. 3.4.2002, n. 4730, in *RIDL*, 2003, n. 2, II, 178 ss., con nota di Pardini.

(35) T. Roma 25.6.2019, n. 6268, in *DeJure*; T. Roma 8.5.2019, n. 4354, in *ADL*, II, 2019, 1320 ss., con nota di Mostarda. Sulla sentenza appena richiamata, cfr. anche Persiani 2019 e Speciale 2020.

(36) Speciale (2020, 31), a cui si rinvia per la condivisibile interpretazione teleologica dell'art. 412-ter c.p.c.

(37) Di diverso avviso è, in particolare, Persiani 2019, 1067.

conciliativi a organi in cui è presente la rappresentanza sindacale anche in assenza di specifiche previsioni della contrattazione collettiva (38). Dai dati normativi esistenti, quindi, è possibile concludere che le conciliazioni in sede sindacale siano valide anche in assenza di previsioni espresse sulle «sedi» e le «modalità» previste dalla contrattazione collettiva. Ciò che è essenziale, tuttavia, è che il lavoratore conferisca espresso mandato a un esponente di un'associazione sindacale rappresentativa e che, come visto, l'assistenza prestata sia effettiva, tale cioè da consentire al lavoratore di comprendere e conoscere quali sono i diritti di cui egli si accinge a disporre. Questa conclusione, invero, è confermata anche da altri dati normativi. L'art. 410, terzo comma, c.p.c., infatti, prevede che il processo verbale di conciliazione in sede sindacale può acquisire l'efficacia di titolo esecutivo una volta depositato presso l'Ispettorato del lavoro, che ne accerta l'autenticità e lo trasmette alla cancelleria del Tribunale competente. In proposito, l'Ispettorato ha interpretato l'art. 412-ter c.p.c. affermando che «la norma consente la previsione in sede contrattuale di una specifica procedura di conciliazione [...] esclusivamente alle associazioni sindacali dotate del requisito della maggiore rappresentatività». Di conseguenza, «si rende necessaria la verifica dell'effettiva sottoscrizione da parte dell'associazione sindacale del contratto collettivo della categoria in esame nonché la verifica del grado di rappresentatività del soggetto sindacale che [...] pur non potendosi concretare in un mero riscontro formale del rispetto delle procedure previste, potrà essere tuttavia effettuata mediante l'apposizione sul verbale di un'espressa dichiarazione del soggetto sindacale di conformità al requisito di cui all'art. 412-ter c.p.c.» (39). In definitiva, anche alla luce della prassi amministrativa, l'elemento che deve sussistere affinché il verbale di conciliazione produca gli effetti di cui all'art. 2113 c.c. è che il rappresentante sindacale sia parte di un'associazione rappresentativa sul piano nazionale e che egli abbia prestato effettiva assistenza in favore del lavoratore che lo abbia designato a svolgere la funzione di conciliatore.

5. — *L'azione di annullamento e di nullità* — I verbali di conciliazione, anche se sottoscritti in sede protetta, possono essere impugnati con le ordinarie azioni di nullità o di annullamento in base alla disciplina comune dei contratti (40), sia che essi siano stati sottoscritti di fronte al giudice o alle

(38) Così come suggerito da Speziale 2020, 30-31.

(39) Ispettorato del lavoro, nota 17 maggio 2018, n. 163.

(40) Di recente, T. Cosenza 11.9.2019, n. 1475, in *DeJure*.

commissioni di conciliazione o certificazione sia in sede sindacale (41). La Corte, infatti, ha ricordato che «l'inoppugnabilità prevista dall'art. 2113, ultimo comma, c.c., non si riferisce alle azioni generali di nullità e di annullabilità dell'atto, perché rispetto a tali azioni l'intervento dell'Ufficio provinciale del lavoro (ora Itl) non può esplicare alcuna efficacia sanante» (42). Di conseguenza, anche se effettuate nell'ambito di sedi protette, dovranno ritenersi affetti da nullità, la cui azione non è assoggettata a termini di prescrizione, quegli accordi mediante i quali il lavoratore e il datore pattuiscono l'esonero di quest'ultimo al versamento dei contributi previdenziali (43), la rinuncia del lavoratore al risarcimento del danno da omissione contributiva prima della maturazione del diritto a pensione (44) e, in generale, come visto, a diritti futuri, come, ad esempio, il diritto al pagamento della retribuzione per prestazioni non ancora eseguite (45). Di recente, con riferimento ai verbali di conciliazione sottoscritti dinanzi al giudice, la Corte ha affermato che «l'intervento del giudice (limitato al rispetto delle formalità di cui all'art. 88 disp. att. cod. proc. civ.) non può esplicare alcuna efficacia sanante o impeditiva» e che «gli effetti attribuiti al verbale di conciliazione non possono, del resto, 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» (46).

Nei limiti della prescrizione quinquennale della relativa azione, i verbali di conciliazione possono essere anche annullati, qualora una delle due parti dimostri in giudizio che essi sono stati sottoscritti in presenza di uno dei vizi del consenso di cui agli artt. 1427 ss. c.c., oltre che per incapacità naturale o legale (47).

In realtà, le ipotesi che si riscontrano nella prassi giudiziaria sono riconducibili alle richieste di annullamento per minaccia ovvero per dolo. In un caso relativamente recente, la Corte di Cassazione ha deciso una controversia instaurata da un agente di commercio, che aveva chiesto l'annullamento di un verbale di conciliazione per una serie di ragioni, tra cui il fatto che la società aveva esercitato una violenza morale per indurlo a sottoscriverlo. La Corte, nel rigettare questo motivo di ricorso, ha ricordato che

(41) Cass. 26.7.2002, n. 11107, in *RIDL*, 1999, n. 3, II, 439 ss., con nota di Marra.

(42) Cass. 13.10.2017, n. 24216, in *RIDL*, 2018, n. 2, II, 332 ss., con nota di Rosin. Cfr. Pallini 2009, 435 ss.

(43) Cass. 13.3.2009, n. 6221, in *MGC*, 2009, n. 3, 455 ss.

(44) Cass. 25.10.2014, n. 20686, in *RGL*, 2005, n. 4, II, 357 ss., con nota di Ronconi.

(45) Cass. 13.7.1998, n. 6857, in *DeJure*.

(46) Cass. 30.9.2020, n. 20913, cit.

(47) In proposito, cfr. T. Cosenza 11.9.2019, n. 1475, cit.

la violenza morale può variamente atteggiarsi, «a seconda che la coazione si eserciti in modo esplicito, manifesto e diretto, o, viceversa, mediante un comportamento intimidatorio, oggettivamente ingiusto, e anche a opera di un terzo». Tuttavia, l'«elemento indefettibile rimane quello che la minaccia sia stata specificamente diretta al fine di estorcere la dichiarazione negoziale della quale si deduce l'annullabilità e risulti di tale natura da incidere, con efficacia causale concreta, sulla libertà di autodeterminazione dell'autore di essa» (48). Nel caso sottoposto alla sua cognizione, tuttavia, il lavoratore non aveva indicato elementi che potessero rendere plausibile l'indebita compressione della sua volontà negoziale, che sarebbe stata determinata dalla minaccia della società di recedere dal rapporto.

In altra occasione, la Cassazione ha dovuto valutare la domanda di annullamento di un verbale sottoscritto in sede sindacale per vizio del consenso derivante da dolo del datore di lavoro. In particolare, la società avrebbe indotto il lavoratore a sottoscrivere il verbale di conciliazione con cui egli accettava espressamente il licenziamento intimato all'esito di una procedura di licenziamento collettivo inducendolo a credere che la sua posizione lavorativa rientrasse tra quelle effettivamente soppresse. In sostanza, la società avrebbe tratto in inganno il lavoratore sulla legittimità della sua inclusione tra le posizioni eccedentarie, dal momento che non aveva riferito che, in realtà, aveva proceduto ad assumere un nuovo dipendente per la medesima posizione. La Corte, nell'accogliere il motivo di ricorso per cassazione, ha ricordato che il dolo, quale vizio del consenso, consiste nel raggirio del lavoratore realizzato anche con il «silenzio, serbato su circostanze rilevanti ai fini della valutazione delle reciproche prestazioni da parte di colui che abbia il dovere di farle conoscere» (49) e che, nel caso di specie, il giudice di merito non aveva considerato come «anche una condotta di silenzio malizioso sia idonea a integrare raggirio».

6. — *I profili fiscali e previdenziali delle transazioni* — Un'ulteriore questione, che può essere soltanto accennata, attiene al trattamento fiscale e previdenziale delle somme erogate al lavoratore per effetto di una transazione intervenuta con il datore di lavoro. La materia di riferimento, per quanto attiene al prelievo fiscale, è contenuta, come è noto, nel Testo Unico delle imposte sui redditi, il cui art. 51 dispone che il reddito da lavoro dipendente è «costituito da tutte le somme e i valori in genere, a qualunque titolo percepiti nel periodo di imposta, anche sotto forma di erogazioni liberali,

(48) Cass. 1.4.2019, n. 9006, cit.

(49) Cass. 30.3.2017, n. 8260, in *DeJure*.

in relazione al rapporto di lavoro». Inoltre, sono ritenuti parte del reddito da lavoro dipendente le somme e i valori, comunque percepiti, a seguito di transazioni, anche novative, intervenute in costanza di rapporto di lavoro o dalla cessazione dello stesso. Vi sono, tuttavia, ipotesi in cui il dipendente riceve somme che non contribuiscono a determinare l'Irpef dovuta nell'anno e che sono, quindi, assoggettate al regime della tassazione separata, in base alla previsione di cui all'art. 17 del Testo Unico. Il riferimento è al Tfr, alla retribuzione arretrata e non corrisposta, all'indennità per la cessazione dei rapporti di collaborazione e agenzia e a quegli importi dovuti a seguito di provvedimenti normativi o giurisdizionali o, comunque, indipendenti dalla volontà delle parti. In ragione della previsione contenuta nell'art. 6 del Testo Unico, inoltre, le somme percepite a titolo di risarcimento del danno emergente non sono soggette a tassazione, a differenza di quelle erogate per risarcire il lucro cessante. Non sono tassabili, quindi, quegli importi che vengono riconosciuti a favore del lavoratore a titolo di risarcimento del danno alla salute, alla professionalità e, in generale, quello non patrimoniale (50). Per effetto del d.lgs. n. 314 del 1997, inoltre, la nozione di reddito imponibile da lavoro dipendente deve essere presa come riferimento anche per la determinazione dei contributi previdenziali dovuti. Dall'imponibile contributivo, in ragione dell'art. 6 del d.lgs. n. 314 del 1997, sono escluse le somme corrisposte a titolo di Tfr, in occasione della cessazione del rapporto di lavoro, come l'incentivo all'esodo, e le indennità erogate a titolo di risarcimento del danno, interessi e rivalutazione monetaria (51).

I differenti regimi di tassazione e di contribuzione delle somme erogate al lavoratore possono indurre le parti a individuare, in sede transattiva, titoli di imputazione di pagamento delle somme da erogare al lavoratore che consentano di realizzare un minor costo fiscale e contributivo. Non è raro, infatti, prevedere il pagamento di una somma a titolo di transazione novativa ovvero a titolo risarcitorio, proprio per evitare la tassabilità degli importi (52). La tentazione di eludere precisi obblighi tributari o previdenziali emerge dalla giurisprudenza, che, nel corso del tempo, ha individuato alcuni principi che si traducono in precisi limiti all'autonomia privata. In particolare, la transazione sottoscritta dalle parti non può incidere sugli obblighi

(50) Di recente, Cass. 3.2.2021, n. 2472, ha qualificato il pregiudizio alla professionalità come danno emergente, con la conseguente esclusione delle somme erogate a tale titolo dal reddito soggetto a tassazione.

(51) La medesima previsione era contenuta nell'art. 12 della legge n. 153 del 1969. Le ipotesi di esclusione dall'imponibile contributivo sono tassative. In proposito, cfr. C. App. Roma 12.10.2020, n. 2028, in *DeJure*.

(52) In proposito, per gli aspetti di profili tributario, cfr. Mastroiacovo 2002, 435 ss.

contributivi del datore di lavoro e, quindi, sul rapporto giuridico previdenziale instaurato con l'Istituto di previdenza. Ciò vuol dire che, ad esempio, se il lavoratore, in sede transattiva, rinunci in tutto o in parte alle differenze retributive rivendicate, tale atto di disposizione non determina alcun effetto sull'obbligo contributivo del datore di lavoro. La Cassazione, infatti, ritiene che, «rimanendo l'obbligazione contributiva insensibile agli effetti della transazione, l'Inps può azionare il credito contributivo provando – con qualsiasi mezzo e anche in via presuntiva, dallo stesso contratto di transazione e dal contesto dei fatti in cui è inserito – quali siano le somme assoggettabili a contribuzione spettanti al lavoratore» (53). In sostanza, «in materia di obbligo contributivo del datore di lavoro, la transazione intervenuta tra questi e il lavoratore è inopponibile all'istituto previdenziale, in quanto la retribuzione imponibile di cui all'art. 12 della legge 30 aprile 1969, n. 153, deve intendersi come tutto ciò che il lavoratore ha diritto di ricevere dal datore di lavoro, poiché il rapporto assicurativo e l'obbligo contributivo a esso connesso sorgono con l'instaurazione del rapporto di lavoro ma sono del tutto autonomi e distinti, sussistendo l'obbligo del datore di lavoro nei confronti dell'Istituto previdenziale indipendentemente dal fatto che gli obblighi retributivi siano adempiuti, in tutto o in parte, o che il lavoratore abbia rinunciato ai propri diritti» (54).

In verità, questo orientamento della giurisprudenza presuppone che tra le parti sia intervenuta una transazione semplice, nell'ambito della quale il datore di lavoro riconosca parzialmente la pretesa del lavoratore o in cui questi rinunci alla propria. A differenti conclusioni, quindi, si dovrebbe pervenire in caso di transazione novativa, in virtù della quale le somme percepite dal lavoratore trovano la loro fonte non nel rapporto di lavoro, ma nella volontà delle parti di porre fine a una lite, potenziale o in atto. In questa ipotesi, pertanto, non sarebbero dovuti i contributi previdenziali, così come sostenuto, in più di un'occasione, dalla stessa Corte di Cassazione (55), che è tornata ad affermare un principio che sembrava ormai essere stato abbandonato (56). In realtà, questo esito interpretativo è discutibile. La transazione novativa, infatti, ai sensi dell'art. 1965, secondo comma,

(53) Cass. 28.7.2009, n. 17495, in *MGC*, 2009, n. 7-8, 1146 ss.; Cass. 17.2.2014, n. 3685; Cass. 24.11.2011, n. 24832, in *RCP*, n. 6, 2912, 1981, con nota di Taddei. Di recente, Cass. 19.6.2020, n. 12035; Cass. 28.3.2019, n. 8662; C. App. Roma 24.11.2020, n. 2271.

(54) Cass. 5.2.2014, n. 2642. Lo stesso principio è stato, di recente, sostenuto da Cass. 19.6.2020, n. 12035, in *DeJure*.

(55) Cass. 4.8.2017, n. 19587, in *DeJure*; Cass. 23.9.2010, n. 20146, in *MGC*, n. 7-8, 1788 ss.

(56) Secondo l'opinione di Ferraresi 2011, 1118 ss.

c.c., crea, modifica o estingue le precedenti obbligazioni, per dare contestualmente vita a un nuovo rapporto obbligatorio incompatibile con quello precedente. Di conseguenza, è difficile ritenere che si possa parlare di transazione novativa in occasione di conciliazioni effettuate quando il rapporto di lavoro è già cessato. Allo stesso modo, qualora la transazione avvenga nel corso del rapporto, la novazione dovrebbe avere a oggetto una modifica sostanziale del contenuto obbligatorio del rapporto stesso. Tuttavia, anche in questo caso, le somme erogate trovano sempre il loro titolo nel contratto di lavoro, con conseguente necessità di assoggettarle al regime fiscale e contributivo corrispondente.

Riferimenti bibliografici

- Barraco E. *et al.* (2019), *Conciliazione in sede sindacale: quanto è veramente inoppugnabile?*, in *DPL* (settimanale Ipsoa) n. 44, 2661 ss.
- Borghesi D. (2009), *Conciliazione, norme inderogabili e diritti indisponibili*, in *RTDPC*, n. 1, 121 ss.
- Cester C. (1984), voce *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, in *ED*, XL, Milano, 984 ss.
- Cester C. (2009), *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Indergabilità delle norme e disponibilità dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2009, 7 ss.
- Ciucciiovino S. (2017), *Rinunce e transazioni*, XXXV, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, 1244 ss.
- D'Antona M. (1991), *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 445 ss.
- De Luca Tamajo R. (1976), *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli.
- Ferraresi M. (2011), *L'irrisolta questione della imponibilità previdenziale delle somme corrisposte al lavoratore nell'ambito di un contratto di transazione (novativa)*, in *DRI*, n. 4, 1118 ss.
- Giugni G. (1984), *La conciliazione collettiva dei conflitti giuridici del lavoro*, ora in *Id.*, *Lavoro legge contratti*, il Mulino, Bologna, 1989, 45 ss.
- Novella M. (2010), *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Milano.
- Novella M. (2018), *Art. 2113*, in R. De Luca Tamajo, O. Mazzotta (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Milano, 651 ss.
- Mastroiacovo V. (2002), *Rassegna di giurisprudenza e prassi. La rilevanza fiscale delle somme percepite in ragione di transazioni di lavoro*, in *Rivista italiana di diritto tributario*, n. 6, 435 ss.
- Pallini M. (2009), *L'estorsione della volontà «assistita» del lavoratore*, in *RIDL II*, 435 ss.
- Persiani M. (2019), *I limiti previsti dalla legge per la valida stipulazione delle conciliazioni sindacali*, in *GI*, 1064 ss.
- Santoro Passarelli G. (2020), *Il diritto del lavoro a cinquanta anni dallo Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, I, 101 ss.
- Speziale V. (2020), *Gino Giugni e la conciliazione in sede sindacale*, in *W.P. «Massimo D'Antona»*.IT, n. 415.
- Tullini P. (2009), *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in *Indergabilità delle norme e disponibilità dei diritti*, Giuffrè, Milano, 115 ss.

RAPPORTO DI LAVORO

CORTE DI GIUSTIZIA, 1.12.2020, C-815/18 – Avv. Gen. Bobek – Federatie Nederlandse Vakbeweging c. Van den Bosh Transporten BV, Van den Bosh Transporte GmbH, Silo-Tank kft.

Distacco transnazionale – Servizi di trasporto su strada – Direttiva n. 96/71 – Campo di applicazione – Nozione di lavoratore distaccato – Trasporti di cabotaggio – Contratto collettivo «di applicazione generale».

La Direttiva n. 96/71 sul distacco transnazionale dei lavoratori è applicabile alle prestazioni di servizi transnazionali nel settore del trasporto su strada. Affinché sia attribuita la qualità di lavoratore distaccato a un conducente è tuttavia necessario che sussista un legame con il territorio dello Stato membro diverso da quello in cui lavora abitualmente; legame certamente presente nelle ipotesi di cabotaggio. (1)

(1) DISTACCO TRANSNAZIONALE E SERVIZI TRANSNAZIONALI NEL SETTORE DEL TRASPORTO SU STRADA: LA NOZIONE DI LAVORATORE DISTACCATO

SOMMARIO: 1. Il procedimento principale e le questioni pregiudiziali. — 2. Sull'applicabilità della Direttiva n. 96/71 ai servizi di trasporto transnazionali. — 3. La nozione di lavoratore distaccato e il legame con il territorio dello Stato ospitante. — 4. La Direttiva n. 96/71 e i servizi di cabotaggio. — 5. Sulla nozione di contratti collettivi «di applicazione generale» ai sensi della Direttiva n. 96/71. — 6. Considerazioni conclusive.

1. — *Il procedimento principale e le questioni pregiudiziali* — La sentenza della Corte di Giustizia in esame trae origine dal procedimento principale della Federatie Nederlandse Vakbeweging (Federazione del movimento sindacale dei Paesi Bassi, di seguito Fnv) con il quale il sindacato intima alla società di trasporto Van den Bosch di applicare il contratto collettivo di lavoro per il settore merci, sottoscritto dalla stessa Fnv e dall'Associazione dei Paesi Bassi per i trasporto merci di cui la Van Den Bosch è membro, anche ai conducenti delle altre due società del gruppo di diritto tedesco e ungherese, in quanto lavoratori distaccati (ai sensi della Direttiva n. 96/71).

Ciò in quanto i conducenti assunti dalle società di diritto tedesco e ungherese facenti parte dello stesso gruppo della Van den Bosch erano impiegati da quest'ultima nell'ambito di contratti di noleggio relativi a trasporti internazionali, stipulati con le due società datrici. I citati noleggi avevano luogo a partire da Erp (nei Paesi Bassi) ed era lì che i tragitti si concludevano benché i trasporti si svolgessero per lo più fuori dal territorio dei Paesi Bassi.

Il giudice di primo grado accoglie il ricorso con sentenza interlocutoria, annullata poi in grado di appello. Il giudice d'appello sostiene che i noleggi in discussione non rientrino nell'ambito di applicazione della direttiva sul distacco, dal momento che la stessa si riferisce ai soli noleggi effettuati, almeno principalmente, «nel territorio» di altro Stato membro.

Fnv impugna la sentenza di appello dinanzi alla Corte suprema dei Paesi Bassi che, a sua volta, sottopone una serie di questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia europea, volte a valutare l'applicabilità della Direttiva n. 96/71 nell'ambito di una prestazione di servizi consistente in trasporto internazionale su strada con lavoro prestato in più di uno Stato membro e, in caso affermativo, quali siano i presupposti per qualificare il conducente nel trasporto internazionale come «distaccato nel territorio di uno Stato membro» ai sensi dell'art. 1, parr. 1 e 3, della citata Direttiva.

Ancora, se sia significativa ai fini dell'applicabilità della Direttiva n. 96/71 l'esistenza di un legame di gruppo tra le società coinvolte nelle attività di trasporto internazionale; se sia altresì applicabile nelle ipotesi di cabotaggio e infine in che modo debba esser interpretata la nozione di «contratti collettivi dichiarati di applicazione generale» di cui all'art. 3, parr. 1 e 8, della citata Direttiva.

La Corte di Giustizia, riunita in grande sezione, rileva innanzitutto che la direttiva sul distacco dei lavoratori sia applicabile alle prestazioni di servizi transnazionali nel settore del trasporto su strada, pur in mancanza di specifiche disposizioni in tema trasporti.

Per quanto attiene poi alla qualità di lavoratori distaccati degli autisti considerati, la Corte ritiene che il fatto che questi siano messi a disposizione di un'impresa stabilita in un diverso Stato membro, da cui ricevano istruzioni inerenti ai suoi compiti e presso la quale inizino o concludano i trasporti, non sia di per sé sufficiente a ritenere che questi siano distaccati, mancando un legame sufficiente con il territorio di tale Stato. Diverso il caso dei trasporti di cabotaggio per i quali è sempre configurabile un legame sufficiente con il territorio dello Stato ospitante.

Infine la Corte afferma che affinché un contratto collettivo possa considerarsi di applicazione generale occorre guardare al diritto nazionale. Da ciò derivandone che la nozione possa ricomprendere anche un contratto non dichiarato di applicazione generale ma dalla cui osservanza, per le imprese che lo applichino, discenda l'esonerazione dall'applicazione di un diverso contratto collettivo di applicazione generale.

2. — *Sull'applicabilità della Direttiva n. 96/71 ai servizi di trasporto transnazionali* — La sentenza interpreta alcune norme della Direttiva n. 96/71 in riferimento allo specifico settore dei servizi di trasporto transnazionali.

Il primo aspetto sottoposto all'attenzione della Corte è legato alla riconducibilità al

campo di applicazione della Direttiva del 1996 dei servizi transnazionali di trasporto su strada.

La questione viene risolta in senso positivo con una argomentazione che si basa sulla analisi della natura stessa delle norme contenute nella Direttiva n. 96/71.

La Corte rileva che quest'ultima direttiva ha una applicazione generale in virtù di quanto espresso all'art. 1, par. 1, in combinato disposto con il par. 2 che prevede la sola esclusione delle imprese della marina mercantile con riferimento al personale navigante. Essa si applica, in linea di principio, a qualsiasi prestazione di servizi transnazionale che implichi un distacco di lavoratori, indipendentemente dal settore economico al quale la prestazione si ricollega, ivi incluso il settore dei trasporti su strada.

A sancire peraltro più di recente l'espressa applicabilità della Direttiva n. 96/71 al settore dei trasporti su strada è la Direttiva n. 2020/1057 (Considerando n. 7), citata dalla stessa Corte di Giustizia.

Il ragionamento seguito in sentenza non manca però di considerare quanto riportato dalla difesa delle società chiamate in giudizio nel caso sollevato dalla Fnv.

In particolare la Van del Bosch Transporten e le due società ungherese e polacca obiettano che le disposizioni sulla libera prestazione di servizi, poste alla base dell'adozione della Direttiva del 1996, escludano le attività del trasporto su strada dal campo di applicazione della direttiva stessa.

Ciò in quanto la «prestazione di servizi» di cui all'art. 56 TfUe non includerebbe la libera circolazione dei servizi in materia di trasporti per cui l'art. 58, par. 1, del TfUe rimanda a una specifica disciplina contenuta agli artt. da 90 a 100 del Trattato stesso.

La Corte, pur riconoscendo la veridicità di quanto riportato dalle società di trasporti, ribadisce la portata generale della Direttiva n. 96/71 che mira all'eliminazione tra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione di persone e servizi, sebbene nel rispetto della leale concorrenza e di misure che garantiscano i diritti dei lavoratori (1).

Sotto tale ultimo profilo la Corte intende evidenziare come la direttiva non si ponga quale armonizzazione delle legislazioni nazionali in tema di condizioni di lavoro applicabili ai lavoratori temporaneamente distaccati (2), e infatti sottolinea che le norme della direttiva sicuramente non mirano a introdurre una politica comune nel settore dei trasporti ai sensi dell'art. 91 TfUe, come invece avviene, ad esempio, per il Regolamento n. 1072/2009, il quale contiene un insieme di «norme comuni applicabili ai trasporti internazionali in partenza dal territorio di uno Stato membro o a destinazione di questo, o in transito sul territorio di uno o più Stati membri».

La Direttiva del 1996 ha dunque una portata generale a detta della Corte, benché fondata su disposizioni del Trattato Ce che non espressamente richiamano disposizioni relative ai trasporti.

Da ciò, condivisibilmente, l'impossibilità di escludere dall'ambito di applicazione le prestazioni di servizi transnazionali nel settore del trasporto su strada, in particolare di merci.

(1) Per un approfondito commento sulla Direttiva n. 96/71, si vd.: Carabelli 2007; Mancino 2000. In argomento, vd. anche: Tursi 2018; Giovannone 2019; Del Vecchio 2017.

(2) In tal senso, C. Giust. 18.7.2007, C-490/04, *Commissione c. Germania*.

3. — *La nozione di lavoratore distaccato e il legame con il territorio dello Stato ospitante* — Il punto nodale della sentenza in commento è legato invece all'individuazione, con riferimento agli autotrasportatori, degli elementi identificativi della definizione di lavoratore distaccato.

Il giudice del rinvio chiede alla Corte di indicare quali siano le condizioni necessarie affinché un lavoratore che svolga l'attività di autista nel settore del trasporto internazionale su strada sia considerato lavoratore distaccato ai sensi della Direttiva n. 96/71, operando nell'ambito di un contratto di noleggio tra l'impresa presso cui è assunto e un'impresa operante in un diverso Stato membro.

La Corte richiama la previsione di cui all'art. 2, par. 1, della citata Direttiva per cui «per lavoratore distaccato si intende il lavoratore che, per un periodo limitato, svolge il proprio lavoro nel territorio di uno Stato membro diverso da quello nel cui territorio lavora abitualmente».

Alla luce di tale definizione la Corte di Giustizia sostiene che elemento imprescindibile per poter considerare un lavoratore distaccato nel territorio di uno Stato membro sia l'esistenza di un legame sufficiente tra la prestazione di lavoro svolta e il territorio dello Stato ospitante.

Tale presupposto è da valutarsi sulla base di una pluralità di elementi: le caratteristiche della prestazione di servizi alla cui fornitura è assegnato il lavoratore; la natura delle attività svolte dal lavoratore interessato nello Stato ospitante, nonché, nel caso specifico degli autisti di trasporto internazionale, il grado di intensità del legame delle attività svolte da quel lavoratore con il territorio dello stesso Stato ospitante.

Tale ultimo elemento deve esser valutato nell'interpretazione offerta dalla Corte avendo riguardo allo svolgimento di eventuali operazioni quali: il carico o lo scarico di merci, la manutenzione o pulizia dei veicoli, purché queste attività siano effettivamente compiute dall'autista interessato, e non da terzi.

Di conseguenza, il citato legame con il paese ospitante, sostiene la Corte, non può ritenersi presente nei trasporti di transito e in quelli transfrontalieri, ossia in tutti i casi in cui un lavoratore svolga prestazioni di carattere molto limitato nel territorio dello Stato membro nel quale è inviato (3).

L'interpretazione offerta in merito all'esigenza di collegare la nozione di lavoratore distaccato all'esistenza di un legame con il territorio dello Stato ospitante sembra sicuramente condivisibile e peraltro in linea con quanto definito al Considerando 9 della Direttiva n. 2020/1057, che stabilisce norme specifiche per quanto riguarda la Direttiva n. 96/71 e la Direttiva n. 2014/67 sul distacco dei conducenti nel settore del trasporto su strada.

La Corte argomenta ulteriormente indicando, con implicito riferimento al caso da cui è derivato il rinvio pregiudiziale, che qualora un autista del trasporto internazionale su strada sia messo a disposizione di una impresa stabilita in un altro Stato membro, da cui riceva istruzioni inerenti alle missioni e presso la quale inizi o concluda le medesime, non si può definire il lavoratore come distaccato nel territorio di tale Stato ospitante, mancando un legame sufficiente con il territorio.

(3) In tal senso, C. Giust. 19.12.2019, C-16/18, *Dobersberger*.

Tale ricostruzione appare meno convincente anche alla luce di quanto previsto dalla citata Direttiva n. 2020/1057 ove, nell'ambito del Considerando 13, si prevede che: «Quando il conducente effettua altri tipi di operazioni, segnatamente trasporti di cabotaggio oppure operazioni di trasporto internazionale non bilaterale, vi è un legame sufficiente con il territorio dello Stato membro ospitante. Tale legame esiste in caso di trasporti di cabotaggio, quali definiti dai Regolamenti (Ce) n. 1072/2009 e n. 1073/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, dal momento che l'intera operazione di trasporto ha luogo in uno Stato membro ospitante e il servizio è quindi strettamente legato al territorio dello Stato membro ospitante. Un'operazione di trasporto internazionale non bilaterale è caratterizzata dal fatto che il conducente effettua il trasporto internazionale al di fuori dello Stato membro di stabilimento dell'impresa che dispone il distacco. I servizi prestati sono quindi legati allo Stato membro ospitante interessato anziché allo Stato membro di stabilimento. In tali casi, norme settoriali sono necessarie solo per quanto riguarda gli obblighi amministrativi e le misure di controllo».

Ebbene, anche nel caso per cui è stato operato il rinvio alla Corte si trattava di una operazione di trasporto internazionale non bilaterale, in cui i servizi prestati dai conducenti ungheresi e polacchi avevano un legame con lo Stato membro ospitante (Paesi Bassi) e non con lo Stato di stabilimento, per cui probabilmente avrebbe dovuto più correttamente riconoscersi l'applicabilità delle tutele previste per i lavoratori distaccati.

Appare evidente che il mancato riconoscimento della natura di lavoratore distaccato ha quale conseguenza che la disciplina applicabile al rapporto di lavoro degli autotrasportatori sia da individuarsi esclusivamente alla luce dei principi di cui al Regolamento cd. «Roma I» (Regolamento n. 593/2008).

Il citato regolamento ha portata generale rispetto alla direttiva sul distacco transnazionale che si pone invece quale regola speciale con funzione integratrice e individua le sole norme di ordine pubblico di applicazione necessaria nel luogo di esecuzione del rapporto di lavoro, che costituiscono il nucleo irrinunciabile di protezione minima per i lavoratori distaccati, al fine di scongiurare fenomeni di *dumping* sociale operato da imprese stabilite in paesi con minori standard di protezione del lavoro (4).

Il rapporto di specialità tra le norme della direttiva sul distacco transnazionale e il Regolamento Roma I emerge peraltro dagli stessi considerando dei due atti normativi: il Considerando 10 della Direttiva n. 96/71 stabilisce che essa non incide sulla legge applicabile al rapporto di lavoro del lavoratore distaccato, la cui individuazione spetta alle norme di conflitto, ma semplicemente individua il nucleo di norme di applicazione necessaria da rispettare durante il periodo di distacco. Allo stesso modo, il Considerando 34 del Regolamento Roma I testualmente cita: «La norma sul contratto individuale di lavoro non dovrebbe pregiudicare l'applicazione delle norme di applicazione necessaria del paese di distacco, previste dalla Direttiva n. 96/71 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16.12.1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi».

Ne consegue che la disciplina applicabile al rapporto di lavoro degli autotrasportatori nel caso di cui al procedimento principale resta quella determinata in base ai prin-

(4) Sul tema Orlandini 2017; *Id.* 2012; Franzina 2008.

cipi enunciati agli artt. 3 e 8 del Regolamento Roma I: la legge individuata dalle parti, senza pregiudizio per tutte quelle previsioni normative inderogabili convenzionalmente che troverebbero applicazione ai lavoratori, in mancanza di una scelta delle parti, in virtù dei criteri di collegamento di cui all'art. 8 del Regolamento, tra cui *in primis* il criterio della *lex loci laboris*, ossia il luogo di abituale esecuzione della prestazione. Il tutto tenuto conto in ogni caso della circostanza per cui «il paese in cui il lavoro è abitualmente svolto non è ritenuto cambiato quando il lavoratore svolge il suo lavoro in un altro paese in modo temporaneo» (5).

In altre parole, agli autotrasportatori di cui al ricorso principale, in mancanza di un riconoscimento quali lavoratori distaccati, non può che applicarsi la disciplina contrattuale definita dalle parti. La temporaneità dell'invio dovuta ai contratti di noleggio impedisce che possa acquisire rilievo l'interpretazione estensiva del concetto di luogo abituale di esecuzione del contratto già espressa dalla Corte con riferimento all'art. 6 della Convenzione di Roma (6) e in ogni caso recepita nell'art. 8, c. 2, 1° periodo, del Regolamento Roma I, per cui a rilevare è anche il luogo a partire dal quale il lavoratore svolge le proprie attività professionali.

4. — *La Direttiva n. 96/71 e i servizi di cabotaggio* — Con la seconda questione, lett. c, il giudice di rinvio chiede poi alla Corte di Giustizia se l'art. 1, par. 1 e 3, e l'art. 2, par. 1, della Direttiva n. 96/71 siano da interpretarsi nel senso che un autista che, nell'ambito di un contratto di noleggio tra l'impresa presso cui è impiegato e un'altra impresa stabilita in un diverso Stato membro, effettui trasporti di cabotaggio nel territorio dello Stato membro, diverso da quello in cui lavora abitualmente, debba essere considerato come distaccato nel territorio dello Stato nel quale tali trasporti sono effettuati e, in caso affermativo, quale sia la soglia minima relativa alla durata dei citati trasporti.

Le prestazioni di cabotaggio, regolate dall'articolo 8 del Regolamento (Ce) n. 1072/2009 per il trasporto di merci e dall'articolo 14 ss. del Regolamento n. 1073/2009 per il trasporto di persone, si caratterizzano per una serie complessa di operazioni commerciali consistenti in uno o più trasporti nazionali nel paese ospitante preceduti e seguiti da un trasporto internazionale in un arco temporale di sette giorni.

Sono gli stessi regolamenti testé citati a indicare come applicabile la Direttiva n. 96/71 alle imprese di trasporto che effettuano servizi di cabotaggio (7).

La Corte, con una argomentazione incentrata sul solo combinato disposto tra la Direttiva del 1996 e il Regolamento n. 1072/2009, afferma che nell'ambito del cabotaggio gli autisti siano da considerarsi distaccati nel territorio dello Stato membro ospitante, ai sensi dell'art. 1, par. 1 e 3, e art. 2, par. 1, Direttiva n. 96/71, stante la totale esecuzione delle prestazioni nel territorio dello Stato ospitante. Circostanza questa che realizza un legame sufficiente con il territorio dello Stato in cui si svolge.

(5) Art. 8, c. 2, del Regolamento Roma I.

(6) Vd. C. Giust. 15.3.2011, C-29/10, *Koelzsch*, punto 44; C. Giust. 15.12.2011, C-348/10, *Voogsgeerd*, punto 36. In dottrina Vila 2016.

(7) Si vd. Considerando 17 del Regolamento n. 1072/2009 e Considerando 11 del Regolamento n. 1073/2009.

Occorre sottolineare che quanto espresso dalla Corte in merito al particolare legame esistente con il territorio del paese ospitante nel caso del cabotaggio trova evidenza nell'ambito del Considerando n. 13 della più recente Direttiva n. 2020/1057, già richiamato in precedenza.

Quanto poi alla seconda questione, ossia alla durata dei trasporti di cabotaggio, la Corte di Giustizia afferma che la stessa sia inidonea a mettere in discussione il legame con il territorio dello Stato membro ospitante in cui si svolgono e pertanto non incida sull'applicabilità della direttiva sul distacco, fatta salva in ogni caso l'eventuale applicazione dell'art. 3, par. 3, della Direttiva stessa.

Tale norma consente infatti agli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, di non applicare le condizioni retributive dello Stato distaccatario in cui si svolgano le prestazioni di trasporto, nel caso in cui la durata del distacco non sia superiore a un mese.

5. — *Sulla nozione di contratti collettivi «di applicazione generale» ai sensi della Direttiva n. 96/71* — L'ultima questione sottoposta alla Corte di Giustizia è quella relativa all'interpretazione dell'art. 3, par. 1 e 8, della Direttiva n. 96/71 sulla nozione di contratti collettivi «di applicazione generale» per l'individuazione dei trattamenti economico-normativi applicabili ai lavoratori distaccati.

In particolare si chiede alla Corte se la generale applicazione sia da valutarsi in base al diritto nazionale applicabile nei casi di distacco.

La Corte risponde affermativamente anche a tale quesito, sulla scorta del combinato disposto delle due norme richiamate.

L'art. 3, par. 1, implicitamente richiama infatti il diritto nazionale nella misura in cui richiede che gli Stati membri provvedano affinché le imprese garantiscano ai lavoratori distaccati nel loro territorio condizioni di lavoro che, nello Stato in cui è fornita la prestazione, sono garantite dai contratti collettivi richiamati dal par. 8, ossia quelli dichiarati di applicazione generale (8).

A ciò si aggiunge anche l'indicazione di cui al par. 10 dell'art. 3, che consente agli Stati membri di applicare alle imprese nazionali e a quelle di altri Stati le condizioni di lavoro di cui ai contratti collettivi di applicazione generale anche per materie diverse da quelle del settore edile.

È evidente che la dichiarazione di generale applicazione possa essere effettuata solo conformemente al diritto dello Stato membro interessato.

Tale constatazione è secondo la Corte pienamente confermata dal disposto di cui all'art. 3, par. 8, in cui si prevede che, in mancanza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale dei contratti collettivi, gli Stati possano avvalersi di contratti collettivi in genere applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale interessata e/o i contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni più rappresentative sul piano nazionale e applicati su tutto il territorio nazionale.

Investita dunque dell'interpretazione del concetto di contratto collettivo di appli-

(8) Nell'ambito del settore edile di cui all'allegato alla direttiva.

cazione generale, la Corte richiama la disciplina interna dei singoli Stati membri, nel tentativo di offrire certezza in merito al contenuto della Direttiva n. 96/71 sotto il profilo delle fonti di disciplina delle tutele riconoscibili ai lavoratori distaccati.

Tuttavia il richiamo, che di fatto è al contratto collettivo nazionale quale possibile fonte di regolamentazione delle condizioni economico-normative del rapporto di lavoro nei singoli Stati membri, induce a riflettere sulla sua concreta efficacia applicativa nella lotta ai fenomeni di *dumping*.

In molti ordinamenti, infatti, il contratto collettivo nazionale ha perso la sua tradizionale funzione di determinazione dei trattamenti retributivi, affidata invece alla contrattazione aziendale.

In ragione di ciò, minore efficacia in ottica protettiva dei lavoratori acquista la nozione stessa di «retribuzione» introdotta all'art. 3, par. 1, lett. c, per effetto della Direttiva n. 2018/957, in sostituzione della più scarna nozione di tariffe minime salariali, quale importo lordo della retribuzione dovuto in base alla normativa e/o delle prassi nazionali dello Stato membro ospitante.

In sistemi nei quali il contratto collettivo nazionale ha perso la sua funzione di definizione dei minimi salariali a livello nazionale, non resta che guardare alla legge quale fonte inderogabile di definizione degli stessi (9).

Per un eventuale ruolo della contrattazione aziendale nella definizione degli standard retributivi applicabili ai lavoratori distaccati si potrebbe far riferimento alla clausola di salvaguardia introdotta con la Direttiva del 2018.

Benché la sentenza in commento non se ne occupi, poiché non rientrante nelle questioni di rinvio, sembra comunque utile farvi brevemente cenno per analizzare le questioni che dalla stessa dipendono in materia di trattamenti retributivi riconoscibili ai lavoratori distaccati.

La Direttiva n. 2018/957 introduce il par. 1-*bis* all'art. 3 della Direttiva n. 96/71, il quale recita: «La presente direttiva non pregiudica in alcun modo l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri e a livello di Unione, compresi il diritto o la libertà di sciopero o il diritto o la libertà di intraprendere altre azioni contemplate dalla disciplina delle relazioni industriali negli Stati membri, in conformità della normativa e/o delle prassi nazionali. Essa non pregiudica neppure il diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi, o di intraprendere azioni collettive in conformità della normativa e/o delle prassi nazionali».

La clausola di salvaguardia, la cui introduzione è stata fortemente voluta dal fronte sindacale, sembrerebbe dunque legittimare l'azione sindacale (a qualunque livello) nel promuovere le condizioni dei lavoratori distaccati.

Il problema sorge però dalla necessità di conciliare tale formulazione con i principi posti nelle fonti primarie dell'Ue, in particolar modo con la base normativa della Direttiva n. 96/71, ossia l'art. 56 TfUe.

Il rischio è che una interpretazione orientata alla luce dei principi comunitari in tema di libera prestazione di servizi vada a neutralizzare la portata di tale previsione

(9) Come, ad esempio, nel caso della Germania che ha introdotto la legge federale sul salario minimo. In tema di salario minimo e distacco transnazionale si vd. Giubboni 2015.

soprattutto nel caso in cui le azioni sindacali prevedano standard superiori a quelli previsti dalla stessa Direttiva n. 96/71: *in primis* proprio nel caso dei salari definiti dalla contrattazione aziendale (10).

6. — *Considerazioni conclusive* — La sentenza presenta quali aspetti centrali il riconoscimento della portata generale della Direttiva n. 96/71, anche con riferimento alle attività di autotrasporto, e l'individuazione dell'esigenza di un legame con il territorio dello Stato ospitante quanto al riconoscimento della nozione di lavoratore distaccato nelle attività di trasporto transnazionale.

Interessante però, a parere di chi scrive, appare la puntualizzazione in merito alla nozione di contrattazione collettiva di applicazione generale ai fini del riconoscimento delle tutele di cui all'art. 3, par. 1, della Direttiva n. 96/71.

L'analisi di tale aspetto rende la sentenza in commento in un certo qual modo accomunabile alle successive pronunce del 8.12.2020 relative alla richiesta di annullamento della Direttiva n. 2018/957 avanzata da Ungheria e Polonia nella controversia contro il Parlamento e il Consiglio (11).

L'Ungheria (C-620/18) e la Polonia (C-626/18) hanno presentato ciascuna un ricorso diretto all'annullamento della Direttiva n. 2018/957, deducendo in particolare motivi vertenti sulla errata scelta della base giuridica per l'adozione di tale direttiva, sulla violazione dell'articolo 56 TfUE, che garantisce la libera prestazione dei servizi, e sulla violazione del Regolamento «Roma I». La Corte ha respinto i due ricorsi rilevando che la Direttiva n. 2018/957, introducendo modifiche alla Direttiva n. 96/71/Ce, ha inteso riequilibrare i fattori in relazione ai quali le imprese stabilite nei diversi Stati membri possono entrare in concorrenza, senza per questo eliminare qualsiasi concorrenza fondata sui costi. Essa prevede, infatti, di garantire ai lavoratori distaccati l'applicazione di un insieme di condizioni di lavoro e di occupazione nello Stato membro ospitante, tra cui gli elementi costitutivi della retribuzione resi obbligatori in tale Stato (12).

Tale direttiva non ha quindi effetto sugli altri elementi dei costi delle imprese che distaccano simili lavoratori, quali la produttività o l'efficienza di questi.

Nelle pronunce del 8 dicembre 2020, così come in quella oggetto di commento, la Corte tenta dunque di «blindare» il significato delle disposizioni della Direttiva n. 96/71 (13) sotto il profilo delle condizioni di lavoro e di occupazione applicabili ai lavoratori distaccati, indipendentemente dalla base giuridica della direttiva stessa, *in primis* l'art. 56 TfUE.

(10) Sul tema, Borelli, Orlandini 2019.

(11) Si vd. C. Giust. 8.12.2020, C-620/18 e C-626/18, *Ungheria e Polonia c Parlamento e Consiglio*.

(12) La Direttiva n. 2018/957 sostituisce all'art. 3, par. 1, lett. c, della Direttiva n. 96/71 la dizione «tariffe minime salariali» applicabili ai lavoratori distaccati con la più ampia nozione di «retribuzione».

(13) Alla luce delle modifiche apportate dalla Direttiva del 2018 nel caso della sentenza del 8.12.2020.

Riferimenti bibliografici

- Borelli S., Orlandini G. (2019), *Appunti sulla nuova legislazione sociale europea. La direttiva sul distacco transnazionale e la direttiva sulla trasparenza*, in *QG*, n. 4, 59 ss.
- Carabelli U. (2007), *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella Ce*, in *RGL*, I, 51 ss.
- Del Vecchio L. (2017), *Il lavoro italiano all'estero*, Aracne editrice, 27 ss.
- Franzina B. (2008), *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità europea*, in *LD*, 109 ss.
- Giovannone M. (2019), *La tutela dei labour standards nella catena globale del valore*, Aracne editrice, 61 ss.
- Giubboni S. (2015), *Salario minimo e distacco transnazionale*, in *RGL*, I, 222 ss.
- Giubboni S., Orlandini G. (2018), *Mobilità del lavoro e dumping sociale in Europa, oggi*, in *DLRI*, 929 ss.
- Mancino R. (2000), *Distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi*, in *NLCC*, 899 ss.
- Orlandini G. (2012), *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, in *W.P. Csdle «Massimo d'Antona»*.INT, n. 137, 1 ss.
- Orlandini G. (2017), *Rapporti di lavoro internazionali*, in *Treccani - Diritto on line*, in https://www.treccani.it/enciclopedia/rapporti-di-lavoro-internazionali_%28Diritto-on-line%29/.
- Tursi A. (2018), *La giurisprudenza uni-europea sul rapporto tra libertà economiche e diritto del lavoro: discerni oportet*, in *DRI*, n. 3, 841 ss.
- Vila M.L. (2016), *L'art. 8 del Regolamento Roma I secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, alla luce delle sentenze Koelzsch, Voogsgeerd e Schlecker*, in *DRI*, 618 ss.

Milena Talarico

*Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Roma «Roma Tre»*

CORTE COSTITUZIONALE, 26.11.2020, n. 254 – Pres. Morelli, Est. Sciarra – C.R. (avv.ti Andreoni, Bidetti, Zampella) c. Balga (non cost.).

Licenziamento collettivo – Violazione delle procedure o dei criteri di scelta – Discrimine temporale tra vecchia e nuova disciplina – Disparità di trattamento – Violazione del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva – Violazione dei valori della dignità umana e dell'utilità sociale – Violazione della legge delega – Inammissibilità delle questioni.

Licenziamento collettivo – Giudizio di costituzionalità – La Carta dei diritti fondamentali dell'Ue quale parametro interposto – Ambito di applicazione – «Attuazione del diritto dell'Unione» – Nozione.

Sono inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, c. 7, della l. n. 183/2014 e degli artt. 1, 3 e 10 del d.lgs. n. 23/2015, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 4, 24, 35, 38, 41, 76, 111, 10 e 117, c. 1, Cost., questi ultimi due in relazione agli artt. 20, 21, 30 e 47 della CdfUe e all'art. 24 della Carta sociale europea riveduta, dalla Corte d'appello di Napoli, con l'ordinanza del 18.9.2019. (1)

Poiché la CdfUe può essere invocata, quale parametro interposto, in un giudizio di legittimità costituzionale soltanto quando la fattispecie oggetto di legislazione interna sia disciplinata dal diritto dell'Unione, essa non potrà essere richiamata in un caso in cui si controverta della violazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare in un licenziamento collettivo in quanto la situazione giuridica non rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. (2)

(1-2) LA CORTE COSTITUZIONALE E LA DIFFERENZA DI TUTELE
NEL LICENZIAMENTO COLLETTIVO DOPO IL *JOBS ACT*:
QUALE SIGNIFICATO PER IL *NON LIQUET*?

SOMMARIO: 1. Il caso. — 2. La decisione di inammissibilità delle questioni proposte. — 3. La doppia pregiudizialità sollevata dalla Corte d'Appello di Napoli e la soluzione della Corte di Giustizia. — 4. La dubbia posizione della Corte costituzionale. — 5. La decisione del Comitato europeo dei diritti sociali. — 6. Conclusioni: possibili significati del *non liquet*.

1. — *Il caso* — Innanzi al Tribunale di Napoli, veniva contestato da una lavoratrice il licenziamento intimatole nell'ambito di un licenziamento collettivo. L'impresa datrice di lavoro aveva avviato la procedura di comunicazione e consultazione per proce-

dere al licenziamento di nove dipendenti, *ex art.* 4 della l. n. 223/1991 (1), e, all'esito delle consultazioni e dell'esame congiunto, aveva raggiunto un accordo sindacale con cui veniva ridotto il numero dei licenziamenti da nove a quattro unità (2). Di conseguenza la dipendente veniva licenziata in applicazione dell'accordo sindacale suddetto. Dopo esser rimasta soccombente in primo grado la lavoratrice impugnava la sentenza innanzi alla Corte d'Appello di Napoli ribadendo quanto formulato in primo grado.

Dal canto suo la datrice di lavoro chiedeva il rigetto del ricorso, rilevando che, in ogni caso, il contratto di lavoro era stato stipulato in data posteriore al 7 marzo 2015 sicché la tutela esperibile restava esclusivamente quella indennitaria nei limiti stabiliti dall'art. 10 del d.lgs. n. 23/2015.

La Corte d'Appello di Napoli, riferendo che la lavoratrice «opponessa, in particolare, [...] l'illegittimità del licenziamento intimato, per violazione dei criteri di scelta ai sensi dell'art. 5 della l. n. 223/91 e comunque per violazione della procedura», sollevava la questione di costituzionalità dell'art. 1, comma 7, della l. n. 183/2014 e degli artt. 2, comma 2, 3 e 10 del d.lgs. 4.3.2015, n. 23, in relazione agli artt. 3, 4, 10, 24, 35, 38, 41, 76, 111, 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 20, 21 e 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue nonché alla Direttiva n. 98/59 e all'art. 24 della Carta sociale europea riveduta (Cser) (3).

In estrema sintesi, la Corte d'Appello di Napoli riteneva che le norme sottoposte al vaglio di costituzionalità si ponessero in contrasto col principio di eguaglianza per la sussistenza di differenti tutele (reintegratoria e risarcitoria) per i lavoratori coinvolti nella medesima procedura di licenziamento collettivo, in caso di violazione dei criteri di scelta, a seconda della data di assunzione (4). Oltre a ciò, riteneva che le disposizioni censurate violassero il principio di eguaglianza unitamente all'art. 41, comma 2, Cost. per l'inefficienza della misura indennitaria prevista per i rapporti in regime di «tutele crescenti» a ristorare il danno e, pertanto, a realizzare la funzione di deterrenza che deve avere la sanzione. La Corte d'Appello rilevava profili di contrasto sia di natura previdenziale che processuale fra i differenti regimi di tutela *ante* e *post Jobs Act*.

Con uno sforzo interpretativo multilivello, evocando l'integrazione tra le fonti del diritto costituzionale, dell'Unione e del Consiglio d'Europa (5), richiamava, quali parametri interposti di derivazione sovranazionale, gli artt. 30 della CdfUe e 24 Cser, gli artt. 20 e 21 della CdfUe per la violazione del principio di eguaglianza e la discrimina-

(1) Su cui senza pretesa di esaustività: Carabelli, Giubboni 2013, 392; Cosio 2011, 184; Del Punta 1993, 241; Maresca 2012, 415; Mazzotta 2012, 767; Scarpelli 1997, 19; Zoli 2002, 304.

(2) Questa circostanza si apprende unicamente dalla lettura della sentenza n. 1110/2018 del Tribunale di Napoli.

(3) C. App. Napoli 18.9.2019, ord., iscritta al n. 39 del registro ordinanze 2020 della Corte cost. e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica*, n. 20, prima serie speciale, dell'anno 2020.

(4) È noto che la Corte costituzionale, però, con sentenza n. 194/18, ha ritenuto conforme all'art. 3 Cost. la diversificazione delle tecniche di tutela per i licenziamenti individuali: il fluire del tempo rappresenta un fattore che legittima sincreticamente due diversi rimedi – l'art. 18 per come modificato dalla legge Fornero, e il d.lgs. n. 23/2015 – in presenza di una medesima fattispecie.

(5) Bologna 2020, 293.

zione verso i giovani, l'art. 47 CdfUe per la presenza di un rimedio non efficace ed effettivo. Denunciava un eccesso di delega con violazione dell'art. 76 Cost. per la carenza, nella l. n. 183/2014, di una previsione concernente i licenziamenti collettivi e per il mancato rispetto della normativa Ue.

2. — *La decisione di inammissibilità delle questioni proposte* — La Corte costituzionale non ha analizzato nel merito le censure sollevate dalla Corte d'Appello di Napoli e ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale.

Il primo profilo di inammissibilità attiene al fatto che il giudice rimettente avrebbe trascurato di descrivere la fattispecie concreta e di allegare elementi idonei a corroborare l'accoglimento della domanda, in virtù di una violazione dei criteri di scelta già esclusa dal giudice di prime cure.

In sostanza, non sarebbe chiaro se, fra i vizi denunciati in causa, vi sarebbe univocamente anche quello attinente ai criteri di scelta, la cui violazione potrebbe condurre alla sanzione reintegratoria solo per gli assunti in epoca antecedente al 7.3.2015, e se, su tale vizio, la domanda poteva essere accolta.

Secondo la Corte costituzionale, «tale presupposto riveste un rilievo cruciale» e, in tal modo, si sarebbe in presenza di «lacune nella descrizione della fattispecie concreta [che] impediscono, dunque, a questa Corte di valutare la rilevanza delle questioni sollevate».

Vari Autori hanno criticato tale argomento sotto diversi punti di vista. È stato osservato che la posizione assunta dalla Corte sarebbe in contrasto con la giurisprudenza che essa stessa ha elaborato su questa materia (6); che la questione in ordine alla violazione dei criteri di scelta sarebbe stata puntualmente indicata dal giudice rimettente, soprattutto nel già richiamato punto 4 della stessa ordinanza ove si legge: «opponeva, in particolare, la ricorrente l'illegittimità del licenziamento intimatole, per violazione dei criteri di scelta ai sensi dell'art. 5 della legge n. 223/91 e comunque per violazione della procedura» (7).

In effetti, la Corte costituzionale ha criticato il giudice rimettente per non aver indicato «in alcun modo le ragioni che inducono a privilegiare l'inquadramento della vicenda controversa» nella violazione dei criteri di scelta. Tuttavia, l'ordinanza conteneva una gradazione dei vizi ponendo in via prioritaria il tema relativo ai criteri di scelta privilegiando, pertanto, proprio questo vizio e dando conto, per motivi di completezza, della sussistenza anche del secondo: di certo una motivazione perfettibile ma non perplessa (8).

(6) Speciale (2021, 4) richiama a conforto della propria opinione C. cost. n. 174/2019 e n. 77/2018.

(7) Speciale 2021, 5; Musella (2021), secondo cui «o ha sbagliato la Corte di Giustizia a leggere la ordinanza della Corte d'Appello in quanto la vicenda processuale riguardava potenzialmente anche le procedure di informazione e consultazione sindacale e non vi era, quindi, una manifesta irricevibilità, o ha sbagliato la Corte costituzionale a sostenere la incomprendibilità sulla doglianza della Corte rimettente che, al contrario, così come compreso dalla Corte di Giustizia, era chiaramente e unicamente rivolta alla asserita illegittimità della sanzione in ipotesi di violazione dei criteri di scelta».

(8) Roselli (2021, 5), per cui «la Corte dice però che il Collegio rimettente si riferisce alla se-

In ordine alla necessità di allegare elementi idonei a corroborare l'accoglimento dell'impugnazione, come richiesto dall'organo di controllo costituzionale, è stato correttamente rilevato che la rilevanza non interferisce con il diverso profilo della fondatezza della domanda, che il rimettente potrà esaminare – alla luce delle contrapposte argomentazioni delle parti – soltanto una volta che sia rimosso il vizio che impedisce ogni valutazione di merito (9). Oltre a ciò, è stato evidenziato che la rilevanza dipende dall'apprezzamento del giudice rimettente e dal controllo della Corte, che sono attività ampiamente discrezionali in ragione del loro carattere meramente prognostico e prive di ogni certezza (10). Anche in questo caso la motivazione del giudice rimettente appare emendabile ma non inammissibile.

Una seconda ragione di inammissibilità, che si suddivide in due profili, riguarda «l'incertezza in ordine all'intervento richiesto a questa Corte».

Da un lato, la Corte costituzionale rileva che «non è dato comprendere se il rimettente prefiguri l'integrale caducazione dell'art. 10 del d.lgs. n. 23 del 2015, nella parte in cui sanziona la violazione dei criteri di scelta, o una pronuncia sostitutiva, che allinei il contenuto precettivo di tale previsione alle soluzioni dettate dall'art. 5, comma 3, terzo periodo, della legge n. 223 del 1991, come ridefinito dall'art. 1, comma 46, della legge n. 92 del 2012». Dall'altro lato, ritiene «irrisolta l'alternativa, che comunque investe le scelte eminentemente discrezionali del legislatore, tra il ripristino puro e semplice della tutela reintegratoria o la rimodulazione della tutela indennitaria, in una più accentuata chiave deterrente. [...] A fronte di una vasta gamma di soluzioni, la Corte rimettente non enuncia in termini nitidi l'intervento idoneo a sanare le numerose sperequazioni censurate, sulla base di precisi punti di riferimento già presenti nella trama normativa».

Insomma un *petitum* incerto o, addirittura, ambiguo, poiché il rimettente non avrebbe indicato alla Corte la soluzione per superare il vizio di incostituzionalità selezionando, fra le varie tecniche decisorie (11), la esatta pronuncia da emettere: una sentenza caducatoria o sostitutiva (12)?

Sul punto si è osservato che, una volta che il giudice rimettente denunci la incostituzionalità della norma richiedendo l'allineamento delle sanzioni, sarebbe compito della Corte costituzionale individuare la tipologia di pronuncia da adottare, anche in con-

conda fattispecie solo “in via subordinata”, così sembrando escludere un'impugnazione perplessa». Ma come osserva Speciale (2021, 8): «Non vi è dubbio che la pronuncia della Corte d'Appello di Napoli avrebbe potuto essere meglio formulata».

(9) Speciale 2021, 6, che cita testualmente C. cost. n. 49/2019.

(10) Roselli 2021, 3, cui *adde* Musella 2021, 6 ss.

(11) Nel tempo la Corte, accanto e nell'ambito delle sentenze di accoglimento e di rigetto, ha «inventato» sentenze interpretative, riduttive, additive, sostitutive, additive di principio e transitorie.

(12) La sentenza sostitutiva è quella nella quale la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità di una parte del testo normativo e alla eliminazione accompagna l'aggiunta di un nuovo frammento normativo (ad es., il caso della sentenza n. 15/1989 con cui è stato dichiarato incostituzionale l'art. 313, c. 3, c.p., relativo all'autorizzazione a procedere per i reati di vilipendio della C. cost., «nei limiti in cui attribuisce il potere di dare l'autorizzazione a procedere [...] al Ministro di grazia e giustizia anziché alla Corte stessa». Se alla caducazione non fosse stato aggiunto il frammento di norma la disposizione non avrebbe potuto operare).

siderazione del fatto che sulle tipologie di sentenze la Corte si è, nel tempo, dotata di un articolato «armamentario» decisionale con notevole creatività (13).

Inoltre la Corte costituzionale critica il giudice rimettente per la mancata indicazione univoca fra il ripristino puro e semplice della tutela reintegratoria o la rimodulazione della tutela indennitaria, non avendo individuato quale disposizione, in caso di accoglimento, avrebbe dovuto essere applicata. La declaratoria di inammissibilità appare legata alla necessità di non invadere il campo riservato al potere legislativo e i limiti del potere manipolativo della Corte.

In effetti, è notorio che la Corte, con i suoi provvedimenti, può introdurre disposizioni mancanti, che però devono essere desunte per analogia da altre norme e principi contenuti nel sistema, per cui si tratta di una legislazione cd. a «rime obbligate» (14). Sul punto, la dottrina costituzionalistica, peraltro, avverte che «determinante è anche il contributo del giudice *a quo*, il quale deve indicare, a pena di inammissibilità, il “verso” della possibile addizione, ovvero la soluzione che ritiene costituzionalmente obbligata» (15).

In sostanza, ad avviso della Corte, il giudice rimettente ha mancato di proporre una soluzione alla questione sollevata, incorrendo nel vizio di inammissibilità (16).

Per concludere sul punto, oltre alle osservazioni già formulate, appare fondato muovere almeno due critiche alla decisione in commento.

Da un lato, costituisce un principio del nostro ordinamento il fatto che la verifica di ammissibilità richieda un'interpretazione delle norme processuali che produca il minore sacrificio possibile degli interessi in gioco, e ciò, a maggior ragione, nel giudizio costituzionale quando la scelta sia il risultato di un apprezzamento discrezionale (17). Per questa ragione la Corte avrebbe dovuto orientarsi verso una soluzione meno formalistica e intravedere nel corpo dell'ordinanza di rimessione le soluzioni alle questioni formali decise.

D'altro lato, l'ordinanza della Corte avrebbe potuto richiamare, alla base della declaratoria di inammissibilità, il divieto imposto dall'art. 28 della l. 11 marzo 1953, n. 87, di ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento, senza evocare necessariamente difetti argomentativi: «formula che esprime inevitabilmente “un apprezzamento molto negativo” sull'operato del giudice rimettente» (18).

3. — *La doppia pregiudizialità sollevata dalla Corte d'Appello di Napoli e la soluzione della Corte di Giustizia* — Contemporaneamente, la Corte d'Appello di Napoli, con altra ordinanza del 18.9.2019, rimetteva gli atti del medesimo procedimento alla Corte di Giu-

(13) Musella 2021, 9; Speciale 2021, 6 ss.; sulle tecniche decisorie della Corte costituzionale, oltre alla manualistica costituzionale, si veda: Celotto 2009, 157 ss., e dottrina ivi citata; Crisafulli 1984, 400.

(14) Crisafulli 1984, 408; il tema è ripreso anche da Speciale 2021, 11.

(15) Modugno, Carnevale 1990, 529 ss.

(16) *Contra*, Musella (2021, 11), per cui «dal tenore complessivo della motivazione dell'ordinanza di rimessione emerge con chiarezza il verso delle sollevate questioni».

(17) Roselli 2021, 2.

(18) Roselli 2021, 6, e dottrina ivi citata.

stizia, ritenendo che sussistessero i presupposti per una «doppia pregiudizialità» (19) in quanto la materia del licenziamento collettivo doveva essere ricondotta integralmente nell'ambito delle competenze normative dell'Unione.

In sostanza, il giudice nazionale chiedeva alla Corte di Giustizia se fosse compatibile con l'art. 30 CdfUe un sistema di tutele differenziato per i licenziamenti collettivi là dove, nell'ipotesi di violazione dei criteri di scelta, si preveda la reintegrazione nel posto di lavoro solo per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015, riservando a quelli assunti posteriormente a tale data una soluzione indennitaria.

Nel dettaglio, la Corte di Appello di Napoli chiedeva alla Corte di Giustizia se l'art. 30 CdfUe, interpretato secondo il significato materiale dell'art. 24 Cser, riconosca il diritto a una tutela qualificata da parametri di effettività, efficacia, adeguatezza e deterrenza e se gli artt. 20, 21, 34 e 47 CdfUe ostino a una normativa di uno Stato membro, attuativa della Direttiva n. 98/59, che prevede, per i soli lavoratori assunti dopo il 7.3.2015 coinvolti nella medesima procedura, un sistema sanzionatorio che esclude la reintegra nel posto di lavoro e, comunque, il ristoro delle conseguenze derivanti dalla perdita del reddito e dalla perdita della copertura previdenziale, riconoscendo esclusivamente un indennizzo.

La Corte di Giustizia, con l'ordinanza del 4.6.2020 (C-32/2020), si è dichiarata manifestamente incompetente a decidere, basandosi sul dettato dell'art. 51 CdfUe per cui «le disposizioni della presente Carta si applicano [...] agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione» (20).

La Corte ha affermato testualmente al punto 26 della sentenza che «la nozione di “attuazione del diritto dell'Unione”, di cui all'articolo 51 della Carta, richiede l'esistenza di un collegamento tra un atto di diritto dell'Unione e la misura nazionale in questione che vada al di là dell'affinità tra le materie prese in considerazione o dell'influenza indirettamente esercitata da una materia sull'altra». La Corte ha precisato che le previsioni della Carta sono inapplicabili se le disposizioni dell'Unione nella materia in questione non impongano alcun obbligo specifico agli Stati membri in relazione alla situazione oggetto del procedimento principale. Ha evidenziato, inoltre, che «il solo fatto che una misura nazionale ricada in un settore nel quale l'Unione è competente non può collocarla nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione e, quindi, comportare l'applicabilità della Carta».

Nel caso esaminato, invece, il tema della violazione dei criteri di scelta non risulterebbe disciplinato dalla Direttiva n. 98/59/Ce e, ad avviso della Corte di Giustizia dell'Unione europea, rimane, pertanto, di competenza dei singoli Stati membri (21).

(19) Cosio 2020, *passim*; Cosentino 2020, *passim*; Roselli 2020, 2. Cfr. C. Giust. 20.12.2017, C-322/16, *Global Starnet Ltd c. ministero dell'Economia e delle Finanze*.

(20) Cfr.: Cosio 2021, 3; Bologna 2020, 301.

(21) Al punto 32 della sentenza si legge: «le modalità della tutela da riconoscere a un lavoratore che sia stato oggetto di un licenziamento collettivo ingiustificato derivante da una violazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare sono manifestamente prive di relazione con gli obblighi di notifica e di consultazione derivanti dalla Direttiva n. 98/59. Né tali modalità né detti criteri di scelta rientrano nell'ambito di applicazione di quest'ultima. Di conseguenza, essi rimangono di competenza degli Stati membri».

L'interpretazione molto restrittiva adottata dalla Corte di Giustizia segue, tuttavia, un costante orientamento della stessa Corte (22).

Senza andare troppo in là nel tempo (23), con le sentenze del 2014 *Siragusa* (24) e *Torrallbo Marcos* (25) la Corte di Giustizia ha chiarito che la nozione di attuazione del diritto dell'Unione, di cui all'art. 51 della Carta, richiede l'esistenza di un collegamento di una certa «consistenza», che vada al di là dell'affinità tra le materie prese in considerazione. Inoltre, con la sentenza *Hernandez*, la Corte ha precisato che per stabilire se una misura nazionale rientri nell'attuazione del diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 51, par. 1, della Carta occorre verificare, *inter alia*, se la normativa nazionale in questione abbia lo scopo di attuare una disposizione del diritto dell'Unione, nonché se esista una normativa di diritto dell'Ue che disciplini «specificamente» la materia o che possa incidere sulla stessa (26).

Ne deriva che, con tale impostazione, il richiamo a una disciplina «specificata» lascerebbe fuori dal campo di applicazione la materia dei criteri di scelta non esplicitamente disciplinati nella Direttiva n. 98/59 (27).

Si deve aggiungere che anche il Tribunale di Milano, con ordinanza del 5.8.2019, aveva disposto un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, sempre in tema di licenziamenti collettivi, ponendo analoga questione relativa alla differenza di tutele (reintegratoria e risarcitoria) per lavoratori coinvolti nella medesima procedura di licenziamento collettivo, in caso di violazione dei criteri di scelta, a seconda della data di assunzione. Anche in questo caso erano stati invocati gli artt. 20 e 30 della CdfUe e le previsioni della Direttiva n. 99/58 sui licenziamenti collettivi.

Anche in questa circostanza la Corte di Giustizia, con la sentenza del 17.3.2021, ha ribadito che la violazione dei criteri destinati a determinare i lavoratori da sottoporre a licenziamento collettivo non rientra nell'ambito di applicazione della Direttiva n. 98/59. È stato, pertanto, ribadito che tale vizio non può essere esaminato alla luce dei diritti fondamentali garantiti dalla CdfUe e, in particolare, dai suoi artt. 20 e 30 (28).

(22) C. Giust. 19.11.2019, C-609/17 e C-610/17, *Tsn e Akt*; C. Giust. 10.7.2014, C-198/13, *Julian Hernandez*; C. Giust. 6.3.2014, C-206/13, *Siragusa*; C. Giust. 27.3.2014, C-265/13, *Emiliano Torralbo Marcos*; C. Giust. 10.10.2013, da C-488/12 a C-491/12 e C-526/12, *Nagy e a.*, ord.

(23) In merito al pensiero della Corte espresso sin dagli anni ottanta e alla cd. linea *Wachauf* (C. Giust. 13.7.1989, C-5/1988) e alla cd. linea *Ert* (C. Giust. 18.6.1991, C-260/1989), si rinvia a Cosio 2021, 4.

(24) C. Giust. 6.3.2014, C-206/13.

(25) C. Giust. 27.3.2014, C-265/13.

(26) C. Giust. 10.7.2014, C-198/13, in particolare il punto 37.

(27) Sul punto, Cosio (2021, 5) rileva che «obblighi specifici» derivanti dalla direttiva possono essere considerati i diritti di informazione previsti nella Direttiva n. 98/59 anche se non vi è la previsione di una disciplina della tutela di tali diritti; tuttavia la Corte, attraverso il richiamo al principio di «effettività» (art. 6, Direttiva n. 98/59), intende garantire, in caso di violazione dei diritti di informazione, che gli Stati membri assicurino «rimedi effettivi» (conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi, del 21.1.2009, punto 48, nella sentenza della C. Giust. 16.7.2009, C-12/08, *Mono Car Styling*).

(28) Il Tribunale ha, in più, ipotizzato una possibile violazione dei principi di parità di trattamento e non discriminazione contenuti nella clausola 4 della Direttiva n. 99/70, in ragione

4. — *La dubbia posizione della Corte costituzionale* — La Corte costituzionale, prima di procedere all'esposizione delle ragioni di inammissibilità sopra commentate, si è occupata di dare conto delle novità sopravvenute all'ordinanza di rimessione e, quindi, dell'ordinanza della Corte di Giustizia sopra indicata.

Nel fare ciò la Corte costituzionale, al paragrafo 2.1, richiama la «leale e costruttiva collaborazione tra le diverse giurisdizioni, chiamate – ciascuna per la propria parte – a salvaguardare i diritti fondamentali» valorizzando espressamente la «prospettiva di una tutela sistemica e non frazionata». A tal riguardo la Corte ricorda il ruolo della Corte di Giustizia, come disegnato nell'art. 19, par. 1, del TUE, quale organo deputato a «salvaguardare “il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati” (c. 1), e il ruolo di tutte le giurisdizioni nazionali, depositarie del compito di garantire “una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione” (c. 2)».

Su queste premesse, la Corte costituzionale, in ordine al tema in esame, afferma, da un lato, di trovarsi in «consonanza» con le indicazioni della Corte di Giustizia rilevando che anche nei suoi precedenti ha operato una «rigorosa ricognizione dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea ed è costante nell'affermare che la CdUE può essere invocata, quale parametro interposto, in un giudizio di legittimità costituzionale soltanto quando la fattispecie oggetto di legislazione interna sia disciplinata dal diritto europeo» (29).

D'altro lato, dopo aver ricostruito il pensiero della Corte di Giustizia in ordine all'estraneità del tema della violazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare rispetto agli obblighi di notifica e di consultazione derivanti dalla Direttiva n. 98/59, il giudice delle leggi rileva che «sulle vicende ora richiamate questa Corte non ha ragione di esprimersi. Sussistono, infatti, molteplici profili di inammissibilità da esaminare d'ufficio».

L'affermazione lascia aperta la questione (30) giacché, sebbene la Corte costituzionale, evocando il ruolo della Corte di Giustizia e la consonanza con quanto da essa affermato, sembrerebbe lasciar intendere una adesione a tale punto di vista, non prende esplicitamente posizione in ordine alla estraneità della disciplina dei criteri di scelta

della diversa disciplina sanzionatoria tra rapporti di lavoro a tempo determinato costituiti in data antecedente al 7.3.2015 e quelli aventi una pari o maggiore anzianità lavorativa giacché costituiti antecedentemente a tale data, ma convertiti a tempo indeterminato successivamente a essa. Su questa questione la Corte di Giustizia ha ritenuto che la clausola 4 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, allegato alla Direttiva n. 1999/70 deve essere interpretata nel senso che essa non osta a una normativa nazionale che estende un nuovo regime di tutela dei lavoratori a tempo indeterminato in caso di licenziamento collettivo illegittimo ai lavoratori il cui contratto a tempo determinato, stipulato prima della data di entrata in vigore di tale normativa, è convertito in contratto a tempo indeterminato dopo tale data.

(29) Il richiamo è alla sentenza n. 194/18, punto 8 del Considerato in diritto, e alla sentenza n. 80/2011, punto 5.5 del Considerato in diritto.

(30) *Contra*: Diamanti 2021, 5; Cosio (2021, 6), secondo il quale la pronuncia sarebbe un passo avanti rispetto alla precedente sentenza n. 194/2018 giacché «condividendo l'orientamento della Corte di Giustizia» avrebbe rilevato che, «nella specie, una direttiva era stata adottata (la n. 98/59), ma dalle disposizioni della stessa non era dato desumere, in materia di criteri di scelta, un obbligo specifico per gli Stati membri».

rispetto al perimetro della Direttiva n. 98/59, trincerandosi dietro ai profili di inammissibilità.

Questa dubbia posizione dell'organo costituzionale evoca delle perplessità perché, senza eccessive dietrologie, alla premessa «consonante» con la generale tesi della Corte di Giustizia in merito all'utilizzabilità della CdfUe non ne deriva una conclusione semplicemente adesiva con riguardo al caso concreto relativo alla Direttiva n. 98/59.

La Corte afferma che «non ha ragione di esprimersi» in ordine alla riconducibilità della materia dei criteri di scelta nell'ambito della Direttiva n. 98/59 e la ragione della mancata manifestazione riguarda motivi di inammissibilità e non l'adesione alla tesi della Corte di Giustizia.

Se la Corte si fosse espressa avrebbe chiarito meglio la propria posizione sulle modalità di utilizzo della CdfUe nei propri giudizi (in adesione alle tesi della Corte di Giustizia) e avrebbe, probabilmente, potuto dire qualcosa di più (e forse di diverso) in merito al tema dei licenziamenti collettivi e alla violazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare.

5. — *La decisione del Comitato europeo dei diritti sociali* — La Corte costituzionale, ma nella parte estranea alle Considerazioni in diritto, ha segnalato che la parte privata aveva richiamato la decisione del Comitato europeo dei diritti sociali (Ceds) – pubblicata l'11.2.2020 – sul reclamo collettivo n. 158/2017 proposto dalla Cgil contro l'Italia, nella quale era stato ritenuto incompatibile con l'art. 24 Cser un sistema di tutela meramente indennitaria, con la predeterminazione di un limite massimo (31).

In sostanza, la Corte costituzionale non ha tenuto affatto conto della pronuncia ma si è limitata a segnalare l'esistenza.

Il Ceds, nella predetta decisione, ha rilevato che, ai sensi della Carta, i lavoratori licenziati senza un valido motivo devono ottenere la possibilità di reintegro del lavoratore e/o un'indennità di un importo sufficientemente elevato da dissuadere il datore di lavoro e compensare il danno subito dalla vittima (32).

(31) Su cui: Allamprese, Dalmasso 2020, 114 ss.; Orlandini 2020, 1 ss.; Fassina 2018, 1 ss.

(32) Adeguandosi a un orientamento consolidato in quanto dal 2008 il Comitato ha dichiarato la contrarietà all'art. 24 Cser delle legislazioni nazionali che prevedono un limite massimo in caso di licenziamento illegittimo. Ciò è avvenuto per le legislazioni di Albania, Bulgaria, Cipro e Finlandia. Inoltre il Ceds dà conto dell'opinione del Comitato di esperti per l'attuazione delle Convenzioni e Raccomandazioni dell'Oil (Ceacr) per cui «l'indennizzo versato in caso di licenziamento in violazione di un diritto fondamentale debba mirare a risarcire totalmente, tanto sul piano finanziario, quanto su quello professionale, il danno subito dal lavoratore; la soluzione migliore consiste generalmente nel reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro, pagando le retribuzioni dovute e mantenendo i diritti acquisiti. A tal fine, gli organi imparziali devono essere dotati dei poteri necessari per decidere rapidamente, pienamente e in completa indipendenza, e, in particolare, di decidere la forma di riparazione più adeguata, tenuto conto delle circostanze, e soprattutto della possibilità di reintegrazione. Se la reintegrazione non è stata proposta a titolo di risarcimento, se non è possibile o se non è chiesta dal lavoratore, sarebbe auspicabile che l'indennizzo scelto per il licenziamento in violazione di un diritto umano fondamentale fosse proporzionato al danno subito e in quantità maggiore a quella pagata per altri tipi di licenziamenti».

In sostanza, il Ceds ha rilevato come le previsioni della Carta sociale siano un valido fondamento a sostenere la sanzione reintegratoria quale legittima reazione a un licenziamento ingiustificato (33).

6. — *Conclusioni: possibili significati del non liquet* — Può supporre che la Corte costituzionale abbia voluto lasciare aperta una via per una possibile rimeditazione della riconducibilità del sistema sanzionatorio del licenziamento collettivo alla Direttiva n. 98/59 e, quindi, in ordine alla possibilità di evocare la CdfUe e la Cser nei giudizi di costituzionalità nonché nell'applicazione conforme da parte dei giudici ordinari (34).

Del resto, appare persuasiva l'osservazione di parte della dottrina secondo cui, nel sistema della Direttiva n. 98/59, la procedura di informazione sindacale si fonda sull'idoneità ed efficacia del confronto con le Oo.Ss. sicché, a tal fine, le tutele dei dipendenti destinatari devono essere omogenee, perché diversamente ne risulterebbe falsata l'informazione e alterato il dialogo che secondo l'art. 2, par. 3, della Direttiva citata deve, invece, essere «costruttivo» (35).

In più, non è secondario che l'informazione, oltre a dover essere corretta e completa, ai sensi dell'art. 2, par. 3, lett. *b-v*, della Direttiva citata, deve riguardare anche «i criteri previsti per la selezione dei lavoratori da licenziare».

Questa precisa e puntuale previsione esclude che si possa affermare con tanta nettezza che la materia dei criteri di scelta sia del tutto estranea alla «attuazione del diritto dell'Unione».

Una possibile spiegazione (e forse un auspicio) del *non liquet* è, dunque, da ricondurre alla volontà della Corte di non assumere un'iniziativa che poteva essere interpretata come invasione nel campo riservato al legislatore, soprattutto in un terribile momento nel quale i rapporti sociali sono palesemente alterati dall'emergenza dettata dalla pandemia da Covid-19.

A ogni modo, a prescindere da queste osservazioni, di certo, la questione potrà essere nuovamente sollevata e posta all'attenzione della Corte costituzionale, che potrà chiarire se la materia è conforme ai principi costituzionali e sovranazionali affinché si rimedii la disarmonia di tutele.

Ma soprattutto affinché si porti l'attenzione sul punto centrale delle tutele giuslavoristiche, ovvero la necessità di riconsiderare la reintegrazione come architrave delle tutele di tutti i diritti all'interno del rapporto di lavoro subordinato. Senza di essa, il soggetto debole sarà e rimarrà debole perché indotto a rinunciare a far valere i propri diritti per il fondato timore di perdere definitivamente il proprio posto di lavoro e, pertanto, la fonte di reddito per sé e la propria famiglia.

La questione può essere approfondita alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 59 del 1.4.2021, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 7, della l. n. 300/1970 nella parte in cui prevede che il giudice, quando accerti la manife-

(33) Si veda, oltre al punto 87 della pronuncia del Ceds citato nel testo, anche il punto 92.

(34) La C. cost. ha, nel tempo, adottato varie tecniche per dialogare con il legislatore e i giudici; cfr. Celotto 2009, 157 ss. e dottrina ivi citata; Crisafulli 1984, 400.

(35) Gragnoli 2021, 9.

sta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento possa, e non debba, disporre la reintegrazione (36). Il cuore della motivazione del giudice costituzionale sta nella disparità di trattamento tra licenziamento per un motivo soggettivo – la cui insussistenza conduce alla reintegrazione del lavoratore ingiustamente licenziato – e quello per un motivo oggettivo ove tale possibilità non è certa. La Corte rileva che le caratteristiche delle due fattispecie non legittimano una differenza in merito alla obbligatorietà o facoltatività della reintegrazione di fronte a una analoga «insussistenza del fatto» (37).

Ma allora è del tutto evidente che un'analoga discordanza sussiste nel regime di tutela per i lavoratori con contratto a tutele crescenti, là dove solo per il licenziamento ascrivibile a ragione soggettiva l'insussistenza del fatto contestato può condurre alla reintegrazione mentre per il licenziamento economico tale possibilità è esclusa in radice.

Come si vede, dal giudice delle leggi giunge un ulteriore spunto di riflessione per la valutazione della costituzionalità del sistema di tutele approntato per il licenziamento economico (collettivo e per giustificato motivo oggettivo) nel regime introdotto dal d.lgs. n. 23 del 2015.

Se, pertanto, la questione di costituzionalità dell'art. 10 del d.lgs. n. 23 del 2015 potrà essere nuovamente sollevata, sarà possibile arricchirla con questi nuovi spunti che giungono proprio dal giudice costituzionale.

Riferimenti bibliografici

- Allamprese A., Dalmasso R. (2020), *La décision du Comité de Strasbourg sur la Réclamation n. 158/2017 Cgil c. Italie: la terre tremble!*, in *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, n. 2, 114 ss.
- Bologna S. (2020), *I licenziamenti collettivi nell'ordinamento multilivello: effettività, dissuasività, non discriminazione*, in RGL, II, 293 ss.
- Carabelli U., Giubboni S. (2013), *Il licenziamento collettivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 391 ss.

(36) Per un primissimo commento Pasquarelli, 2021. Si deve segnalare che il Tribunale di Ravenna, nel medesimo procedimento appena ritornato dalla Corte costituzionale, con ordinanza del 6.5.2021 ha sollevato nuovamente una questione di costituzionalità dell'art. 18, c. 7, St. lav. con riferimento agli artt. 1, 3, cc. 1 e 2, 4, 24, 35, Cost., «nella parte in cui prevede che, in caso di insussistenza del fatto, per disporre la reintegra occorra un *quid pluris* rappresentato dalla dimostrazione della “manifesta” insussistenza del fatto stesso».

(37) Nella sentenza si legge: «L'esercizio arbitrario del potere di licenziamento, sia quando adduce a pretesto un fatto disciplinare inesistente sia quando si appella a una ragione produttiva priva di ogni riscontro, lede l'interesse del lavoratore alla continuità del vincolo negoziale e si risolve in una vicenda traumatica, che vede direttamente implicata la persona del lavoratore. L'insussistenza del fatto, pur con le diverse gradazioni che presenta nelle singole fattispecie di licenziamento, denota il contrasto più stridente con il principio di necessaria giustificazione del recesso del datore di lavoro, che questa Corte ha enucleato sulla base degli artt. 4 e 35 Cost. (sentenza n. 41 del 2003, punto 2.1 del Considerato in diritto). Tali elementi comuni alle fattispecie di licenziamento poste a raffronto dal rimettente, valorizzati dallo stesso legislatore nella previsione di una identica tutela reintegratoria, privano di una ragione giustificatrice plausibile la configurazione di un rimedio meramente facoltativo per i soli licenziamenti economici».

- Celotto A. (2009), *Questioni di giustizia costituzionale*, Esi, Napoli, 2009.
- Cosentino A. (2020), *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee*, in *QG*, 6 febbraio.
- 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. (2020), *Le ordinanze di Milano e Napoli sullo Jobs Act. Il problema della doppia pregiudizialità*, in *LDE*, n. 1.
- Cosio R. (2021), *La sanzione dissuasiva nei licenziamenti collettivi. La risposta delle Alte Corti*, in *LDE*, n. 1.
- Crisafulli V. (1984), *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2, *La Corte costituzionale*, Cedam, Padova.
- Del Punta R. (1993), *I licenziamenti collettivi*, in M. Papaleoni et al., *La nuova Cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Cedam, Padova, 241 ss.
- Diamanti R. (2021), *Il risarcimento danni conseguente al licenziamento illegittimo. Il percorso della Corte di Giustizia, della Corte costituzionale e del Comitato europeo dei diritti sociali*, in *LDE*, n. 1.
- Fassina L. (2018), *Il contratto a tutele crescenti sotto la lente del Comitato europeo dei diritti sociali e della Corte costituzionale italiana: un possibile dialogo «complice» la Cgil?*, in www.europeanrights.eu.
- Gragnoli E. (2021), *I licenziamenti collettivi, il diritto europeo e i significativi dubbi della giurisprudenza italiana*, in *LDE*, n. 1.
- Maresca A. (2012), *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, I, 415 ss.
- Mazzotta O. (2012), voce *Licenziamenti collettivi*, in *ED, Annali*, V, Milano, 767 ss.
- Modugno F., Carnevale P. (1990), *Sentenze additive, «soluzione costituzionalmente obbligata» e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del «verso» della richiesta addizione*, in *GCost.*, 529 ss.
- Musella C. (2021), *Licenziamenti collettivi e Corte costituzionale. La partita non si chiude con la sentenza 254/2020*, in *LDE*, n. 1.
- Orlandini G. (2020), *Tomando los derechos en serio: la decision de 3 Comité Europeo de Derechos Sociales sobre la regulation italiana del despido (Cgil c. Italia)*, in *Trabajo y Derecho*, n. 71, del 1° novembre.
- Pasquarelli F.G. (2021), *Volere è potere (o è dovere?). Commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 59 del 1.4.2021*, in *QG*, <https://www.questionegiustizia.it>.
- Roselli F. (2020), *Nota all'ordinanza App. Napoli 18.9.2019*, in *LDE*, n. 1.
- Roselli F. (2021), *Qualche osservazione su Corte cost. n. 254 del 2020*, in *LDE*, n. 1.
- Scarpelli F. (1997), *La nozione e il controllo del giudice*, in *I licenziamenti collettivi*, *QDLRI*, 19 ss.
- Speziale V. (2021), *La sentenza della Corte costituzionale n. 254 del 2020 sui licenziamenti collettivi: una forma di «leale e costruttiva collaborazione» con la Corte di giustizia europea?*, in *LDE*, n. 1.
- Zoli C. (2002), *La procedura di licenziamento collettivo e il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, in Aa. Vv., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano 2002, 304 ss.

Filippo Aiello
Avvocato in Roma

CASSAZIONE, 17.12.2020, n. 29009 – Pres. Raimondi, Est. Arienzo, P.M. Sanlorenzo (conf.) – R.S. (avv.ti Andreatta, Verde) c. Banco di Napoli Spa (avv. Cirillo).

Cassa Corte d'Appello di Napoli, 22.2.2017.

Disabilità – Art. 33, c. 5, l. n. 104/1992 – Diritto del lavoratore dipendente che assiste il familiare disabile di non essere trasferito senza il suo consenso – Mobilità connessa a ordinarie esigenze tecnico-produttive del datore di lavoro – Irrilevanza.

Disabilità – Art. 33, c. 5, l. n. 104/1992 – Diritto del lavoratore dipendente che assiste il familiare disabile di non essere trasferito senza il suo consenso – Diritto del lavoratore connesso alla domanda all'Inps di godimento dei benefici di cui alla l. n. 104/1992 – Provvedimento dell'Inps che ammette il lavoratore al godimento dei benefici di cui alla l. n. 104/1992 – Irrilevanza.

Disabilità – Art. 33, c. 5, l. n. 104/1992 – Diritto del lavoratore dipendente che assiste il familiare disabile di non essere trasferito senza il suo consenso – Maggiore vicinanza della sede di destinazione al domicilio del disabile da assistere – Irrilevanza.

Dell'art. 33, c. 5, l. n. 104/1992, deve darsi una interpretazione orientata alla complessiva considerazione dei principi e dei valori costituzionali coinvolti, così come delineati nella giurisprudenza della Corte costituzionale, sicché va data continuità all'orientamento in forza del quale il diritto del familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o affine entro il terzo grado portatore di handicap, di non essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede non può subire limitazioni in caso di mobilità connessa a ordinarie esigenze tecnico-produttive del datore di lavoro. (1)

L'insorgenza del diritto del lavoratore dipendente che assiste un familiare portatore di handicap al beneficio di non essere trasferito senza il suo consenso deve essere ancorata quanto meno alla presentazione della domanda intesa a ottenere i benefici di cui alla predetta legge, e non alla data del provvedimento concessorio da parte dell'Inps. (2)

Il datore di lavoro che non dimostri la sussistenza di esigenze effettive e urgenti, insuscettibili di essere altrimenti soddisfatte, non può disporre il trasferimento del lavoratore che assista un familiare portatore di handicap senza il suo consenso, nemmeno nel caso in cui la sede di destinazione risulti più vicina al domicilio del disabile da assistere. (3)

(1-3) LA NECESSITÀ DEL CONSENSO AL TRASFERIMENTO
DEL LAVORATORE CAREGIVER

SOMMARIO: 1. I diritti riconosciuti dalla l. n. 104 del 1992 al *caregiver* familiare. I permessi retribuiti. — 2. I diritti del *caregiver* familiare in relazione alla determinazione della sede di lavoro. — 3. I principi espressi nella sentenza della Cassazione n. 29009/2020. — 4. Considerazioni conclusive.

1. — *I diritti riconosciuti dalla l. n. 104 del 1992 al caregiver familiare. I permessi retribuiti*
— La sentenza in commento contribuisce a dare un ulteriore chiarimento circa la portata applicativa dell'art. 33, c. 5, della l. n. 104 del 1992 (legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate).

Questa disposizione, al pari di quella sui permessi mensili retribuiti previsti dal medesimo provvedimento legislativo, rientra, come è noto, nel novero delle agevolazioni e provvidenze riconosciute dal nostro ordinamento in favore dei lavoratori cosiddetti *caregivers*, o assistenti familiari, cioè di coloro che, essendo legati da vincoli affettivi a un proprio congiunto non più autosufficiente a causa dell'età avanzata oppure di patologie croniche invalidanti, lo assistono volontariamente e gratuitamente nella sue quotidiane esigenze di vita. Questa figura, mai riconosciuta prima da nessuna legge, può prestare assistenza al disabile in modalità diretta, cioè attraverso il compimento di atti relativi a bisogni primari che l'invalide non riuscirebbe a soddisfare da solo (lavare, stirare, vestire, medicare, pulire casa, preparare i pasti, somministrare farmaci, cura e igiene della persona), oppure indiretta, cioè sbrigando le questioni amministrative che dovrebbe compiere l'assistito, ovvero sorvegliando il familiare e intervenendo in caso di pericolo. Le attività di assistenza, quindi, possono anche non consistere nella cura del disabile in senso stretto: come chiarito dal ministero del Lavoro, non è obbligatorio assistere il portatore di handicap per tutto il tempo «in presenza» (1), potendo l'assistenza sostanzarsi anche in attività che risultino comunque di aiuto al portatore di handicap, come portarlo al lavoro, oppure ritirare esami, pagare bollette e svolgere varie incombenze per suo conto durante l'orario lavorativo (2). Inoltre, le attività svolte per la cura e l'assistenza del portatore di handicap, o per conto del disabile, non devono necessariamente svolgersi per l'intera giornata, come ha recentemente chiarito la Cassazione (3), ma devono durare almeno per un lasso di tempo che copra l'orario lavorativo.

La l. n. 104/92 delinea un regime di protezione che mira a tutelare il diritto del congiunto portatore di handicap a mantenere invariate le condizioni di assistenza, nel rispetto di quanto previsto non soltanto nella nostra Carta costituzionale (e in particolare dall'art. 3, comma 2), ma anche da numerose fonti di diritto internazionale, tra le

(1) Ministero del lavoro, interpello n. 30/2010.

(2) Nel senso che l'assistenza al disabile può essere prestata con modalità e forme diverse, anche attraverso lo svolgimento di incombenze amministrative, pratiche o di qualsiasi genere, purché nell'interesse del familiare assistito, cfr. Cass. 2.10.2018, n. 23891, ord., in *LG*, 2019, n. 4, 351 ss., con nota di De Mozzi.

(3) Cass. 26.10.2020, n. 23434, ord., in *www.iusinitinere.it*.

quali l'art. 26 della Carta di Nizza in materia di salvaguardia del diritto dei disabili a beneficiare di misure rivolte al loro inserimento sociale, e la Convenzione delle Nazioni Unite del 13.12.2006 in materia di protezione dei disabili, ratificata con l. n. 18/2009. Queste provvidenze si basano sull'idea di fondo che il diritto alla salute, quale bene fondamentale della persona, comprenda non soltanto il diritto del disabile a ricevere adeguate prestazioni sanitarie e riabilitative, ma anche il diritto a ricevere cure e assistenza in via prioritaria nell'ambito della propria comunità familiare, perché ciò favorisce la continuità delle relazioni affettive e la socializzazione, che sono essenziali fattori di sviluppo della personalità, nonché utili strumenti di benessere psico-fisico.

In sintesi, può dirsi che la tutela riconosciuta al lavoratore che provveda all'assistenza del familiare disabile, a condizione che vi sia convivenza, pone in evidenza che l'agevolazione assolve contestualmente alla *ratio* di garantire la presenza del lavoratore nel proprio nucleo familiare e di non privare la persona con disabilità dell'assistenza del familiare che se ne prende cura, compromettendone la tutela psico-fisica, risultando così destinatario della tutela la persona disabile in quanto inserita nel nucleo familiare del familiare lavoratore.

Come è noto, l'art. 33, c. 3, della legge in discorso prevede, innanzitutto, il diritto del *caregiver* familiare di assentarsi dal lavoro per tre giorni al mese; tali permessi possono essere goduti anche in via continuativa, e sono frazionabili a ore. Si tratta di permessi retribuiti e coperti da contribuzione figurativa riconosciuti a coniuge, parenti e affini entro il secondo grado, oppure entro il terzo grado, se i genitori o il coniuge della persona con handicap grave hanno più di 65 anni, oppure siano affetti da patologie invalidanti o siano mancanti. I permessi dei *caregiver* familiari, diversamente dal congedo parentale e da quello straordinario per malattia del figlio, non possono essere scalati dalle ferie, a meno che non si sommino a periodi di congedo parentale (4).

Condizione fondamentale per beneficiare del permesso è la disabilità grave, cioè il riconoscimento in capo al disabile assistito di un handicap in situazione di gravità ai sensi della l. n. 104/92; condizione che deve essere accertata dalle apposite Commissioni Asl. Inoltre, per fruire delle assenze il dipendente del settore privato deve inviare una specifica domanda telematica all'Inps.

La Cassazione (5) ha recentemente chiarito che i permessi della legge n. 104 sono compatibili anche col ricovero del disabile presso strutture residenziali per anziani, come le Rsa, quando la struttura non eroghi assistenza sanitaria continuativa. Non spetta invece il diritto ai permessi in relazione al familiare disabile al quale sia offerta assistenza sanitaria continuativa: in quest'ipotesi, la situazione viene equiparata a quella del disabile ricoverato in un ospedale, in una clinica o in una struttura sanitaria specializzata, salvo che vi sia l'esigenza di accompagnare il disabile al di fuori della struttura per terapie, visite ed esami, ovvero che il disabile non si trovi ricoverato in situazione di gravità in stato vegetativo persistente o con prognosi infausta a breve termine.

La giurisprudenza (6) ha da tempo precisato che il permesso di cui alla l. n. 104/92

(4) Cass. 31.1.2018, n. 2466, ord., in *Quotidiano giuridico*, 15 febbraio 2018.

(5) Cass. 14.8.2019, n. 21416, in *Ced Cassazione*, 2019.

(6) Cass. 22.1.2020, n. 1394, in *LG*, 2020, n. 7, 740 ss., con nota di Cairo; Cass. 20.8.2019, n.

sia riconosciuto al lavoratore in ragione dell'assistenza al disabile e in relazione causale diretta con essa, senza che il dato testuale e la *ratio* della norma ne consentano l'utilizzo in funzione meramente compensativa delle energie impiegate dal dipendente per detta assistenza. Ne consegue che il comportamento del dipendente che si avvalga di tale beneficio per attendere a esigenze diverse integra l'abuso del diritto e viola i principi di correttezza e buona fede, sia nei confronti del datore di lavoro che dell'Ente assicurativo, con rilevanza anche ai fini disciplinari. È stato tuttavia precisato che si è in presenza di un uso improprio o di un abuso del diritto, ovvero di una grave violazione dei doveri di correttezza e buona fede che genera la responsabilità del dipendente, soltanto se venga a mancare del tutto il nesso causale tra assenza dal lavoro e assistenza al disabile, ossia in ipotesi in cui vi sia la prova diretta o indiretta dell'assenza di assistenza e/o dello svolgimento da parte dell'utilizzatore dei permessi di attività incompatibili con la prestazione della stessa (7).

Pertanto, in coerenza con la *ratio* del beneficio, l'assenza dal lavoro per la fruizione del permesso deve porsi in relazione diretta con l'esigenza per il cui soddisfacimento il diritto stesso è riconosciuto, ossia l'assistenza al disabile. Tanto meno la norma consente di utilizzare il permesso per esigenze diverse da quelle proprie della funzione cui la norma è preordinata: il beneficio comporta un sacrificio organizzativo per il datore di lavoro, giustificabile solo in presenza di esigenze riconosciute dal legislatore (e dalla coscienza sociale) come meritevoli di superiore tutela. Ove il nesso causale tra assenza dal lavoro e assistenza al disabile manchi del tutto non può riconoscersi un uso del diritto coerente con la sua funzione, e dunque si è in presenza di un uso improprio ovvero di un abuso del diritto, o, secondo altra prospettiva, di una grave violazione dei doveri di correttezza e buona fede sia nei confronti del datore di lavoro (che sopporta modifiche organizzative per esigenze di ordine generale) che dell'Ente assicurativo. E pur ammettendo che l'assistenza che legittima il beneficio non possa intendersi esclusiva al punto da impedire a chi la offre di dedicare spazi temporali adeguati alle personali esigenze di vita, è comunque indispensabile che risultino complessivamente salvaguardati i connotati essenziali di un intervento assistenziale che deve avere carattere permanente, continuativo e globale nella sfera individuale e di relazione del disabile.

2. — *I diritti del caregiver familiare in relazione alla determinazione della sede di lavoro* — Venendo al tema che più interessa in relazione alla decisione della Suprema Corte in esame, oltre al diritto ai permessi retribuiti al lavoratore *caregiver* familiare la legge riconosce particolari diritti in relazione alla determinazione della sede di lavoro. Infatti, nella generalità dei casi, il provvedimento di trasferimento è destinato ad avere ricadute pregiudizievoli per il lavoratore sotto diversi versanti, incidenti, oltre che sul piano economico, anche su quello familiare, nel senso di interrompere, per tempi non limita-

21529, in *www.neldiritto.it*; Cass. 25.3.2019, n. 8310, in *GI*, 2019, n. 8-9, 1871 ss., con nota di Aimo; Cass. 13.9.2016, n. 17968, in *LG*, 2016, n. 11, 975 ss., con nota di Minervini; Cass. 30.4.2015, n. 8784, in *GI*, 2015, n. 10, 2159 ss.

(7) Cfr., da ultimo, Cass. n. 19.7.2019, n. 19580, in *www.unicolavoro.ilsole24ore.com*; Cass. 16.1.2020, n. 12032, in <https://ilgiuslavorista.it>.

ti, quei rapporti di affetto e di solidarietà quotidiana fondanti la comunità familiare, tanto più pregnanti e gravosi ove il nucleo familiare veda presenti minori, anziani e disabili, bisognevoli di cura e dedizione. Il criterio di bilanciamento di interessi e di diritti aventi ciascuno copertura costituzionale non può che portare a una valorizzazione delle esigenze del lavoratore e a privilegiare le esigenze del lavoratore che sia parte della comunità familiare nel cui ambito vi sia una persona con disabilità comportante la necessità di assistenza in ragione di un'infermità o disabilità che non consente un'autonomia consapevole negli atti quotidiani, salvaguardando condizioni di vita accettabili per il contesto familiare in cui la persona con disabilità si trova inserita ed evitando riflessi pregiudizievoli in conseguenza di una dislocazione lavorativa sfavorevole del congiunto, con uno squilibrio di assetti, a fronte di una situazione assistenziale consolidata e di condizioni di vita accettabili per il contesto familiare.

Tenuto conto delle suddette esigenze, come sottolineato in uno dei passaggi motivazionali della sentenza in commento, il c. 5 dell'art. 33 della l. n. 104 del 1992 (così come, peraltro, il comma 6, che contiene analoghe disposizioni in favore del lavoratore portatore di handicap) disciplina due fattispecie ben distinte: da un lato, il diritto del lavoratore *caregiver* alla scelta della sede di lavoro e, dall'altro lato, il suo diritto a rifiutare il trasferimento.

La prima parte della citata disposizione normativa prevede, in particolare, che il genitore o il familiare lavoratore (pubblico o privato) che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado portatore di handicap abbia, innanzitutto, diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio. Secondo la giurisprudenza, il suddetto beneficio è applicabile non solo all'inizio del rapporto di lavoro, mediante la scelta della sede ove viene svolta l'attività lavorativa, ma anche nel corso del rapporto, mediante domanda di trasferimento: la *ratio* della norma, infatti, è quella di favorire l'assistenza al parente o affine handicappato, risultando a tal fine irrilevante se tale esigenza sorga nel corso del rapporto o sia presente all'epoca dell'inizio del rapporto stesso (8).

La presenza dell'inciso «ove possibile» rende però evidente (e anche la Suprema Corte lo ricorda nella decisione in commento) che il diritto del lavoratore di scegliere la sede di lavoro o di chiedere il trasferimento a una sede più vicina al proprio domicilio è in qualche modo limitato, in sede di bilanciamento dei contrapposti interessi, dalle esigenze datoriali alla mobilità dei lavoratori per ordinarie ragioni tecnico-produttive. Bilanciamento che, peraltro, assume particolare rilevanza nell'ipotesi di lavoro alle dipendenze di una pubblica amministrazione, giacché il diritto del lavoratore *caregiver* familiare, in questo caso, va temperato con l'interesse collettivo, sicché può essere legittimamente preclusa la possibilità per il dipendente di essere trasferito in una zona vicina alla residenza della persona handicappata assistita laddove sussistano rilevanti interessi che non consentano l'espletamento dell'attività lavorativa con determinate dislocazioni territoriali (9).

(8) In questo senso, da ultimo, Cass. 1.3.2019, n. 6150, ord., in *LG*, 2019, n. 6, 625 ss.

(9) Cfr., tra le più recenti pronunce in questo senso, C. App. Milano 6.5.2019, in www.laleggepertutti.it.

La seconda parte della disposizione normativa in esame prevede ulteriormente che il lavoratore che assiste con continuità un familiare disabile non possa essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede. Il divieto di trasferimento opera ogni volta che muti definitivamente il luogo geografico di esecuzione della prestazione (10) e anche qualora lo spostamento non riguardi diverse unità produttive, ma luoghi diversi ubicati anche nella medesima unità produttiva (11).

Siccome questa parte del comma 5 dell'art. 33 in discorso non contiene l'inciso «ove possibile», essa (in considerazione dei riflessi negativi che possono derivare al portatore di handicap in conseguenza del trasferimento di sede del congiunto, a fronte di una situazione assistenziale già consolidata) configura il diritto a rifiutare il trasferimento come un vero e proprio diritto soggettivo del lavoratore, come tale non sottoposto a limitazione alcuna.

Ricordiamo, al riguardo, che già il codice civile, all'art. 2103, subordina la possibilità di trasferire il lavoratore ad altra unità produttiva alla sussistenza di «comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive». Il limite legale posto dall'art. 2103 all'esercizio del potere datoriale di trasferimento, dunque, è rappresentato dalla sussistenza di ragioni tecniche, organizzative e produttive che siano tali da giustificare il provvedimento e che, ad esempio, sussistono quando il mutamento della sede sia determinato dalla soppressione del posto di lavoro e delle relative mansioni (anche a seguito di una ristrutturazione) e dalla ricostituzione degli stessi presso la sede di destinazione (12), ovvero nel caso di incompatibilità ambientale (13), nonché nel caso in cui il datore di lavoro presso il quale venga avviato un invalido per l'assunzione ai sensi della l. 12.3.1999, n. 68, nel ricercare all'interno dell'azienda mansioni compatibili con le condizioni sanitarie del lavoratore, proceda a ridistribuire gli incarichi tra i lavoratori già in servizio. Nella verifica della serietà e oggettività delle ragioni che hanno determinato il trasferimento il sindacato del giudice trova un preciso limite nella libertà di iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41 Cost., di talché il controllo giurisdizionale sulle comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive, che legittimano il trasferimento del lavoratore subordinato, deve essere diretto ad accertare soltanto se vi sia corrispondenza tra il provvedimento datoriale e le finalità tipiche dell'impresa e non può essere esteso al merito della scelta

(10) Cass. 23.8.2019, n. 21670, ord., in *Quotidiano giuridico*, 10 settembre 2019.

(11) Cass. 12.10.2017, n. 24015, in *LG*, 2018, n. 2, 203 ss. La Corte di Cassazione ha anche chiarito che la nozione di trasferimento presuppone una scelta dell'imprenditore tra più possibili sedi sicché non costituisce trasferimento il mutamento della sede di lavoro, con la conseguente necessaria motivazione rispetto alle ragioni organizzative previste dell'art. 2103, quando la sede precedente sia stata soppressa (Cass. 28.11.2016, n. 24112, in *Ced Cassazione*, 2016).

(12) Cass. 29.3.2000, n. 3827, in *MGI*, 2000.

(13) Cass. 23.2.2007, n. 4265, in *LG*, 2007, n. 10, 1028 ss. In questa decisione la Suprema Corte ha ribadito con chiarezza il principio in forza del quale il trasferimento del dipendente dovuto a incompatibilità aziendale, trovando la sua ragione nello stato di disorganizzazione e disfunzione dell'unità produttiva, va ricondotto alle esigenze tecniche, organizzative e produttive, di cui all'art. 2103 c.c., piuttosto che, sia pure atipicamente, a ragioni punitive e disciplinari, con la conseguenza che la legittimità del provvedimento datoriale di trasferimento prescinde dalla colpa (in senso lato) dei lavoratori trasferiti, come dall'osservanza di qualsiasi altra garanzia sostanziale o procedimentale che sia stabilita per le sanzioni disciplinari.

imprenditoriale, né questa deve presentare necessariamente i caratteri della inevitabilità, essendo sufficiente che il trasferimento concreti una tra le scelte ragionevoli che il datore di lavoro possa adottare sul piano tecnico, organizzativo o produttivo (14). Ciò significa che, una volta che sia stata effettuata la verifica dell'oggettiva sussistenza di ragioni attinenti all'organizzazione e all'attività produttiva dell'impresa e del rispetto dei limiti connessi al divieto di atti discriminatori o lesivi della sicurezza, libertà e dignità del lavoratore, il giudice non può sindacare il merito della scelta operata dal datore di lavoro (15).

Ebbene, ai limiti codicistici al potere datoriale di trasferimento, testé ricordati, il comma 5, seconda parte, dell'art. 33, l. n. 104/92, aggiunge anche quello ulteriore del consenso da parte dell'interessato, che si configura, dunque, come un limite esterno all'esercizio del potere.

Quindi, il bilanciamento tra i contrapposti interessi viene effettuato dal legislatore in maniera differente in relazione alle due distinte posizioni soggettive contemplate dalla disposizione in esame. Per quanto attiene alla scelta della sede di lavoro all'atto dell'assunzione, o anche in via di successiva domanda di trasferimento a domanda, l'inciso «ove possibile» vale a configurare una subordinazione del diritto del lavoratore alla condizione che il suo esercizio non comporti una lesione eccessiva delle esigenze organizzative ed economiche del datore di lavoro privato, ovvero non determini un danno per la collettività compromettendo il buon andamento e l'efficienza della pubblica amministrazione (16). Invece, la seconda parte del ridetto articolo 33, comma 5, prevedendo semplicemente che il lavoratore non possa essere trasferito ad altra sede senza il suo consenso, esprime una diversa scelta di valori, atteso che, in questa ipotesi, l'interesse della persona handicappata prevale sulle ordinarie esigenze produttive e organizzative del datore di lavoro (17).

La giurisprudenza, tuttavia, ha ulteriormente chiarito come anche tale ultima scelta non escluda che l'interesse prioritariamente tutelato debba comunque conciliarsi con altri rilevanti interessi, diversi da quelli sottesi alla ordinaria mobilità, che possono entrare in gioco nello svolgimento del rapporto di lavoro, pubblico o privato, come accade, ad esempio, in situazioni di soppressione del posto di lavoro o di incompatibilità ambientale, che si distinguono dalle ordinarie esigenze di assetto organizzativo, integrando, di per sé, un'obiettiva esigenza di modifica del luogo di lavoro (18). Inoltre,

(14) Cass. 23.2.2007, n. 4265, cit.; Cass. 12.12.2002, n. 17786, in *Gius*, 2003, n. 8, 835 ss.; Cass. 2.8.2002, n. 11624, in *DG*, 2002, f. 35.

(15) Cass. 10.3.2006, n. 5320, in *FI*, 2007, n. 5, I, 1588 ss.

(16) C. cost. 22.7.2002, n. 372, in *GCost.*, 2002, 2748 ss.; Cass., S.U., 27.3.2008, n. 7945, in *MGI*, 2008; Cass., S.U., 9.7.2009, n. 16102, in *FI*, 2010, n. 5, I, 1427 ss.; Cass. 25.1.2006, n. 1396, in *FI*, 2007, n. 3, I, 915 ss.; Cass. 27.5.2003, n. 8436, in *GDir.*, 2003, n. 29, 83 ss.; Cass. 29.8.2002, n. 12692, in *MGL*, 2002, con nota di Bruzzone.

(17) Nel senso che la collocazione dell'inciso «ove possibile» *sub* art. 33, c. 5, l. n. 104/92, impedisce la sua utilizzabilità con riferimento al divieto di trasferimento del lavoratore senza il consenso del medesimo, rendendo questo istituto «più protettivo» rispetto al «diritto» del lavoratore di scegliere la sede di lavoro, cfr.: Lamona 2014; Mesiti 2013.

(18) Cass. 23.2.2007, n. 4265, in *LG*, 2007, n. 10, 1028 ss.; Cass. 28.9.1995, n. 10252, in *GI*, 1996, n. 1, I, 730 ss., con nota di Marazza.

alcuni arresti giurisprudenziali (richiamati anche nella parte motiva della stessa sentenza qui in commento) hanno precisato che deve ritenersi vietato il trasferimento del lavoratore che assista un familiare disabile, anche quando il grado di disabilità dell'assistito non si configuri come grave, a meno che il datore di lavoro, a fronte della natura e del grado di infermità psico-fisica del familiare, provi la sussistenza di esigenze aziendali effettive e urgenti, insuscettibili di essere altrimenti soddisfatte (19).

In altre parole, l'interesse della persona portatrice di handicap, ponendosi come limite esterno del potere datoriale di trasferimento, quale disciplinato in via generale dall'art. 2103 c.c., prevale sulle ordinarie esigenze produttive e organizzative del datore di lavoro, ma non esclude che il medesimo interesse, pure prevalente rispetto alle predette esigenze, debba conciliarsi con altri rilevanti interessi, diversi da quelli sottesi alla ordinaria mobilità, che possono entrare in gioco nello svolgimento del rapporto di lavoro, pubblico o privato – così come avviene in altre ipotesi di divieto di trasferimento previste dall'ordinamento per le quali la considerazione dei principi costituzionali coinvolti può determinare, concretamente, un limite alla prescrizione di inamovibilità –, con la conseguenza che la particolarità delle esigenze sottese a tali situazioni, riconducibili a valori di rilievo costituzionale e allo stesso mantenimento dell'assistenza alle persone disabili, determina la inapplicabilità, in caso di soppressione del posto o di incompatibilità ambientale, della tutela di cui alla l. n. 104/92, art. 33, c. 5, seconda parte, che riguarda invece le ipotesi di mobilità dei lavoratori per ordinarie ragioni tecnico-produttive (20). Sicché, mentre il diritto del lavoratore di scegliere la sede di lavoro o di chiedere il trasferimento a una sede più vicina al proprio domicilio è limitato dalle esigenze tecnico-produttive e organizzative del datore di lavoro, il diritto di non essere trasferito ad altra sede senza il suo consenso non può subire limitazioni in caso di mobilità connessa a ordinarie esigenze organizzative ed economiche dell'azienda, ovvero della pubblica amministrazione, ma non è attuabile ove sia accertata, in base a una verifica rigorosa anche in sede giurisdizionale, la incompatibilità della permanenza del lavoratore nella sede di lavoro (21).

(19) Cass. 7.6.2012, n. 9201, in *FI*, 2012, n. 9, I, 2349 ss.; Cass. 12.12.2016, n. 25379, in *Ced Cassazione*, 2016; Cass. 11.10.2017, n. 23857, in *Ced Cassazione*, 2017.

(20) Cass. 9.7.2009, n. 16102, S.U., in *FI*, 2010, n. 5, I, 1427 ss. Questa sentenza ha stabilito, in particolare, che il diritto del genitore o del familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato, di non essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede non può subire limitazioni solo in caso di mobilità connessa a ordinarie esigenze tecnico-produttive dell'azienda, ovvero della pubblica amministrazione, ma non già ove sia accertata, in base a una verifica rigorosa anche in sede giurisdizionale, l'effettiva incompatibilità della permanenza del lavoratore nella sede di lavoro; in tale caso, il verificarsi di un'oggettiva situazione di incompatibilità ambientale giustifica una «compressione» del diritto del dipendente a non essere trasferito senza il suo consenso; compressione che, peraltro, risponde, in ultima analisi, allo stesso interesse del lavoratore di non perdere il proprio posto di lavoro.

(21) Cass. 9.7.2009, n. 16102, S.U., cit.; Cass. 29.8.2002, n. 12692, cit.; Cass. 18.12.2013, n. 28320, in *www.laprevidenza.it*; Cass. 11.5.2017, n. 11568, in *www.dirittoegustizia.it*; Cass. 30.3.2018, n. 7981, in *Ced Cassazione*, 2018; Cass. 1.3.2019, n. 6150, ord., cit. Nel senso che le considerazioni appena svolte portano a ritenere che anche il diritto a non essere trasferito non è un diritto

3. — *I principi espressi nella sentenza della Cassazione n. 29009/2020* — Nel caso esaminato dalla Corte di Cassazione nella sentenza in commento, il direttore di una filiale bancaria aveva impugnato il trasferimento ad altra filiale anche sulla base della violazione dell'art. 33, c. 5, l. n. 104/92. Mentre il Tribunale di Napoli aveva accolto il ricorso, dichiarando illegittimo il trasferimento, la Corte d'Appello, in riforma della sentenza di primo grado, aveva ritenuto che il beneficio invocato dal ricorrente non potesse essergli riconosciuto perché, nel momento in cui era stato disposto il trasferimento, era stata soltanto inoltrata la domanda all'Inps da parte del lavoratore, ma non era stato ancora reso il relativo provvedimento. Peraltro, la Corte territoriale aveva ulteriormente rilevato che la filiale alla quale il lavoratore era stato trasferito era più vicina al comune di residenza del familiare disabile da assistere, sicché il provvedimento si manifestava idoneo a favorirne la tutela dell'interesse protetto dalla norma.

La Cassazione ha però cassato la decisione impugnata, per non avere la Corte distrettuale fatto corretta applicazione dell'art. 33, c. 5, l. n. 104/92.

Prima di esaminare specificamente il caso sottoposto al suo giudizio, il Collegio giudicante — richiamati alcuni precedenti decisioni di legittimità (22) e una costante interpretazione della giurisprudenza costituzionale (23) — condivide l'orientamento interpretativo, al quale viene data quindi continuità, a mente del quale: a) il diritto del familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato, di non essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede non può subire limitazioni in caso di mobilità connessa a ordinarie esigenze tecnico-produttive dell'azienda ovvero della p.a.; b) il trasferimento del lavoratore che assiste un familiare disabile è vietato anche quando il grado di disabilità dell'assistito non si configuri come grave, a meno che il datore di lavoro, a fronte della natura e del grado di infermità psico-fisica del familiare, provi la sussistenza di esigenze aziendali effettive e urgenti, insuscettibili di essere altrimenti soddisfatte.

Partendo da queste consolidate premesse teoriche, l'*iter* motivazionale del Collegio giudicante si basa essenzialmente su di un doppio passaggio argomentativo, che rappresenta la parte più originale e interessante della decisione in commento.

In primo luogo, la sentenza in esame afferma, sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 33, l. n. 104 del 1992, che valorizza l'esigenza di tutela del disabile e la finalità di garantire a quest'ultimo un più elevato livello di vita e di protezione sociale, come tale tutela non possa essere condizionata «dal mancato accertamento di uno *status* o da preclusioni collegate all'inesistenza di un provvedimento formale che confermi la ricorrenza della situazione di fatto che conferisce fondamento al diritto del familiare che presta assistenza al disabile». E ciò anche in considerazione del fatto che, come emerge chiaramente dalla piana lettura dell'art. 3 della legge n. 104

assoluto e illimitato e che, in parziale analogia con quanto si verifica per il diritto alla scelta della sede di lavoro, il divieto di trasferimento può trovare limitazione nelle esigenze, questa volta straordinarie, del datore che trovano, anch'esse, fondamento nei principi costituzionali, cfr. Me-siti 2013.

(22) In particolare, la sentenza 3.11.2015, n. 22421, in www.europeanrights.eu.

(23) In particolare: C. cost. 8.6.1987, n. 215, in *FI*, 1987, I, 2935 ss.; C. cost. 29.10.1992, n. 406, in *GI*, 1994, I, 196 ss.; C. cost. 29.7.1996, n. 325, in *GC*, 1996, I, 3097 ss.

del 1992, è il datore di lavoro, e non l'Istituto previdenziale, il destinatario dell'obbligo di concessione dei permessi mensili, sicché il provvedimento dell'Inps che ne riconosce la fruibilità si sostanzia soltanto in una autorizzazione preventiva al datore a compensare le somme corrisposte a tale titolo con i contributi dovuti. Ne deriva che il diritto del lavoratore al beneficio di non essere trasferito senza il proprio consenso debba essere ancorato «quanto meno alla presentazione della domanda intesa a ottenere i benefici di cui alla legge n. 104/1992 e non alla data del provvedimento concessorio da parte dell'Inps». E, nel caso di specie esaminato dalla Corte, all'esito del giudizio di merito era risultato provato che il datore di lavoro era stato messo a conoscenza della prima richiesta di permesso ai sensi della legge n. 104 del 1992 presentata dal dipendente prima che ne fosse disposto il trasferimento.

In secondo luogo, la sentenza qui annotata confuta la tesi sottesa alla decisione della Corte d'Appello di Napoli, secondo la quale assumerebbe rilievo la circostanza che la sede di lavoro presso la quale si intendeva trasferire il dipendente risultasse più vicina al domicilio del congiunto al quale egli prestava assistenza, potendosi in tal modo prescindere dal rifiuto espresso dal lavoratore. In realtà, come già chiarito più sopra, l'elemento della distanza spaziale assume rilevanza solo rispetto all'esercizio del diritto del dipendente a scegliere (all'inizio o durante del rapporto, e sempre ove ciò sia possibile) la sede di lavoro, ma non nell'ipotesi, che ci occupa, di suo eventuale trasferimento, essendo in questo caso sempre necessario il consenso del lavoratore.

4. — *Considerazioni conclusive* — L'opzione esegetica offerta dalla recente decisione della Suprema Corte di Cassazione appare convincente, in linea con la precedente interpretazione giurisprudenziale e coerente con la *ratio* della disposizione normativa applicata, che è quella di evitare che la persona disabile resti priva di assistenza in relazione alla sede lavorativa del familiare che la assiste, di modo che possa risultare compromessa la sua tutela psico-fisica e la sua integrazione nella famiglia e nella collettività. La ricostruzione del quadro normativo di riferimento conduce infatti a ritenere che, nella necessaria operazione di bilanciamento, l'interesse contrapposto a quello del datore non sia quello del lavoratore, bensì quello del portatore di handicap che da quest'ultimo riceve assistenza, il che rafforza senza dubbio l'esigenza di tutela e di protezione che deve guidare l'interprete nell'applicazione concreta della norma (24).

Pertanto, sembra innanzitutto condivisibile la posizione, scevra da ogni formalismo, che ha condotto il Supremo Collegio a ritenere che ciò che conti, ai fini del riconoscimento del diritto del lavoratore a rifiutare il trasferimento, sia la situazione di fatto che conferisce fondamento al diritto del familiare che presta assistenza al disabile, e non certo la pronuncia del provvedimento formale con il quale l'Inps accoglie la domanda intesa a ottenere i benefici di cui alla legge n. 104 del 1992, e che assume soltanto un'efficacia dichiarativa e di mero accertamento di quel presupposto.

Altrettanto corretta appare l'affermazione dei giudici di legittimità secondo la quale dal consenso del lavoratore al trasferimento non possa prescindersi neppure nel caso in cui la sede nella quale lo si vuole trasferire risulti più vicina al luogo di assistenza del

(24) Così Cass. 1.3.2019, n. 6150, ord., cit.

familiare disabile, giacché la considerazione della mera distanza spaziale non può sostituire la ben più articolata valutazione di tutte le circostanze che caratterizzano il *ménage* familiare del lavoratore, che solo quest'ultimo può effettuare in maniera compiuta.

A ben vedere, l'unico elemento rilevante, che avrebbe potuto, in ipotesi, rendere legittimo un trasferimento del lavoratore *caregiver* senza il suo consenso, sarebbe stata – come sopra evidenziato – la sussistenza di esigenze aziendali effettive e urgenti, insuscettibili di essere altrimenti soddisfatte, e quindi non coincidenti con le ordinarie esigenze di mobilità del personale per esigenze economiche od organizzative, quali la soppressione del posto di lavoro o situazioni di incompatibilità ambientale, che però, nella specie, non erano state valutate dalla Corte territoriale (e anzi, a quanto consta, non erano state neppure prospettate dalla società datrice di lavoro).

Riferimenti bibliografici

- Apa S. (2020), *Bilanciamento tra diritto all'assegnazione della sede più vicina al domicilio della persona da assistere ed esigenze organizzative della p.a.*, in <https://ilgiuslavorista.it>, 20 agosto.
- Di Nunzio L., Fossati C. (2010), *Incompatibilità ambientale e trasferimento del dipendente pubblico che assista familiare portatore di grave handicap*, in LG, n. 1, 1595 ss.
- Fontana A. (2006), *Ancora sul trasferimento del lavoratore che assiste un familiare handicappato: la legge non può essere derogata in peius dalla contrattazione collettiva*, in *Famiglia e diritto*, n. 1, 64 ss.
- Lamonaca V. (2014), *Le agevolazioni ed i limiti al trasferimento dei lavoratori che prestano assistenza ai disabili gravi*, in LG, n. 12, 1051 ss.
- Limena F. (2009), *Il trasferimento per incompatibilità ambientale del familiare che assiste un disabile*, in LG, n. 12, 1244 ss.
- Marchesini L. (2019), *Il caregiver familiare e il diritto alla scelta della sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere*, in <https://ilgiuslavorista.it>, 10 giugno.
- Mesiti D. (2013), *L'handicap ed il divieto di trasferimento del lavoratore*, in LG, n. 5, 503 ss.
- Salvagni M. (2017), *L'interpretazione costituzionalmente orientata in materia di trasferimento del lavoratore che assiste il soggetto affetto da disabilità non grave*, in RGL, II, 251 ss.
- Viola L. (2017), *Il trasferimento del lavoratore disabile tra limiti legali e disciplina pattizia*, in RGL, II, 470 ss.

Andrea Colavita
Avvocato del Foro di Perugia

TRIBUNALE BOLOGNA, 31.12.2020, ord. – Est. Zompi – Filcams Cgil Bologna, Nidil Cgil Bologna, Filt Cgil Bologna (avv.ti Bidetti, De Marchis Gomez, Vacirca) c. Deliveroo Italia Srl (avv. De Luca Tamajo, Sideri, Toffoletto).

Discriminazioni – Sciopero – Convinzioni personali – Organizzazione del lavoro – Pregiudizio per il lavoratore provocato dal sistema di calcolo dell’algoritmo – Discriminazione indiretta – Onere della prova alleggerito – Carenza di giustificazioni.

Discriminazioni – Lavoro autonomo – *Riders* – Operatività piena della tutela.

Discriminazioni – Legittimazione ad agire del sindacato – Danno non patrimoniale – Riconoscimento.

Il sistema di prenotazione delle occasioni di lavoro, realizzato attraverso una piattaforma digitale, ove si penalizzano forme lecite di astensione dal lavoro e in particolare l’esercizio del diritto di sciopero, realizza una discriminazione indiretta per convinzioni personali, nel cui ambito rientra la discriminazione sindacale, in carenza di prova, da parte della società convenuta, del perseguimento di una finalità legittima e del carattere di appropriatezza e necessità dei mezzi impiegati per conseguirla. (1)

La normativa di contrasto delle discriminazioni per convinzioni personali è applicabile ai riders, anche se prestatori autonomi, ai sensi degli artt. 2, c. 1, ovvero comunque 47-quinquies del d.lgs. n. 81 del 2015 nonché dell’art. 3, c. 1, lett. a, del d.lgs. n. 216 del 2003. (2)

Il sindacato dei lavoratori è legittimato ad agire iure proprio, ai sensi dell’art. 5, c. 2, del d.lgs. n. 216 del 2003, a tutela di una platea di riders non identificati né identificabili che subiscano un pregiudizio discriminatorio per convinzioni personali, connesso all’esercizio del diritto di sciopero, e può richiedere il risarcimento del danno non patrimoniale in proprio favore. (3)

(1-3) FENOMENOLOGIA DI FRANK (BONGIORNO):
UN ALGORITMO CON CATTIVE ABITUDINI

SOMMARIO: 1. È cieco o ci vede benissimo? — 2. La vicenda e il provvedimento. Dove si cerca di capire come opera l’algoritmo. — 3. Le acquisizioni in diritto: la tutela antidiscriminatoria dei *riders* e dei lavoratori autonomi. — 4. *Segue*: la discriminazione per convinzioni personali comprende quella sindacale. — 5. *Segue*: la legittimazione ad agire del sindacato. — 6. Una discriminazione indiretta: l’onere probatorio e le debolissime giustificazioni. — 7. Il risarcimento dei danni: la prevalenza della funzione deterrente e punitiva.

1. — È cieco o ci vede benissimo? — L'ordinanza del Tribunale di Bologna del 31 dicembre 2020, trattando dell'organizzazione del lavoro di prestatori contattati mediante piattaforma digitale e impegnati nella «attività di consegna di beni per conto altrui», si confronta con quel vero e proprio oggetto misterioso che, nonostante oramai abbondantissimi riferimenti e citazioni, resta l'algoritmo (1). Nell'occasione non si sa se reso più umano o ancora più inquietante dalla curiosa attribuzione di un nome: Frank.

In effetti, tutti i lavoratori che operano attraverso piattaforme digitali (2) trovano normalmente di fronte a sé un contesto opaco, governato da processi presentati ma anche percepiti come «necessari», non riconducibili ad alcuno e dunque non condizionabili né modificabili. Al cui centro si colloca proprio l'algoritmo matematico.

Al punto che il datore di lavoro – o il committente, come nel caso analizzato ma in definitiva sempre o quasi, stando almeno al *nomen iuris* indicato nei contratti individuali sottoscritti – rischia di apparire, come pure è stato scritto, la piattaforma ovvero addirittura l'algoritmo (3). Cosa per il vero improbabile, considerato che la prima è una infrastruttura tecnologica mentre l'altro un sistema di calcolo.

Ebbene il giudice, come emerge nella non breve argomentazione dell'ordinanza, si impegna appunto a squarciare il «velo» – tecnologico e magico – che circonda l'imprescindibile strumento di governo dei processi organizzativi, una volta che questi siano gestiti attraverso piattaforma digitale. Anche se in definitiva riesce solo in parte, visto che «la mancata allegazione e prova, da parte della società resistente, del concreto meccanismo di funzionamento dell'algoritmo che elabora le statistiche dei *riders*» – e in particolare degli «specifici criteri di calcolo [...] adottati per determinare le statistiche di ciascun *riders*» – «preclude in radice una più approfondita disamina della questione».

Quanto compreso è comunque sufficiente al Tribunale di Bologna, in virtù anche delle agevolazioni probatorie operanti a beneficio degli attori, per accertare la presenza di una discriminazione.

Su un punto tuttavia il provvedimento sembra mostrare esitazioni: un aspetto non secondario, visto che ne dipende la qualificazione dell'illecito.

Non viene cioè dal giudice univocamente stabilito se siano davvero «l'incoscienza» e la «cecità» a caratterizzare il meccanismo operativo dell'algoritmo, come sostenuto dalla società convenuta, oppure invece se «quando vuole la piattaforma può togliersi la benda che la rende “cieca” o “incosciente”» e, «se non lo fa, è perché ha deliberatamente scelto». In effetti il giudice sembra aderire alla prima prospettazione, nel momento in cui configura il comportamento del datore come discriminazione indiretta, salvo poi, improvvisamente e dedicando al tema poche righe, quasi farsi sfuggire gli ulteriori rilievi.

(1) Vedi sull'ordinanza Ballestrero 2021 e Perulli 2021. Cfr. anche il seminario *online* del 2 febbraio 2020 «Frank discriminava», organizzato da Labour law community, con interventi di Amoriello, Barbera, Borelli, Guariso, Protopapa, Ranieri, Rizzi, Tarquini. Vedilo in <https://www.youtube.com/watch?v=OY39xyakzI0>.

(2) La pubblicistica sul lavoro digitale è oramai vastissima. Vd. almeno i lavori monografici di Donini 2019 e Signorini 2018. Cfr. anche: Perulli 2018; Loi 2017; Perulli 2017; Tullini 2016; *Id.* 2017; Voza 2017. Ampi ulteriori riferimenti in Pessi 2019, 177 ss.

(3) Vd., da ultimo, Aloisi, De Stefano 2020.

È probabile che l'organo giudicante abbia pragmaticamente fondato la propria decisione sul profilo caratterizzante il meccanismo indicato da parte convenuta, perché non gli era necessario andare oltre ai fini dell'accertamento. Ciò rendendo dunque l'alternativa opzione una sorta di mera ipotesi e suggestione, introdotta *incidenter tantum*.

A prescindere però dagli utilizzi, corretti o meno, dello strumento, la tesi della «incoscienza e cecità» conduce a sostenere che l'imprenditore si serva di qualcosa sottratto in buona sostanza al proprio controllo; situazione non proprio diffusa. Al contrario invece non mancano, già alle origini del percorso scientifico e tecnologico cui si devono pure i contemporanei successi, esempi curiosi e istruttivi di come dell'autonomia delle «macchine», per molte ragioni sovente dichiarata, sia opportuno diffidare.

Si pensi al *mechanical turk*, da cui prendono il nome sia la piattaforma Amazon mechanical turk che la «contropiattaforma» denominata Turkopticon, realizzata ora dai lavoratori operanti per la prima (ove sono raccolti, al contrario di quel che normalmente accade, i giudizi da questi formulati su committenti e clienti) (4). Presentato infatti nella seconda metà del diciottesimo secolo dal suo creatore, l'ungherese Wolfgang von Kempelen, come un prodigioso automa, in grado di giocare a scacchi, il *mechanical turk* era in verità guidato da una persona di bassa statura nascosta nel grande cubo chiuso, pieno di ingranaggi, sopra cui poggiava la scacchiera.

2. — *La vicenda e il provvedimento. Dove si cerca di capire come opera l'algoritmo* — La causa di fronte al Tribunale di Bologna è promossa da Filt Cgil, Filcams Cgil e Nidil Cgil di Bologna, che dichiarano in particolare di «aderire alla confederazione [...] firmataria della Carta dei diritti dei riders di Bologna» (5) e di «avere tra i propri iscritti lavoratori che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano con l'ausilio di biciclette o ciclomotori tramite piattaforme digitali».

I ricorrenti agiscono ai sensi dell'art. 5, c. 2, d.lgs. n. 216/2003, richiedendo al giudice di accertare il «carattere discriminatorio delle condizioni di accesso alle sessioni di lavoro tramite la piattaforma digitale della convenuta»; ordinare inoltre all'impresa committente (anche e soprattutto) «l'adozione di un piano di rimozione [...] ai sensi dell'art. 28, c. 5, del d.lgs. 1.9.2011, n. 150»; condannare ancora quest'ultima al risarcimento del danno non patrimoniale.

In estrema sintesi nell'atto introduttivo – precisato come «il sistema di prenotazione delle sessioni di lavoro» sia «basato su un punteggio, attribuito dall'algoritmo a ciascun rider ed elaborato su due parametri: affidabilità e partecipazione» – ci si lamenta del fatto «che l'algoritmo della società convenuta, nel sanzionare con perdita di punteggio i riders che non rispettavano le sessioni di lavoro, penalizzava [...] tutte le forme lecite di astensione dal lavoro». Osservando altresì come venisse in tale contesto punito anche «il rider che non provvedeva a [...] recarsi all'interno del perimetro della zona di lavoro prenotata al fine di connettersi» (*alias* «doggarsi») «per aver aderito a iniziative di autotutela collettiva coincidenti con il suo turno ovvero nelle ulteriori ipotesi in cui

(4) Sulle esperienze di autotutela dei prestatori coinvolti dalle tecnologie digitali, vd.: Faioli 2017; Forlivesi 2018a e 2018b; Recchia 2018. Vd. anche Lassandari 2017a.

(5) Cfr. Martelloni 2018.

l'astensione dipendeva da altre cause legittime (malattia, esigenze legate a un figlio minore ecc.)».

La memoria di costituzione della società convenuta sottolinea invece, per quanto ora rilevante, che l'algoritmo utilizzato «era totalmente estraneo al sistema di prenotazione opzionale delle sessioni, essendo [...] un algoritmo di assegnazione, che nulla aveva a che fare con le statistiche». Tuttavia viene qui pure precisato che il discusso sistema di prenotazione impiegato – secondo i ricorrenti «introdotto [...] in coincidenza con le prime iniziative di astensione attuate dai *riders* autorganizzati negli anni 2017/2018» – dal 2.11.2020 «non esiste più». Su questo presupposto richiedendosi la cessazione della materia del contendere.

Il giudice non accoglie quest'ultima istanza – considerato che l'azione in giudizio è volta «ad accertare il carattere discriminatorio del meccanismo stesso, nonché a risarcire il danno conseguente»; anche però che la società convenuta non ha riconosciuto «la fondatezza delle pretese di controparte» (6) – e invece appunto dichiara la «discriminatorietà della condotta di Deliveroo», condannando quest'ultima alla pubblicazione del provvedimento «sul proprio sito internet e nell'area “domande frequenti” della propria piattaforma» nonché di un estratto del medesimo sul giornale *La Repubblica*; al «pagamento a favore delle parti ricorrenti, a titolo di risarcimento del danno, della somma di euro 50.000,00 oltre interessi legali dalla pronuncia al saldo»; alle spese di lite.

Nella ordinanza ci si sofferma su molteplici profili in diritto, rilevanti nei fatti di causa come anche in generale, cui sarà di seguito rivolta attenzione. Si dà però anche conto dello sforzo significativo compiuto, per cercare di venire a capo del meccanismo di funzionamento dell'algoritmo.

Viene allora rilevato come, se il «servizio flessibile di prenotazione *self service* (“Ssb”)), oggetto del giudizio, è «interamente opzionale», risulta nei fatti di pressoché necessario utilizzo per acquisire opportunità di lavoro.

Il giudice ricostruisce con scrupolo le modalità di prenotazione delle «sessioni di lavoro (cd. *slot*)» in cui i *riders* «intendono ricevere proposte di servizi»: che vanno effettuate «ogni lunedì», accedendo «al calendario della settimana successiva»; in relazione ad aree territoriali e fasce orarie prestabilite; con priorità di accesso dei lavoratori selezionati in relazione a due criteri. Si tratta appunto dell'indice di «affidabilità» (dato dal numero di occasioni «in cui il *rider*, pur avendo prenotato una sessione», non si è «loggato» «entro i primi quindici minuti dall'inizio della sessione») e di «partecipazione nei picchi» (con riferimento ora «al numero di volte in cui ci si rende disponibili per gli orari [...] più rilevanti per il consumo a domicilio», e cioè «dalle ore 20 alle ore 22 dal venerdì alla domenica»). Così che «a partire dalle ore 11:00 accede al calendario il 15% dei *riders* che ha le statistiche migliori» (avendo così «a disposizione tutte le sessioni

(6) Sostiene il giudice che «in definitiva “la cessazione della materia del contendere presuppone che le parti si diano reciprocamente atto del sopravvenuto mutamento della situazione sostanziale dedotta in giudizio e sottopongano al giudice conclusioni conformi in tal senso. In mancanza di tale accordo, l'allegazione di un fatto sopravvenuto, assunto come idoneo a determinare la cessazione della materia del contendere da una sola parte, deve essere valutata dal giudice” (Cass. 8.7.2010, n. 16150)».

libere della settimana successiva, che via via prenotano, occupandole); «a partire dalle ore 15:00 accede il 25% dei *riders* che ha le statistiche progressivamente inferiori» (con riferimento evidentemente alle sole «sessioni di lavoro» già non riservate); «alle 17:00 accedono tutti gli altri *riders*» (per cui restano «solo gli *slot* lasciati liberi dai colleghi»).

Ne deriva, secondo un testimone (di parte ricorrente), che «in prima fascia» (quella di chi sceglie per primo alle h. 11:00) «si possono prenotare anche 40 ore»; «in seconda» (i *riders* che prenotano dalle h. 15:00) «tra le 13 e le 17 ore»; «in terza fascia» (concernente tutti i lavoratori restanti) «si possono prendere una o due ore». Ma talora «non si riesce a prenotare nessuno *slots*».

Ebbene, a fronte di ciò, è evidenziato il dato, non controverso, secondo cui «il mancato *log in*» – il quale richiede, si ripete, la fisica presenza all'interno della «zona di lavoro» – «oltre i 15 minuti dall'inizio della sessione prenotata incide negativamente sul parametro della affidabilità». E pure sul «profilo della partecipazione, laddove la sessione prenotata si collochi nella fascia oraria 20:00-22:00 del fine settimana».

Allo stesso modo, adesso la «cancellazione della sessione prenotata con preavviso inferiore a quello richiesto dal regolamento di Deliveroo» (cioè 24 ore) pregiudica «le statistiche del *riders*». La società contesta ora l'acquisizione ma il giudice accoglie il punto di vista dei ricorrenti, alla luce della «documentazione proveniente» dalla prima nonché dell'escussione dei testi. Anche però plausibilmente di un ulteriore elemento.

È infatti rispetto a tale profilo che il Tribunale di Bologna formula il rilievo, già riportato, secondo cui, in carenza di chiarimenti sugli «specifici criteri di calcolo» impiegati dall'algoritmo, non sia in verità possibile comprendere fino in fondo come questo operi. Avrebbe però dovuto essere la società – «se non altro sulla base del generale principio di vicinanza» della prova – a fornire «allegazione [...] del concreto meccanismo di funzionamento dell'algoritmo». E questo appunto non è avvenuto.

3. — *Le acquisizioni in diritto: la tutela antidiscriminatoria dei riders e dei lavoratori autonomi* — La vicenda giudicata costringe comunque il Tribunale di Bologna ad affrontare numerose questioni.

Innanzitutto è ritenuta pacifica «l'applicabilità della normativa antidiscriminatoria» ai *riders* sulla base di una tripla argomentazione. Questa certamente opererebbe se il rapporto giuridico ricadesse nell'ambito dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015, come una giurisprudenza in fase di formazione, resa però molto significativa dal primo recente pronunciamento della Suprema Corte, con sentenza n. 1663 del 2020, induce a ritenere (7).

Il giudice pare in effetti così accogliere pienamente l'indirizzo qui espresso, sia quanto al rilievo «rimediale» della regolamentazione di cui all'art. 2, sia e soprattutto a proposito della ritenuta conseguente applicabilità della «intera disciplina della subordinazione».

(7) Si tratta di Cass. 24.1.2020, n. 1663, su cui vd. i molteplici commenti pubblicati in *RGL*, 2020, II, 252 ss., con nota di Faioli; in *LDE*, 2020, n. 1; in *MGL*, 2020, numero straordinario; in *RIDL*, 2020, I, 49 ss. Vedi anche Spinelli 2020. Da ultimo, per la qualificazione invece del rapporto come subordinato, T. Palermo 24.11.2020, su cui cfr. Barbieri 2020, Martelloni 2020a e Perulli 2020.

Viene però giustamente anche sottolineato come in ogni caso i «lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore [...] attraverso piattaforme anche digitali» (fattispecie prefigurata dall'art. 47-*bis* del d.lgs. n. 81 del 2015), beneficiano della «disciplina antidiscriminatoria» (secondo l'art. 47-*quinquies* del medesimo provvedimento legislativo).

Il Tribunale di Bologna rivolge infine pure un cenno alla disciplina contenuta nell'art. 3 del d.lgs. n. 216/03, che dà attuazione alla Direttiva n. 2000/78, volta a contrastare le discriminazioni connesse alla religione, alle convinzioni personali, agli handicap, all'età e all'orientamento sessuale, ricordando come questa operi (anche) a proposito dell'«accesso all'occupazione e al lavoro, sia autonomo che dipendente» (c. 1, lett. *a*). Ipotesi che potrebbe assumere rilievo nel caso di specie.

Ai sensi sempre dell'art. 3, non ci troveremmo però di fronte a una piena equiparazione nella tutela assicurata – si ripete, quanto ai prestatori diversi dai *riders* – tra lavoratori subordinati e autonomi. Infatti la direttiva trova applicazione pure in materia di «occupazione e condizioni di lavoro, compresi gli avanzamenti di carriera, la retribuzione e le condizioni del licenziamento» (c. 1, lett. *b*) ma la prescrizione, secondo interpretazione diffusa, non riguarderebbe ora i secondi.

Ebbene merita qui molto brevemente ricordare i tentativi di argomentare una piena estensione della protezione antidiscriminatoria pure al lavoro autonomo. Alla luce innanzitutto del testo in lingua inglese della direttiva, che parrebbe consentirlo (o assai meno chiaramente negarlo) (8).

Poi valorizzando il disposto di cui all'art. 35, c. 1, della Costituzione, interpretata come norma immediatamente precettiva, in connessione almeno alla garanzia di «valori primari dell'ordinamento» (9).

Ancora riconducendo la fattispecie discriminatoria nell'ambito dell'art. 2087 c.c., quanto alla tutela della personalità morale (10), da intendere come veicolo di diritti fondamentali, ritenuto a sua volta applicabile all'insieme dei rapporti di lavoro.

A quest'ultimo esito è possibile giungere sempre alla luce della connessione con l'art. 35 Cost.; anche però valorizzando la disciplina positiva che, nel d.lgs. n. 81 del 2008, esplicitamente si estende ben oltre il lavoro subordinato in senso tecnico, a fronte di insorgenza del pericolo per il prestatore.

Ciò è qui stabilito in relazione al profilo di protezione dell'«integrità fisica», come noto, sempre per citare il testo dell'art. 2087 c.c. Tuttavia «considerazioni di ordine sistematico inducono a ritenere plausibile una estensione applicativa anche del principio di tutela della personalità morale»; mentre «a quest'ultimo esito si può probabilmente giungere anche valorizzando la nuova più estesa definizione di “salute” precisata nell'ordinamento» (11).

(8) Cfr. Lassandari 2010, 47 ss. e 242 ss. Sulla direttiva vd. anche Waaldijk 2006.

(9) Vedi ora Barbieri 2018, Garofalo 2008, Lassandari 2019, Martelloni 2020b, Nuzzo 2020 e Tullini 2020.

(10) Vedi Lassandari 2010, 221 ss. Cfr. anche Del Punta 2007 e Nogler 2008.

(11) Così Lassandari 2010, 249.

D'altra parte, «con riguardo al principio di non discriminazione a causa delle convinzioni sindacali», merita pure «di essere ricordato che il Comitato Oil sulla libertà sindacale, così come la Commissione di esperti Oil, la Corte europea dei diritti dell'uomo e il Comitato economico dei diritti sociali hanno riconosciuto, a tutti i lavoratori, a prescindere dalla qualificazione come subordinati o autonomi, la libertà sindacale» (12). Anche ai sensi dell'art. 117, c. 1 – così come evidentemente dell'art. 39, c. 1 –, della Costituzione è allora possibile argomentare la generale operatività del divieto di discriminazione, a proposito almeno del fattore sindacale.

4. — Segue: *la discriminazione per convinzioni personali comprende quella sindacale* — In connessione al sistema normativo di cui al d.lgs. n. 216/03, il giudice rivolge quindi un cenno «alla possibilità di includere nell'espressione “convinzioni personali” [...] la discriminazione per motivi sindacali».

Si tratta di un tema emerso negli anni più recenti, in cause che hanno contrapposto la Fiat a organizzazioni sindacali, con ripetute pronunce in senso favorevole alla ipotizzata inclusione: prima di giudici di merito, su ricorso presentato da Fiom Cgil (13), e poi da ultimo della Suprema Corte, ora adita invece da Slai Cobas (14). A quest'ultima sentenza il Tribunale di Bologna si adegua pienamente e del tutto convincentemente (15).

Infatti nel nostro ordinamento la discriminazione sindacale è immediatamente emersa, assieme a quella politica, a fronte di «molteplici episodi che [...] videro coinvolti lavoratori iscritti ai partiti della sinistra politica e/o sindacalmente attivi, alcuni dei quali – a partire dal “caso Santhià”, prestatore licenziato dalla Fiat per ragioni sindacali e politiche – risultarono eclatanti» (16). È noto d'altra parte che il legislatore, a partire dagli anni settanta, intervenne proprio per porre riparo ad alcuni dei pregiudizi in tal modo recati ai lavoratori, soprattutto quanto al trattamento previdenziale (17).

Non a caso la discriminazione sindacale è dunque la prima, in quel vero e proprio scrigno dei principali fattori discriminatori nel nostro ordinamento, continuamente aggiornato, che è oggi rappresentato dall'art. 15 della l. n. 300/1970 (18).

Questo dato, caratterizzante la specifica esperienza e regolamentazione italiana, assume significativo rilievo in sede di ricostruzione sistematica.

Proprio nell'elenco di cui all'art. 15 la discriminazione sindacale, assieme a quella politica e religiosa, «triade» originaria dell'ordinamento antidiscriminatorio nazionale, convive con i successivi e anche più recenti inserimenti, questi ultimi avvenuti nel

(12) Così Borelli *et al.* 2019, 255 ss.

(13) Si tratta di T. Roma 21.6.2012 e C. App. Roma 19.10.2012, su cui vd. Barbera, *Protopapa*, 2014.

(14) Cfr. Cass. 2.1.2020, n. 1, in *RIDL*, 2020, II, 377 ss., con nota di Tardivo.

(15) Vd. anche: Aimo 2007, 47; Bavaro 2003, 226; Borelli *et al.* 2019, 256; Chieco 2002, 79; Lassandari 2010, 171 ss.

(16) Così Lassandari 2017, 189.

(17) Con le leggi 15.2.1974, n. 36, 19.12.1979, n. 648, 9.6.1999, n. 172.

(18) Sulla presenza, nell'ordinamento, di ulteriori fattori discriminatori cfr. però Lassandari 2017, 100 ss. Si ritiene infatti che l'elenco di motivi discriminatori, comunemente chiuso, non comprenda esclusivamente quelli considerati dall'art. 15.

2003: tra cui appunto quello connesso alle «convinzioni personali». Ma si tratta palesemente di effetto della tecnica di redazione normativa adottata, volta a integrare gli originari fattori con i più recenti: non certo di manifestazione dell'intento del legislatore italiano di escludere le discriminazioni sindacali dal più generale ambito delle «convinzioni personali».

Né appare possibile attribuire la medesima intenzione al legislatore comunitario, posto che la «libertà ideologica», di cui fa certamente parte l'adesione e anche la partecipazione alla attività sindacale, sciopero compreso, appare naturalmente – e ovviamente – protetta dalla regolamentazione di contrasto delle discriminazioni connesse alle «convinzioni personali». In armonia con quanto desumibile dal diritto internazionale (19). Secondo una logica inoltre immanente alla introduzione delle norme antidiscriminatorie: quella cioè di reagire a pericoli esistenti e concreti per la dignità e libertà delle persone. Proprio come da sempre avvenuto – e da ultimo tornato ad avvenire – a proposito delle discriminazioni sindacali!

A ben considerare, correttamente deciso, come nell'ordinamento dell'Unione europea avviene, di considerare affini ma nel contempo distinte la discriminazione religiosa e per «convinzioni personali» (20), quale espressione o manifestazione rientrante in quest'ultimo ambito, che non sia connessa alla «libertà ideologica» e soprattutto sindacale, può esporre diffusamente i lavoratori a pregiudizi?

La riconduzione in oggetto assume evidentemente rilievo, ai fini della piena applicazione del disposto di cui al d.lgs. n. 216/03 nonché, sul piano probatorio e processuale, dell'art. 28, d.lgs. n. 150/2011.

Forse però può essere sostenuto che alcuni profili di regolamentazione e configurazione operino per la discriminazione sindacale come tale, a prescindere dunque da connessioni con le «convinzioni personali»: a partire dalla fondamentale bipartizione tra discriminazione diretta e indiretta (21). Mentre, quanto all'onere della prova, una assai importante puntualizzazione in questi termini si deve alla pronuncia della Cassazione n. 1 del 2020 (22).

5. — Segue: *la legittimazione ad agire del sindacato* — Ancora – e «sempre in via preliminare» – il giudice deve confrontarsi con «l'eccezione [...] di difetto di legittimazione attiva» delle organizzazioni sindacali ricorrenti.

L'azione collettiva da parte di enti esponenziali degli interessi lesi costituisce strumento fondamentale per la concreta diffusione della tutela antidiscriminatoria. D'altra parte il nostro ordinamento, optando «fin da subito per introdurre» questa possibilità di azione giudiziaria, «ha intercettato [...] una vera e propria lacuna del livello normativo Ue che non ha previsto il caso di denuncia/azione/reclamo da parte del soggetto esponenziale fuori dai casi di difesa di uno o più specifici denunciati rilascianti delega volontaria» (23).

(19) Vedi Borelli 2012, 65 ss., nonché Barbera, Protopapa 2014, 175 ss. Vedi anche nota 12.

(20) Cfr., sul punto, Aimo 2007, 42 ss. Vedi anche Lassandari 2010, 171 ss.

(21) Così Lassandari 2010, 93.

(22) Cfr. nota 13.

(23) Così Amoriello 2017, 429.

Tra gli enti legittimati ad agire non c'è comunque dubbio sul fatto che uno dei più attivi sia stato, da sempre, il sindacato dei lavoratori: a fronte tuttavia di discriminazioni sindacali. E utilizzando per lo più – a differenza di quanto ora avvenuto – l'art. 28 St. lav.

La sensibilità invece mostrata dal sindacato in altri ambiti, a partire dal contrasto delle discriminazioni di genere, è sicuramente stata non comparabile.

Il giudice comunque ora richiama «i principi» ancora una volta individuati da una pronuncia della Cassazione, la n. 19443 del 2018, di cui è riportato un ampio brano, rilevando correttamente come nell'occasione manchi – a differenza di quanto stabilito per altri fattori discriminatori, dove si menzionano «associazioni iscritte in apposito albo [...] oppure formalmente individuate dalla pubblica amministrazione» – «un sicuro criterio formale di attribuzione della legittimazione».

In effetti, ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 216/03, sono «le organizzazioni sindacali, le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse lesa» a essere «legittimate ad agire nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione».

Fino al 2008 era presente invece nozione diversa, più chiara se si vuole, considerata il rinvio a concetti noti ai giuristi del lavoro, ove veniva fatto riferimento a «rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative» (24). Ma il coinvolgimento esclusivo di queste ultime era giustamente apparso inopportuno e incongruo per molti dei fattori discriminatori considerati nel d.lgs. n. 216, anche alla luce dei rilievi sopra esposti.

Il Tribunale di Bologna comunque risolve agevolmente la questione, considerando i riferimenti delle previsioni statutarie (in particolare di Filt-Cgil) all'obiettivo di contrasto delle discriminazioni nonché il fatto che nell'occasione sindacati agiscano «a tutela del diritto di sciopero». E dunque è per essi «*in re ipsa* la titolarità di un interesse proprio ad agire giudizialmente».

A proposito delle «discriminazioni collettive» viene invece dal giudice semplicemente osservato che «la asserita discriminazione [...] violerebbe una categoria indeterminata di soggetti».

Sono tuttavia significative alcune puntualizzazioni. Secondo il giudice, infatti, «non è necessario che i soggetti portatori degli interessi lesi siano effettivamente parte delle associazioni che agiscono in giudizio» (a fronte di contestazione della mancata prova del fatto che i *riders* siano effettivamente iscritti alle organizzazioni ricorrenti). Tantomeno occorre allegare «casi concreti di discriminazione relativi a soggetti specifici».

Al di là di tali profili in diritto, su cui l'ordinanza del giudice interviene in modo difficilmente controvertibile, è meritevole di attenzione che nella causa siano ben tre i sindacati, pur aderenti alla medesima confederazione, che agiscono. Questo pare rendere visibile un problema di organizzazione della rappresentanza, a fronte almeno di nuove figure professionali, quali oggi sono i prestatori operanti attraverso piattaforme digitali; che finiscono con l'essere in effetti trasversali, rispetto alle tradizionali distinzioni presenti nelle confederazioni sindacali (o comunque in Cgil), a propria volta connesse a vecchi (?) «rami» d'industria.

(24) Cfr. Guarriello 2007, 519 ss.

6. — *Una discriminazione indiretta: l'onere probatorio e le debolissime giustificazioni* — Risolte tali questioni, il giudice descrive brevemente i profili fondamentali della fattispecie discriminatoria, come regolata ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. n. 216/03 (nell'occasione accogliendo esplicitamente l'orientamento, fatto proprio dalla Cassazione solo con la pronuncia n. 6575 del 5.4.2016, secondo cui «la discriminazione opera obiettivamente») (25) e può finalmente concentrarsi sull'accertamento richiesto dai ricorrenti.

L'istruttoria realizzata, già sinteticamente descritta, gli consente intanto di sostenere che «ogni eventuale partecipazione ad “azioni collettive” – *a fortiori* se intervenute nelle occasioni di maggiore interesse per l'azienda (venerdì, sabato e domenica) – produce per il “*worker*” una drastica riduzione del suo punteggio che si ripercuote sulle possibili occasioni di lavoro facendolo retrocedere nelle fasce di priorità». In effetti «per evitare la penalizzazione delle proprie statistiche, il *rider* che voglia scioperare dovrebbe comunque recarsi all'interno della zona di lavoro entro i primi quindici minuti dall'inizio della sessione prenotata, cioè in sostanza dovrebbe necessariamente presentarsi sul luogo di lavoro»: il che appare al giudice però «incompatibile con l'esercizio del diritto di sciopero».

Allo stesso modo il Tribunale di Bologna d'altra parte osserva come «il *rider* che aderisca a uno sciopero, e dunque non cancelli almeno 24 ore prima del suo inizio la sessione prenotata», a sua volta rischi «di veder peggiorare le sue statistiche». Mentre la cancellazione anticipata, di nuovo, «metterebbe la piattaforma in condizioni di sostituirlo, annullando ogni effetto pratico della iniziativa di astensione collettiva e vanificando il diritto di sciopero costituzionalmente garantito anche ai lavoratori autonomi parasubordinati» (26).

Secondo il giudice sono dunque a questo punto stati individuati «elementi di fatto, anche di carattere statistico, idonei a far presumere l'esistenza di una discriminazione». Spettando in conseguenza al datore, ai sensi dell'art. 28, c. 4, del d.lgs. n. 150/2011, «l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione» (27).

Poiché il Tribunale di Bologna, come si diceva, parte dal presupposto che nel caso di specie emerga una discriminazione indiretta, sarebbe stato in particolare «onere della società convenuta provare la finalità legittima e il carattere di appropriatezza e necessità dei mezzi impiegati per conseguirla (art. 3, c. 6, l. n. 216/03)».

La società però si limita a sottolineare che «la finalità [...] non può che ritenersi legittima, trattandosi di un rapporto tra committente e prestatori d'opera autonomi»; rilievo per il vero, sul piano logico, prima che giuridico, del tutto inconferente (oltre che, secondo il giudice, privo «di concreto riscontro»). Mentre a proposito della appropriatezza dei mezzi sembra si ribadisca che la «cancellazione» non produce «impatto sulle statistiche dei *rider*».

Tantomeno può risultare poi significativa, rispetto all'oggetto di causa, l'osserva-

(25) Cfr. Scarponi 2017.

(26) Per riferimenti alla connessa problematica della legittimità del cd. «crumiraggio interno», cfr. Ballestrero 2021, 113.

(27) Cfr. Peruzzi 2018, 133. Vd. anche De Michiel 2019, 151 ss. Sull'impiego di dati statistici, Bonardi, Meraviglia 2017.

zione, egualmente avanzata dalla società, secondo cui il contestato sistema di prenotazione costituirebbe «un vantaggio» per i *rider* «nel loro complesso».

Forse non sarebbe stato in effetti impossibile argomentare in modo più articolato, quanto in particolare alla legittimità della finalità. Apparendo invece certo più complesso convincere della appropriatezza dei mezzi, considerato pure che il giudice aveva accertato come nelle specifiche ipotesi «dell'infortunio su turni consecutivi e [...] del malfunzionamento del sistema» la società fosse intervenuta, neutralizzando gli effetti negativi sul punteggio del lavoratore che ne derivavano.

Le giustificazioni presentate dall'impresa convenuta risultano comunque nel complesso molto deboli. E l'accertamento della discriminazione segue allora inevitabilmente.

7. — *Il risarcimento dei danni: la prevalenza della funzione deterrente e punitiva* — Sono significativi pure i cenni che il giudice rivolge alla problematica del risarcimento del danno non patrimoniale, secondo la previsione dell'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011.

Due sono i profili su cui l'ordinanza si sofferma. Per un verso, viene ricordato come proprio tale articolo sia citato, assieme a numerose altre previsioni di legge, dalla pronuncia n. 16601 del 2017 della Suprema Corte, a Sezioni Unite, come fattispecie «in cui, accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo-riparatoria dell'istituto del risarcimento del danno (che immancabilmente lambisce la deterrenza)», emerge «una natura polifunzionale, “che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva”» (28). Mentre «condivisibile giurisprudenza di merito [...] ha configurato il danno previsto» sempre dall'art. 28 in oggetto «come avente natura di danno comunitario, il cui risarcimento deve determinarsi in conformità ai canoni di adeguatezza, effettività, proporzionalità, dissuasività».

Contemporaneamente è ricordata «la già citata Cass. 20.7.2018, n. 19443, ove si specifica che, nell'ipotesi di ricorso promosso ai sensi dell'art. 5, c. 2, d.lgs. n. 216/03, l'azione proposta dal sindacato è a diretta tutela dell'interesse collettivo proprio dell'ente esponenziale, legittimato a farne valere la lesione: onde il medesimo avrà, altresì, la facoltà di richiedere il risarcimento del danno in proprio favore».

La prima precisazione – ove è registrata una evoluzione assai significativa del nostro ordinamento, venuta peraltro a piena maturazione solo da pochi anni, quanto alla legittimazione anche della funzione di deterrenza e punitiva del danno – finisce in definitiva con lo spiegare perché il risarcimento non sia di piccola entità, pure ove attribuito a «organizzazione legittimata *iure proprio*» e non a singoli prestatori lesi.

Anche se il giudice ricorda in prima battuta i pregiudizi prodotti dal comportamento discriminatorio sulla «capacità rappresentativa dell'Ente in relazione all'interesse protetto e dunque» l'indebolimento della «efficacia di azione a scapito dell'intera collettività», con riferimento che pare prevalentemente rivolto alla tradizionale «funzione compensativo-riparatoria» del danno. E nel contempo quantifica la somma «in via equitativa, tenuto conto della diffusione su tutto il territorio nazionale della condotta, della sistematicità della sua attuazione e della pubblicità della stessa»: parametri che, di

(28) Cfr. Roppo 2017, 417 ss.

nuovo, almeno in astratto, potrebbero essere ritenuti compatibili anche con la medesima funzione.

Non però, a ben considerare, laddove ad agire siano sindacati territoriali.

Riferimenti bibliografici

- Aimo M. (2007), *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, in Barbera M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 43 ss.
- Aloisi A., De Stefano V. (2020), *Il tuo capo è un algoritmo*, Laterza, Bari.
- Amoriello L. (2017), *La legittimazione ad agire degli enti collettivi fra esigenze di effettività e incoerenze dell'ordinamento*, in O. Bonardi (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma, 427 ss.
- Ballestrero M.V. (2021), *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, in *Labor*, 104 ss.
- Barbera M., Protopapa V. (2014), *Il caso Fiat: come la tutela antidiscriminatoria riformula in conflitto sindacale*, in *RGL*, II, 163 ss.
- Barbieri M. (2018), *Il sinallagma nei contratti di lavoro per le pubbliche amministrazioni: un percorso storico-critico*, Cacucci, Bari.
- Barbieri M. (2020), *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nella sentenza di Palermo sui riders*, in *LLI*, n. 2, 61 ss.
- Bavaro V. (2003), *Ideologia e contratto di lavoro subordinato*, in *DLRI*, 193 ss.
- Bonardi O., Meraviglia C. (2017), *Dati statistici e onere della prova nel diritto antidiscriminatorio*, in O. Bonardi (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma, 351 ss.
- Borelli S. (2012), *Esiste un principio di non discriminazione per ragioni sindacali nel diritto dell'Unione europea?*, in S. Borelli et al. (a cura di), *I diritti dei lavoratori nelle carte europee dei diritti fondamentali*, Jovene, Napoli, 63 ss.
- Borelli S. et al. (2019), *Le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, in M. Barbera, A. Guariso, *La tutela antidiscriminatoria. Fonti strumenti interpreti*, Giappichelli, Torino, 255 ss.
- Chieco P. (2002), *Le nuove direttive comunitarie sul diritto di discriminazione*, in *RIDL*, I, 79 ss.
- De Michiel F. (2019), *Questioni sull'onere della prova nel diritto del lavoro*, Wolter Kluwer Cedam, Milano.
- Del Punta R. (2007), *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Il danno alla persona del lavoratore*, Atti del convegno nazionale Aidlass, tenutosi a Napoli il 31 marzo e 1° aprile 2006, Giuffrè, Milano, 50 ss.
- Donini A. (2019), *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, Bup, Bologna.
- Faioli M. (2017), *Jobs «App»*, *Gig economy e sindacato*, in *RGL*, I, 291 ss.
- Forlivesi M. (2018a), *Interessi collettivi sul web e rappresentanza del lavoro digitale*, in *QRS*, n. 1, 39 ss.
- Forlivesi M. (2018b), *Alla ricerca di tutele collettive per i lavoratori digitali: organizzazione, rappresentanza e contrattazione*, in *LLI*, vol. 4, n. 1.
- Guarriello F. (2007), *Il ruolo delle istituzioni e della società civile*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 467.
- Lassandari A. (2010), *Le discriminazioni sul lavoro. Nozione, interessi, tutele*, Cedam, Padova.
- Lassandari A. (2017a), *Problemi di rappresentanza e tutela collettiva dei lavoratori che utilizzano le tecnologie digitali*, in *QRGL*, n. 2, 59 ss.
- Lassandari A. (2017b), *Considerazioni sul licenziamento discriminatorio*, in O. Bonardi (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma, 189 ss.

- Lassandari A. (2019), *Oltre la «grande dicotomia»? La povertà tra subordinazione e autonomia*, in *LD*, n. 1, 91 ss.
- Loi P. (2017), *Il lavoro nella Gig economy nella prospettiva del rischio*, in *RGL*, I, 259 ss.
- Martelloni F. (2018), *Individuale e collettivo: quando i diritti dei lavoratori digitali corrono su due ruote*, in *LLI*, n. 1, 18 ss.
- Martelloni F. (2020a), *Il ragazzo del secolo scorso. Quando il rider è lavoratore subordinato a tempo pieno e indeterminato*, in *QG*, 24 dicembre.
- Martelloni F. (2020b), *La tutela del lavoro nel prisma dell'art. 35 Cost.*, in *RIDL*, I, 399 ss.
- Nogler L. (2008), *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, in *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro*. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro Aidlass, tenutesi a Venezia, il 25-26 maggio 2007, Giuffrè, Milano, 27 ss.
- Nuzzo V. (2020), *I confini delle tutele lavoristiche, oggi*, in <https://www.costituzionalismo.it>, n. 1, 74 ss.
- Perulli A. (2017), *Lavoro e tecnica ai tempi di Uber*, in *RGL*, I, 195 ss.
- Perulli A. (a cura di) (2018), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Wolter Kluwer Cedam, Milano.
- Perulli A. (2020), *La piattaforma ha potere direttivo? In soffitta le collaborazioni organizzate*, in *Quotidiano del lavoro*, 10 dicembre.
- Perulli A. (2021), *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'ordinanza del Tribunale di Bologna*, in *LDE*, n. 1.
- Peruzzi M. (2018), *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Giappichelli, Torino.
- Recchia G. (2018), *Alone in the Crowd? La rappresentanza e l'azione collettiva ai tempi della sharin economy*, in *RGL*, I, 141 ss.
- Roppo V. (2017), *Responsabilità contrattuale: funzioni di deterrenza?*, in *LD*, n. 4, 407 ss.
- Scarponi S. (2017), *Ius vivens ed implicazioni derivanti dall'accoglimento della nozione oggettiva di licenziamento discriminatorio*, in O. Bonardi (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma, 231 ss.
- Signorini E. (2018), *Il diritto del lavoro nell'economia digitale*, Giappichelli, Torino.
- Spinelli C. (2020), *Le nuove tutele dei riders al vaglio della giurisprudenza: prime indicazioni applicative*, in *LLI*, n. 1, 89 ss.
- Tardivo D. (2020), *Estensione dell'agevolazione probatoria avverso la discriminazione al procedimento ex art. 28 St. lav.: un chiasmo ragionevole?*, in *RIDL*, II, 387 ss.
- Tullini P. (2016), *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione. Il lavoro instabile, discontinuo, informale: tendenze in atto e proposte di intervento*, in *RGL*, I, 751 ss.
- Tullini P. (2020), *La salvaguardia dei diritti fondamentali della persona che lavora nella gig economy*, in <https://www.costituzionalismo.it>, n. 1, 41 ss.
- Tullini P. (a cura di) (2017), *Web e lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Voza R. (2017), *Il lavoro nelle piattaforme digitali. The same old story?*, *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 336, 1 ss.
- Waaldijk K. (2006), *Comparative analysis of legislation implementing the Directive in the fifteen old Member States*, in K. Waaldijk, M. Bonini-Baraldi (a cura di), *Sexual orientation discrimination in the european Union: national laws and the employment equality directive*, Asser Press, The Hague, 87 ss.

Andrea Lassandari

Professore ordinario di Diritto del lavoro
presso l'Università di Bologna, sede di Ravenna

TRIBUNALE PALERMO, 24.11.2020 – Est. Marino – M.T. (avv.ti De Marchis Gomez, Bidetti, Varcica, Lo Monaco) c. F. Srl (avv.ti Tanca, Castronovo).

Lavoro subordinato – Piattaforme digitali – Ciclofattorini del *food delivery* – Qualificazione del contratto – Subordinazione – Susseste.

Il rapporto di lavoro dei ciclofattorini delle piattaforme digitali (cosiddetti riders) addetti al «food delivery» ha natura subordinata ex art. 2094 c.c., ove la prestazione si svolga tramite l'utilizzo di algoritmi che esercitino un totale controllo sull'attività lavorativa e sulle modalità di esecuzione della stessa. (1)

(1) LAVORO SU PIATTAFORMA E QUALIFICAZIONE DEI RIDERS:
UNA «PEDALATA» VERSO LA SUBORDINAZIONE

SOMMARIO: 1. La «terza via» del Tribunale di Palermo: i *riders* sono subordinati. — 2. L'apporto del metodo comparato nella costruzione della *ratio decidendi*. — 3. «Doppia alienità», etero-organizzazione, etero-direzione: spunti critici. — 4. L'eterodirezione dei *riders*: sulla persistente centralità dell'art. 2094 c.c. — 5. Qualificazione *vs* «prospettiva rimediale»: una lettura pragmatica. — 6. Possibili scenari.

1. — *La «terza via» del Tribunale di Palermo: i riders sono subordinati* — La sentenza del Tribunale di Palermo che si commenta ha già consegnato alla letteratura giuridica ampio materiale di discussione. Le analisi che le sono state dedicate sono ormai numerose (1), al punto che aggiungere qualcosa di nuovo è impresa non semplice, ancor più quando si tratti di fornire un contributo su un tema – quale è quello dei confini della subordinazione – che rimane contrassegnato da eterne contraddizioni e inspiegabili paradossi, tanto da aver meritato l'appellativo di «tomba del giuslavorista» (2).

A ogni modo, poiché si tratta della prima decisione italiana che ha riqualificato come subordinata la prestazione resa da un ciclofattorino di una nota piattaforma del *food delivery*, gli spunti di riflessione sono tendenzialmente inesauribili.

Una prima considerazione da fare è che il *dictum* del Tribunale palermitano verrà comunque ricordato a prescindere dall'esito cui potrebbe andare incontro nell'eventualità – non del tutto scontata – che la controversia prosegua nei successivi gradi di giudizio.

Ciò perché la scelta di ricondurre l'attività dei *riders* al modello dell'art. 2094 c.c. si discosta dall'indirizzo interpretativo che sinora aveva concordemente escluso la ricorrenza della subordinazione, vuoi attraverso la collocazione del rapporto dei ciclofatto-

(1) Cfr. Carabelli 2021, 1; Carinci 2021b, 1; Barbieri, 2020, 61; Tosi 2020, 12, Giubboni 2020a, 1; Perulli 2020a, 1; Poso 2020, 1; Del Conte 2020; Martelloni 2020, 1; Cavallini 2020, 1.

(2) Carinci 2007, XIV.

rini nell'alveo delle collaborazioni etero-organizzate ex art. 2, d.lgs. n. 81/2015 (3), vuoi attraverso il loro inquadramento nel *genus* dell'autonomia in senso stretto (4).

Sotto questo profilo, l'aspetto di maggiore interesse è legato al dialogo che la giudice del capoluogo siciliano intrattiene con la celebre sentenza n. 1663/2020 della Corte di Cassazione, per mantenersi fedele alle coordinate di sistema da quest'ultima tracciate, salvo dissentire nell'esito decisorio.

Sebbene non fosse necessario precisarlo, la S.C. aveva lasciato aperta la via dell'accertamento della sussistenza di una effettiva condizione di subordinazione dei ciclofattorini, richiamando la regola generale che assegna al giudice il potere di qualificare la fattispecie concreta secondo il tipo contrattuale corrispondente all'esecuzione del programma negoziale. Il Tribunale di Palermo dichiara di collocarsi in questa prospettiva, valorizzando l'effettivo voluto contrattuale alla luce delle acquisizioni in fatto esposte negli atti processuali e ritenute provate in base al principio di non contestazione.

Ricondotto per tale via al paradigma dell'art. 2094 c.c., il rapporto del *rider* viene corredato dall'applicazione in blocco della disciplina della subordinazione, senza che si ponga il problema, evocato e non risolto dalla Cassazione con riferimento all'art. 2, d.lgs. n. 81/2015, dell'individuazione dei segmenti dello Statuto protettivo «ontologicamente incompatibili» con la classe delle collaborazioni etero-organizzate, su cui vi è ancora notevole incertezza (5).

La soluzione è dunque frutto dell'ordinario procedimento di qualificazione, inteso come attività finalizzata all'individuazione dello schema negoziale cui va ascritto l'accordo dei contraenti sulla base dell'assetto di interessi effettivamente voluto ai sensi dell'art. 1362, comma 2, c.c. (6).

Sotto questo profilo la sentenza non è innovativa. La classificazione nel tipo della subordinazione viene effettuata attraverso una minuziosa disamina della fase di attuazione del rapporto, seguendo una linea argomentativa che viene usualmente portata come esempio paradigmatico della specialità che caratterizza l'attività ermeneutica nel diritto del lavoro – anche per via dell'*imprimatur* offerto dalla giurisprudenza costituzionale sull'indisponibilità del tipo (7) – ma che in realtà costituisce un criterio operativo universalmente valido per qualsiasi contratto a esecuzione prolungata nel tempo: dove l'assetto di interessi inizialmente stabilito non è mai definitivamente cristallizza-

(3) C. App. Torino 11.1.2019, in *RIDL*, 2019, II, 350 ss., con nota di M.T. Carinci, e in *RGL*, 2019, I, 95 ss., con nota di Carabelli, Spinelli; Cass. 24.1.2020, n. 1663, in *LDE*, 2020, n. 1, con nota di Magnani.

(4) T. Torino 7.5.2018, in *ADL*, 2018, n. 4/5, 1227 ss., con nota di Biasi, e in *RGL*, 2018, II, 371 ss., con nota di Spinelli; T. Milano 10.9.2018, in *Labor*, 2019, 112 ss., con nota di Forlivesi, e in *RGL*, 2019, II, 82 ss., con nota di Spinelli.

(5) Da ultimo, T. Firenze 9.2.2021, decreto, inedita a quanto consta, per la discutibile esclusione dell'applicabilità dell'art. 28, St. lav. Sul tema, in generale: Magnani 2020, 105; Maresca 2020, 156.

(6) Barbieri 2020, 72.

(7) C. cost. 29.3.1993, n. 121; C. cost. 31.3.1994, n. 115; C. cost. 7.5.2015, n. 76, su cui D'Antona 1995, 67, e Santini 2018, 12.

to, e quindi determinabile in anticipo, essendo piuttosto condizionato dalle mutevoli esigenze di adattamento che si manifestano nella fase attuativa.

Semmai va detto che il diritto del lavoro s'è avvantaggiato più di ogni altro delle tecniche di riqualificazione negoziale, trovando nella giurisprudenza un formidabile alleato per superare la «dittatura contrattuale» che comprime la libertà del prestatore nella fase genetica del rapporto (8). Ed è noto che questo squilibrio si manifesta soprattutto nella fase di ingaggio per lavori ripetitivi e fortemente parcellizzati, come quello degli addetti alla consegna di merci, cibi e bevande a domicilio: questi ultimi vengono reclutati dalle piattaforme con «contratti tipo» non negoziabili nel contenuto, che prevedono l'inquadramento nel regime dell'autonomia (tramite contratti d'opera, prestazioni occasionali, o co.co.co.) quale effetto della libertà di accettare o meno la singola corsa.

La pronuncia in commento coglie perfettamente le insidie di questa impostazione, che volutamente confonde l'autonomia della prestazione di lavoro con «l'autonomia intesa come libertà di accettare una proposta contrattuale» (9). Dunque un dato non incompatibile con la subordinazione, come più volte chiarito dalla Cassazione nei casi degli addetti alla ricezione delle scommesse nelle agenzie ippiche (10), dei messi notificatori (11), degli addetti alle pulizie nelle strutture ricettive (12) e dei fattorini adibiti alla consegna delle pizze (13). D'altronde, anche nella disciplina del contratto di lavoro intermittente la condizione è compatibile con l'assenza dell'obbligo di rispondere alle chiamate del datore di lavoro (cfr. art. 13, comma 4, d.lgs. n. 81/2015) (14).

Non è invece oggetto di scrutinio giudiziale l'altro elemento che di solito viene portato a sostegno dell'indipendenza dei *riders*, e cioè il possesso o la disponibilità in capo a questi ultimi del mezzo di trasporto e dello *smartphone*. Ancorché non sia emerso nel caso di specie, va detto che neppure tale circostanza è indicativa dell'autonomia organizzativa del prestatore di lavoro, essendo ben chiaro, al di là di taluni malintesi (15), che bicicletta e telefono costituiscono semplici strumenti di lavoro, mentre l'organizzazione d'impresa si regge interamente sull'algorithm, senza il quale la piattaforma non potrebbe assicurare il tipo di servizio che offre sul mercato.

A ogni modo, il giudicante osserva come l'iniziale riconoscimento della libertà di candidarsi per le singole consegne non vale a oscurare ciò che si verifica una volta che il *rider* abbia accettato l'incarico: da tale momento gli spazi di autodeterminazione svaniscono a causa del controllo pervasivo esercitato dalla piattaforma mediante l'algorithm e il suo severo apparato valutativo.

(8) Pera 1997, 102.

(9) Bavaro 2020, 180.

(10) Cass. 13.2.2018, n. 3457; Cass. 11.10.2017, n. 23846, in *DeJure*.

(11) Cass. 16.11.2018, n. 29640, in *DeJure*.

(12) Cass. 3.10.2017, n. 23486, in *RGL*, 2018, II, 11 ss.

(13) Cass. 4.7.2017, n. 16377, in *GD*, 2017, n. 39, 54 ss.

(14) Olivieri 2020, 9.

(15) Per la valorizzazione della proprietà del mezzo di trasporto come indice di autonomia, Cass. 20.1.2011, n. 1238, in *MGC*, 2011, n. 1, 85 ss., e Cass. 10.7.1991, n. 7608, in *RIDL*, 1992, II, 370 ss., con nota di Nogler, nel *leading case sui pony express*.

Tutto ciò porta a concludere che non è il prestatore che sceglie quando lavorare o meno, poiché le consegne vengono distribuite su *slot* resi disponibili in base ai «punteggi di eccellenza» assegnati dall’algoritmo, i quali tengono conto della più intensa reperibilità assicurata nel tempo. Ne consegue che l’indipendenza concordata al momento della conclusione del contratto «non è reale, ma solo apparente e fittizia», non solo per quanti si prenotino per una consegna, ma anche per coloro che si avvalgano della facoltà di non farlo, esponendosi alle penalizzazioni del *ranking* reputazionale, da cui dipende la «possibilità di lavorare a condizioni migliori o più vantaggiose».

2. — *L’apporto del metodo comparato nella costruzione della ratio decidendi* — Un secondo aspetto di rilievo della sentenza in esame attiene alla scelta di costruire la motivazione attraverso il supporto del metodo comparato. Un simile modo di procedere, che non appartiene alla tradizione argomentativa delle Corti italiane, merita particolare apprezzamento, poiché permette di ricondurre il discorso sulla qualificazione dei *riders* alla medesima dimensione multinazionale in cui si collocano le piattaforme del *food delivery*, facendo emergere le numerose simmetrie fra i modelli organizzativi adottati da queste ultime nei diversi contesti produttivi domestici (16).

In via preliminare il Tribunale di Palermo cita la sentenza *Elite Taxi* della Corte di Giustizia dell’Unione europea (17), che gli è funzionale per individuare nella società titolare della piattaforma un centro di imputazione di rapporti giuridici e non già un mero intermediario (*marketplace*). Il rimando al caso *Uber* permette di considerare la parte convenuta un’impresa di trasporto di persone, o comunque di distribuzione di pasti e bevande a domicilio, rilevandosi come sussistano gli elementi discretivi della diretta intrusione della piattaforma nell’organizzazione dell’attività lavorativa, nella fissazione dei compensi e nella predeterminazione delle condizioni di trasporto. Si tratta dei medesimi criteri valorizzati dalla Corte di Giustizia nell’ambito dell’approccio funzionalistico con cui viene qualificata l’attività di impresa rilevante per il mercato interno.

L’argomentazione è poi arricchita dall’elencazione di numerosi altri precedenti emersi nel panorama internazionale, non solo europeo, orientatisi nel medesimo senso (18). E sebbene la questione potesse ritenersi in qualche modo pacifica, posto che la stessa giurisprudenza italiana non ha mai revocato in dubbio la capacità delle piattaforme digitali di essere datori di lavoro (19), è interessante cogliere lo spirito ricostruttivo del *dictum* palermitano, laddove rimarca la necessità di separare le infrastrutture tecnologiche dotate di un modello di gestione etero-imposto da quelle che si limitano a creare reti di interazione commerciale tra soggetti privati. Questione non secondaria, visto che quest’ultimo modello è altrettanto diffuso nella *platform economy*: si pensi ad Airbnb, che la Corte di Giustizia ha considerato un semplice

(16) Ballestrero 2020, I, 13.

(17) C. Giust. 20.12.2017, C-434/15, in *DLM*, 2018, II, 335 ss., con nota di Delfino.

(18) Tra tutte, la più significativa è Cour de Cassation, Chambre sociale, 4.3.2020, n. 374, in *RGL*, 2020, II, 389 ss., con nota di Borelli. Su questa decisione vd. anche Donini 2020, 1.

(19) Da ultimo, il caso di «caporalato digitale» affrontato da T. Milano 27.5.2020, n. 9, Sezione autonoma misure di prevenzione, in *RGL*, 2020, II, 639 ss., con nota di Loffredo, e in *RIDL*, 2020, II, 558 ss., con nota di Esposito.

mediatore tra coloro (professionisti e non) che offrono servizi di *hosting* di breve durata e gli utenti finali (20).

Muovendo da tale premessa, il giudice delle leggi scende al cuore del problema: cioè «verificare se il grado di autonomia dei lavoratori nello stabilire non solo l'*an* della prestazione, ma anche il *quando*, sia determinante, ai fini qualificatori, a tal punto da escludere che essi siano subordinati».

Nell'ampio incedere argomentativo, la comparazione con gli approdi raggiunti da numerose Corti straniere – in larga parte pronunciate per la subordinazione dei ciclofattorini – trova un punto di sintesi nell'arresto del Tribunal Supremo spagnolo del 25.9.2020 (21), che ha qualificato come lavoratore subordinato un *riders* della piattaforma Glovo: si tratta della stessa multinazionale convenuta davanti al giudice siciliano, la quale, naturalmente, adottava un modello organizzativo identico, seppure sotto la gestione di un'impresa italiana.

La decisione dell'alta Corte iberica – alla quale si è allineata la più recente giurisprudenza di merito (22) – ha un'influenza determinante sul giudice siciliano, non solo per la sostanziale identità delle caratteristiche del caso concreto, ma soprattutto per l'individuazione della nozione di subordinazione che viene assunta come parametro normativo della qualificazione: l'ordinamento spagnolo adotta una definizione piuttosto vicina a quella italiana, costruendo lo schema del *Trabajo por cuenta ajena* sullo svolgimento della prestazione «dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario» (art. 1, comma 1, *Estatuto de los Trabajadores*).

Da qui la scelta di assumere come premessa generale del ragionamento sia il paradigma tradizionale che individua nell'etero-direzione un contrassegno imprescindibile della subordinazione (23), sia la teoria della «doppia alienità» (24), così come trasfusa nella sentenza n. 30/1996 della Corte costituzionale (25).

A quest'ultima posizione, che si alimenta dell'autorevole credito offertole da una parte della dottrina giuslavoristica (26) e della giurisprudenza (27), viene assegnato notevole rilievo sul piano concettuale: per il suo tramite si intende cogliere la cangiante

(20) C. Giust. 20.12.2019, C-390/18, Grande Sezione, su cui Inglese 2020, 37.

(21) Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Pleno, 25.9.2020, n. 805, su cui Pacella 2020, 16.

(22) Juzgado de lo Social 24 de Barcelona 14.1.2021, che ha riqualificato come subordinati 741 *riders* di Deliveroo.

(23) Carabelli 2004, 1; Pessi 2016, 163; Giubboni 2020b, 244, nonché, se si vuole, Riccobono 2011, 95. Questo indirizzo, recentemente fatto proprio da C. cost. 7.5.2015, n. 76, cit., è storicamente prevalente anche nella giurisprudenza della Cassazione. Cfr., da ultimo: Cass. 2.10.2020, n. 21194; Cass. 24.7.2020, n. 15922; Cass. 26.6.2020, n. 12871, tutte in *DeJure*.

(24) Mengoni 1986, 5.

(25) C. cost. 5.2.1996, n. 30, in *GI*, 1996, I, 389 ss.

(26) Napoli 1995, 1057 ss.; Roccella 2008, 1 ss.; Barbieri 2019, 1; Mazzotta 2020, 1 ss.; Balistrero 2020, 9.

(27) Cass. 9.10.2006, n. 21646, in *RGL*, 2007, II, 131 ss., con nota di Roccella; Cass. 16.1.2007, n. 820, *ini*, 2007, II, 654 ss., con nota di Allamprese; Cass. 6.9.2007, n. 18692, *ini*, 2008, II, 635 ss., con nota di Ferrara. Il criterio è menzionato più di recente da Cass. 22.7.2019, n. 19657, e Cass. 23.10.2018, n. 26813, in *DeJure*. Vd. anche le altre citate da Barbieri 2020, 80, nota 40.

morfologia della subordinazione nello scenario dei modelli di produzione disintegrati e degerarchizzati dall'avvento del capitalismo digitale, rispondendo più adeguatamente alle esigenze di tutela che si manifestano nelle «zone ibride», dove si collocano i rapporti dei fattorini digitali.

Orbene, il fatto che la sentenza in commento abbracci simultaneamente le due teorie che si contendono il campo nella riflessione scientifica sulla subordinazione rende ragione all'idea secondo cui nel sistema coesistono, e non da oggi, due diverse interpretazioni di tale fattispecie (28).

Il che è pienamente accettabile in un'ottica di revisione delle categorie dogmatiche tradizionali, ma richiede particolare attenzione quando se ne faccia uso in sede processuale, atteso che la determinazione dei criteri generali per l'individuazione del tipo condiziona l'intero procedimento di qualificazione, tanto da costituire l'unico aspetto decisivo sul quale è permesso un apposito scrutinio in sede di legittimità, laddove il parametro normativo non sia individuato correttamente (29).

3. — *«Doppia alienità», etero-organizzazione, etero-direzione: spunti critici* — La teoria della «doppia alienità» mira a depotenziare il ruolo dell'etero-determinazione a vantaggio dell'etero-organizzazione.

Secondo questa tesi l'etero-direzione rappresenta un normale modo d'essere della prestazione lavorativa, che si rinviene nella figura più frequente di lavoratore subordinato, ma che non è essenziale per la connotazione del tipo legale. Esiste dunque una categoria di «subordinazione in senso stretto», che può essere identificata attraverso il solo requisito della dipendenza, inteso come stabile inserimento del prestatore in un'organizzazione produttiva altrui. La citata sentenza n. 30/1996 della Corte costituzionale riassume questa condizione nel concorso delle due forme di alienità «che negli altri casi non si trovano mai congiunte»: rispetto al risultato per il cui conseguimento la prestazione di lavoro è utilizzata, e rispetto all'organizzazione produttiva in cui la prestazione si inserisce.

Il merito di questa ricostruzione consiste nell'aver superato l'eredità weimariana che attribuiva al criterio della dipendenza una connotazione puramente sociologica (lo stato di inferiorità socio-economico del prestatore, che giustifica l'intervento di tutela), facendone un requisito tecnico-giuridico (30). Al fondo rimane il conflitto tra capitale e lavoro, ma l'impalcatura viene giuridificata, di modo che la condizione di dipendenza economico-organizzativa entra a far parte della struttura causale del contratto di lavoro, sotto forma di «incorporazione della prestazione di lavoro in una organizzazione produttiva sulla quale il lavoratore non ha alcun potere di controllo, essendo costituita per uno scopo in ordine al quale egli non ha alcun interesse (individuale) giuridicamente tutelato». Il monito ha un valore indiscutibile, poiché permette di cogliere in termini giuridici un aspetto del diritto del lavoro che è alla base della più ampia lotta di classe.

Resta il fatto che l'art. 2094 c.c. fa concorrere il criterio della dipendenza con quel-

(28) Maio 2019, 582.

(29) Da ultimo, Cass. 15.6.2020, n. 11539, e Cass. 10.9.2019, n. 22634, in *DeJure*.

(30) Vardaro 1986, 75.

lo della sottoposizione al potere direttivo dell'imprenditore, costruendo su entrambi i requisiti il nucleo caratterizzante della subordinazione.

La disciplina codicistica del lavoro nell'impresa, che costituisce l'archetipo su cui il legislatore del 1942 ha costruito lo standard di trattamento della subordinazione (31), conferma la centralità strutturale dell'etero-direzione attraverso gli artt. 2086 e 2104 c.c. D'altro canto, anche nelle fattispecie giuscommercialistiche che il diritto del lavoro ha «piegato» alle proprie finalità di tutela, l'etero-direzione possiede un rilievo baricentrico: è il caso dell'art. 29, d.lgs. n. 276/2003, che richiede l'esercizio del potere direttivo, accanto a quello organizzativo, per connotare la soglia di imprenditorialità necessaria ai fini della distinzione tra l'interposizione vietata e l'appalto lecito nei settori *labour intensive*.

Per quanto sia suscettibile di manifestarsi con diversi gradi di intensità, l'etero-direzione va dunque considerata un contrassegno tipizzante, che non può essere espunto per astrazione dalla nozione legale di subordinazione.

Nel richiamare C. cost. n. 30/1996, spesso si trascura di considerare che la tesi della «doppia alienità» produsse nel giudizio sottoposto al giudice delle leggi un effetto contrario a quello per cui era stata elaborata. Privata dell'etero-direzione per abbracciare una più ampia classe di rapporti meritevoli di protezione, la nozione di «subordinazione in senso stretto» risultò funzionale a giustificare l'esclusione dei soci lavoratori delle cooperative di produzione e lavoro dalle garanzie contro l'insolvenza *ex* l. n. 297/1982: la partecipazione all'impresa collettiva e l'assunzione del rischio dell'attività produttiva vennero ritenuti prevalenti sulla condizione di assoggettamento tecnico-funzionale in cui i soci operavano per conto della società.

La decisione venne resa in un contesto normativo che non prevedeva la compatibilità dello scopo mutualistico con il vincolo di subordinazione, avallando un'esclusione fondata su una scelta che, poco più in là, si rivelò essere di mera politica del diritto: appena cinque anni dopo la l. n. 142/2001 avrebbe legittimato la convivenza del rapporto associativo con un ulteriore e distinto rapporto di lavoro, che può avere natura subordinata *ex* art. 2094 c.c., confermando l'assenza di una inconciliabilità ontologica fra i due schemi negoziali.

D'altra parte – e in termini più generali –, la Cassazione ammette ormai stabilmente il cumulo tra la posizione di socio e quella di lavoratore subordinato, sia nelle società di persone sia in quelle di capitali. E l'elemento discretivo è sempre costituito dall'assoggettamento del socio lavoratore al potere direttivo di altro membro della compagine sociale (32), ovvero del consiglio di amministrazione, dell'amministratore delegato, o dell'amministratore unico (33). E ciò, anche nel caso limite di società composta da due soli soci, entrambi amministratori e dirigenti della medesima società (34).

(31) Aspetto, questo, non colto dalla sentenza in commento, che invece collega la nozione codicistica di subordinazione al contesto della prima rivoluzione industriale, la cui influenza però non attiene alla genesi dell'art. 2094 c.c., ma all'accREDITAMENTO – successivo – dell'operaio fordista come figura dominante nella realtà sociale degli anni settanta del secolo scorso. Cfr. già: Mariucci 1989, 70; Barbieri 2019, 49.

(32) Cass. 12.5.1999, n. 4725, in *OGL*, 1999, 652 ss.

(33) Cass. 2.7.1999, n. 6827, in *MGC*, 1999, 1544 e ss.

(34) Cass. 21.5.2002, n. 7465, e Cass. 14.7.2020, n. 14972, in *DeJure*.

Vi è poi un secondo argomento che impedisce di elevare la «doppia alienità» a requisito necessario e al tempo stesso sufficiente per caratterizzare il tipo negoziale descritto dall'art. 2094 c.c. E questa volta è tutto interno ai recenti interventi normativi che hanno inciso sul sistema di imputazione delle tutele del diritto del lavoro, pur mantenendo ferma la dicotomia autonomia/subordinazione.

Essendo centrata sull'etero-organizzazione, la nozione di subordinazione in senso stretto finisce per abbracciare la classe dei «rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro prevalentemente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente», ai quali l'art. 2, d.lgs. n. 81/2015, applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato.

Il punto è che attraverso la tecnica in questione il legislatore non ha modificato – allargandola – la definizione di cui all'art. 2094 c.c. (35), né si è riferito a rapporti da doversi considerare *aliunde* subordinati (36). In tal senso depone la modifica operata dalla l. n. 128/2019, che ha sostituito l'originario riferimento al carattere «esclusivamente personale» di tali rapporti con quello anche solo «prevalentemente personale». Tale criterio è inconciliabile con l'infungibilità tipica della collaborazione subordinata, e si riferisce – come nella contigua categoria di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c. – alla possibilità che una prestazione d'opera continuativa venga realizzata con apporto ausiliario in termini di mezzi o di sostituti. Per altro verso, la natura non subordinata delle collaborazioni etero-organizzate si desume dal comma 2 dell'art. 2, che permette agli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale di stabilire discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo di questi rapporti, in ragione delle particolari esigenze produttive e organizzative del relativo settore: se si trattasse di relazioni riconducibili «nei fatti» allo schema della subordinazione, il potere attribuito all'autonomia collettiva dovrebbe fare i conti col principio di indisponibilità del tipo (37).

Si può dunque affermare che la condizione di etero-organizzazione non basta, in assenza dell'etero-direzione, a tracciare il perimetro normativo del lavoro subordinato. Anzi, lo stesso fatto che il criterio dell'inerenza a un'organizzazione produttiva controllata da altri sia stato scelto come *medium* per legalizzare un giudizio di mera comparabilità col modello del lavoro dipendente (38) depone per l'inesistenza di una fattispecie minima di subordinazione diversa da quella descritta dall'art. 2094 c.c.

4. — *L'etero-direzione dei riders: sulla persistente centralità dell'art. 2094 c.c.* — Al netto delle numerose premesse teoriche che vi fanno da sfondo, la *ratio decidendi* della sentenza in commento è del tutto chiara nell'assegnare rilevanza centrale al requisito dell'etero-direzione.

(35) A. Zoppoli 2020, 709; Perulli 2020b, 9; Zilio Grandi, Sferrazza 2016, 765; Del Punta 2019, 358; Giubboni 2020b, 250; De Marco, Garilli 2021. *Contra*: Santoro Passarelli 2016, 91; Ferraro 2016, 225.

(36) Nogler 2016, 47.

(37) Qui inteso nella sua accezione minima di limite a operazioni manipolative che sottraggono i diritti fondamentali radicati nella Costituzione a relazioni lavorative oggettivamente riconducibili alla nozione legale di subordinazione storicamente accolta nell'ordinamento positivo.

(38) Cass. 24.1.2020, n. 1663, cit., punto 26.

Di fatto, l'accertamento della subordinazione si risolve nella sottoposizione del *rider* al controllo intrusivo della piattaforma, che lo rendeva non meno asservito di un operaio del secolo scorso.

La redistribuzione dei luoghi di potere – che è alla base della *platform economy* – impone di cogliere l'evoluzione delle prerogative datoriali sui rapporti di lavoro, per verificare se le categorie fondative della materia siano ancora capaci di adattarsi al frammento della realtà sociale da regolare. Ed è questo il piano su cui si muove il Tribunale di Palermo: la pronuncia esclude che il capitalismo digitale abbia segnato l'inesorabile declino della fattispecie trainante del diritto del lavoro (39), tracciando l'identikit del lavoratore subordinato digitale quale figura socialtipica contemporanea che l'algoritmo assoggetta a penetranti dispositivi di costrizione, comandandolo senza necessità di impartirgli ordini (40).

La motivazione valorizza tutti gli indicatori da cui emerge il potere della piattaforma di interferire e condizionare in qualsiasi momento la prestazione del cicofattorino, elencando i meccanismi di disciplinamento che costituiscono un equivalente funzionale dell'etero-direzione: oltre al sistema di prenotazione sugli *slot* vincolati in base al parametro di eccellenza, rilevano la selezione del *rider* in base alla posizione del punto di consegna; la necessità di quest'ultimo di essere loggato nel periodo di tempo che precede l'assegnazione della consegna; l'obbligo di avere il cellulare carico in misura almeno pari al 20 per cento; la ripetuta attesa a disposizione della società convenuta negli intervalli non lavorati; l'obbligo di accettare o tutti o nessuno degli ordini concentrati su un unico punto di ritiro; l'imposizione della sequenza delle consegne in caso di ordini raggruppati; la disconnessione unilaterale dalla piattaforma in seguito a condotte del lavoratore ritenute inappropriate da parte della società.

In questa prospettiva, il riferimento alla giurisprudenza sulla «subordinazione attenuata» (41) – nondimeno menzionata tra le considerazioni di ordine preliminare – non ha alcuna incidenza nel *decisum*. Il vero fulcro della decisione – che è anche il suo tratto più apprezzabile – consiste infatti nell'aver fornito un'interpretazione innovativa del potere direttivo, rischiarandone l'idoneità qualificatoria quand'anche non si manifesti in termini di «soggezione dura e pura alla signoria del datore di lavoro» (42). Una lettura evolutiva e pluralistica dell'art. 2094 c.c., dunque, che dimostra l'inalterata capacità

(39) Molto più complesso è invece il discorso, che non può essere sviluppato in questa sede, sull'idoneità della subordinazione a mantenere un ruolo egemone per l'accesso alle tutele, nell'ambito di una dicotomia secca con l'autonomia. Sul punto si rinvia a Perulli 2020c, 92; Novella 2020, III.

(40) Da ultimo va registrata l'apertura del Tribunale federale del lavoro tedesco, Bag. 1.12.2020 - 9 AZR 102/20, che ha rimesso al giudice di merito l'accertamento della natura subordinata del rapporto di collaborazione di un *crowdworker*, che svolgeva sotto il controllo di una piattaforma digitale una serie di microcompiti elementari, estremamente dettagliati da quest'ultima nelle modalità di esecuzione.

(41) Cfr., *ex multis*: Cass. 26.11.2020, n. 27076, in *DeJure*, con riferimento a prestazioni dal contenuto estremamente elementare; Cass. 25.2.2019, n. 5436; Cass. 19.11.2018, n. 29671, *in*, con riferimento a figure professionali altamente qualificate.

(42) Giubboni 2020, 262. Questa visione angusta dell'etero-direzione è stata riproposta ancora di recente da C. cost. 7.5.2015, n. 76, cit.

dell'etero-direzione di adattarsi a uno scenario in cui prosperano le forme di «neotaylorismo digitale» (43).

5. — *Qualificazione vs «prospettiva rimediale»: una lettura pragmatica* — Sul versante del contenzioso, la sentenza palermitana indica altrettanto chiaramente che l'introduzione dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015, non ha ridotto l'interesse pratico all'accertamento della subordinazione.

Al di là della specifica vicenda dei *riders*, infatti, non è difficile immaginare che la strategia processuale più comune per accedere alla «cittadella protetta» sarà quella di formulare una domanda principale di riqualificazione del rapporto e di spiegare in via gradata quella di accertamento del carattere solo etero-organizzato della prestazione.

In altre parole, si può essere certi che la tensione qualificatoria dalla quale il legislatore avrebbe voluto liberarsi per mezzo del citato art. 2 continuerà a dominare ancora a lungo nelle aule giudiziarie. Il vero stabilizzatore dell'attuale sistema normativo va infatti individuato nella contrattazione collettiva, alla quale è stato affidato il delicato compito di modulare le tutele in relazione alla specificità dei diversi settori produttivi (44). Vi è però che gli accordi finora sottoscritti *ex art. 2*, comma 2, ancorché numerosi, riguardano realtà non interessate o solo marginalmente lambite dal lavoro su piattaforma (45). La loro logica, peraltro, è più che altro derogatoria, in continuità con l'esperienza passata, e non ancora matura per la regolazione selettiva dei trattamenti economici e normativi da attribuire a chi versi in una condizione di debolezza contrattuale non dissimile da quella dei lavoratori subordinati. Lo stesso sta accadendo con il «contratto dei *riders* autonomi» (46), dove l'intervento dell'autonomia collettiva – circoscritto dall'art. 47-*quater*, d.lgs. n. 81/2015, alla definizione dei criteri di determinazione del compenso complessivo – ha riportato a galla i problemi del sistema sindacale di fatto, richiedendo di sciogliere non solo il nodo della selezione dei soggetti stipulanti in base al parametro della maggiore rappresentatività comparata, ma soprattutto quello preliminare della costruzione di una vera rappresentanza dei *platform workers*.

Fino a quando l'intervento sindacale non prenderà campo e consapevolezza, la disciplina sulle collaborazioni etero-organizzate manterrà una dimensione applicativa prevalentemente conflittuale: riequilibratrice sul piano degli effetti del contratto; di agevolazione probatoria sul piano processuale. Sarà sufficiente provare che la prestazione sia stata svolta in un contesto organizzato dal committente per conseguire l'imputazione delle tutele della subordinazione «per equivalente», secondo la prospettiva «rimediale» indicata dalla Cassazione con la sentenza n. 1663/2020 (47).

Tutto ciò, evidentemente, non elimina il problema del tracciamento dei confini, che anzi resta assai complesso. Infatti, può essere vero che «non ha decisivo senso interrogarsi sul se tali forme di collaborazione [...] siano collocabili nel campo della su-

(43) Bellavista 2019, 151; Carabelli 2021, 4.

(44) Magnani 2020, 113; A. Zoppoli 2020, 745.

(45) Imberti 2016, 393.

(46) Ci si riferisce alla nota vicenda del Ccnl Assodelivery-Ugl, su cui Carinci 2021a, 1.

(47) Ciucciiovino, Monterossi 2020, 65.

bordinazione ovvero dell'autonomia» (48). Tuttavia, anche quando non è in discussione l'accertamento della subordinazione, il momento valutativo della qualificazione entra comunque in gioco: per stabilire se il rapporto instaurato tra le parti abbia natura anche solo etero-organizzata, l'interprete non ha altra via che quella di verificare se gli elementi del caso concreto siano ascrivibili agli indicatori fattuali su cui è costruito l'art. 2, d.lgs. n. 81/2015, con un apprezzamento reso ancor più libero dall'eliminazione del riferimento ai tempi e al luogo di esecuzione della prestazione, a opera della l. n. 128/2019 (49).

Oggi la linea di confine tra i diversi schemi negoziali individuati dal legislatore si basa su una pluralità di referenti concettuali, sicché per decidere concretamente dove comincia la subordinazione e finisce l'etero-organizzazione, e come quest'ultima vada distinta dal coordinamento *ex* art. 409 c.p.c. (cosa per nulla pacifica anche dopo l'interpretazione autentica fornita dall'art. 15, l. n. 81/2017) (50), occorre pur sempre indagare un fatto per determinarne gli effetti.

Il che, vuoi o non vuoi, significa attribuire una qualità alle dichiarazioni dei contraenti, così come traslate nella fase funzionale del rapporto (51): al di là dell'inquadramento come «norma di fattispecie» o di «disciplina», il giudice potrà applicare l'art. 2, d.lgs. n. 81/2015, solo ove accerti che il caso controverso appartenga a questo specifico istituto giuridico. E proprio perché la scelta va operata in un campo reso particolarmente fluido dagli innesti legislativi che hanno valorizzato alcuni tradizionali indici di subordinazione per identificare una classe di rapporti che subordinati non sono, è inevitabile che la riconduzione del caso concreto a una delle molteplici modalità collaborative ammesse dall'ordinamento (subordinata, etero-organizzata, coordinata) debba avvenire, volta per volta, seguendo l'approccio sintetico che appartiene al metodo tipologico (52). Con tutta la cautela che ciò richiede nel controllo delle possibili anticipazioni di senso dell'interprete.

D'altra, parte, con specifico riferimento alle controversie sulla qualificazione dell'attività dei ciclofattorini, ci si confronta con un quadro di sistema ulteriormente complicato dall'introduzione del nuovo Capo *V-bis* del d.lgs. n. 81/2015, contenente il pacchetto di garanzie minime da riconoscere ai «lavoratori autonomi che svolgano attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore». Sul punto, è noto che l'art. 47-*bis* fornisce una definizione di *riders* autonomo connotata dall'apporto delle piattaforme digitali utilizzate dal committente, le quali, «indipendentemente dal luogo di stabilimento, sono strumentali alle attività di consegna di beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione». In tal modo la disposizione replica un contrassegno tipico delle collaborazioni etero-organizzate *ex* art. 2, la cui disciplina opera anche «qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche

(48) Cass. n. 1663/2020, cit., punto 25.

(49) Gragnoli 2020, 117; L. Zoppoli 2020, 278.

(50) Carabelli 2018, 41; *Contra*, Razzolini 2020, 345.

(51) Santucci 2020, 219.

(52) Treu 2016.

digitali». Il risultato è un guazzabuglio normativo in cui convivono due figure in larga parte sovrapponibili avuto riguardo alla condizione di etero-imposizione delle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa, ma drammaticamente differenziate nell'apparato protettivo: ai *riders* etero-organizzati si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato; a quelli autonomi in senso stretto spetta il corredo di diritti previsto dagli art. 47-ter ss., ancora instabili «nella zona calda» dei compensi, dove aleggiano spregiudicati tentativi di *dumping* salariale (53).

La circolare del ministero del Lavoro n. 17 del 19.11.2020 ha individuato il *discrimen* nell'elemento dell'occasionalità, desumendolo per differenza dalla continuità richiesta dall'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 (54). Questo requisito «si determina caso per caso, tanto con riferimento alla reiterazione della prestazione quanto con riferimento alla durata del rapporto». Inoltre il *rider* non si può considerare autonomo, pur dinanzi all'occasionalità della prestazione, se vi è «l'interesse del committente al ripetersi della prestazione lavorativa e della disponibilità del collaboratore a eseguirla in un arco temporale apprezzabile».

Questa impostazione presenta vistose criticità. In primo luogo perché aumenta la pressione sulla giurisprudenza, alla quale viene richiesto di operare una netta scelta di campo sulla base di un elemento tanto ambivalente da essere compatibile anche con la subordinazione. D'altra parte, per stabilire se una relazione contrattuale prolungata nel tempo risponda al criterio della continuità in senso tecnico-giuridico, ovvero rilevi in termini solo preparatori all'adempimento, ci si deve collocare sempre nella prospettiva ermeneutica innanzi delineata: l'esecuzione funzionale a un interesse durevole del creditore è una qualifica successiva, che può essere attribuita solo all'esito di un giudizio di sintesi fra gli indicatori riscontrati nel caso concreto. Tutto questo, peraltro, può alimentare incertezze sul riparto di competenza fra giudice civile e giudice del lavoro: dalla presenza o meno della continuità dipende infatti l'applicabilità del rito processuale di cui agli artt. 409 ss. c.p.c.

In secondo luogo, la distinzione basata sull'occasionalità rende inapplicabile il Capo V-bis ai *riders* inquadrati come collaboratori coordinati e continuativi. Anzi, se si accede alla lettura più estrema dell'art. 47-bis, si dovrebbe perfino escludere che i rapporti ex art. 409, n. 3, c.p.c. siano compatibili con l'attività dei fattorini del *platform work*: la determinazione delle modalità di esecuzione della prestazione a opera della piattaforma è antitetica al carattere consensuale del coordinamento.

In effetti, è davvero difficile ritenere che la disciplina dettata dal Capo V-bis sia stata apprestata a vantaggio dei soli *riders* autonomi che svolgono la loro attività in modo occasionale. Specialmente ove si consideri che un simile modo di lavorare non ha riscontro nella realtà sociale. Sul piano giuridico, peraltro, le stesse garanzie dell'art. 47-quater – i.e. il divieto di cottimo e la previsione di un compenso minimo orario parametrato sui minimi tabellari stabiliti da contratti collettivi nazionali di settori affini o equivalenti sottoscritti dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale – mal si attagliano a relazioni negoziali che si vorrebbero isolare in ra-

(53) Aloisi, De Stefano 2020.

(54) In senso analogo anche la circ. Inl 30.10.2020, n. 7.

gione del mero dato dell'episodicità, al punto da apparire eccedenti, in termini di razionalità assiologica, rispetto al bisogno di protezione che può esprimere una simile classe dei rapporti. In conclusione, se non si vuole rimanere intrappolati dentro un «labirinto senza uscita» (55), è d'obbligo considerare la disciplina di cui al Capo *V-bis* come *level playing field* per la tutela di tutti i lavoratori che consegnano beni a mezzo di piattaforme digitali, qualunque sia la natura della relazione instaurata con il committente (e a patto, s'intende, che non venga in rilievo l'etero-organizzazione ex art. 2, d.lgs. n. 81/2015). In questa direzione si sta giustamente muovendo la giurisprudenza, che nel recente filone in tema di salute e sicurezza dei *riders* assunti (anche) con co.co.co. non ha indagato il concreto atteggiarsi del rapporto, ritenendo che l'obbligo del committente di rispettare le prescrizioni del T.U. n. 81/2008 discende egualmente dagli artt. 2 e 47-*septies*, d.lgs. n. 81/2015, con quest'ultimo che si pone a fondamento di una tutela universalistica di base per tale categoria di lavoratori (56).

6. — *Possibili scenari* — Beninteso, la presenza di un quadro di sistema così frastagliato non consente di assolutizzare la conclusione cui è pervenuto il Tribunale di Palermo. Occorrerà tempo per verificare se essa saprà accreditarsi nel «diritto vivente».

Nel frattempo non si può escludere l'eventualità di futuri pronunciamenti difformi, che magari attingano gli effetti della subordinazione nuovamente dall'art. 2, d.lgs. n. 81/2015.

Molto dipenderà dalle reazioni delle multinazionali del *food delivery*, che al momento sono estremamente diversificate. Just Eat ha già annunciato di voler assumere alle proprie dipendenze i circa tremila fattorini con cui intrattiene un rapporto di collaborazione diretta, adottando il modello «*scoobers*» già praticato in Germania, Danimarca, Austria e Svizzera. My Menù e Domino's Pizza hanno sottoscritto la carta dei diritti fondamentali del lavoro digitale dei *riders* di Bologna, e la prima ha già allineato il compenso dei ciclofattorini ai minimi tabellari del Ccnl logistica. Alcune realtà minori hanno provato a percorrere la via degli accordi di prossimità, apportando deroghe a trattamenti economici e normativi comunque collocati nel perimetro dell'art. 2094 c.c. (57).

Per altri grandi *player* del settore, invece, è partita una nuova fuga dalla subordinazione. Glovo e Deliveroo hanno abbandonato il sistema di prenotazione su fasce orarie contingentate e il connesso meccanismo di penalizzazione reputazionale legato agli indici di affidabilità individuale. Si tratta degli elementi chiave attraverso cui il Tribunale di Palermo ha ricostruito la subordinazione, e che una recente ordinanza del Tribunale di Bologna ha censurato anche per la loro valenza discriminatoria nei confronti degli aderenti a iniziative sindacali (58). In ogni caso, la necessità di ripensare il modello organizzativo era inevitabile, visti i divieti – introdotti dall'art. 47-*quinquies*, d.lgs. n.

(55) Perulli 2020b, 20.

(56) T. Firenze 22.7.2020, ord., e T. Bologna 1.7.2020, ord., in *RGL*, 2020, II, 484 ss., con nota di Bologna.

(57) Intesa di secondo livello – *riders* Toscana del 19 gennaio 2021 tra Montegrappa Srl (azienda operante per conto di Runner Pizza) e Filt Cgil, Ultrasporti, Cisl, in *Bollettino Adapt*, 4 febbraio 2021.

(58) T. Bologna 31.12.2020, ord., in *LDE*.

81/15 – di esclusione dalla piattaforma e/o di riduzione delle occasioni di lavoro per mancata accettazione della prestazione.

Si passerà dunque al sistema del *free login*, nel quale le statistiche individuali non avranno alcun effetto e non influenzeranno l'orario in cui si può accedere al calendario delle consegne, con una mossa chiaramente rivolta ad attribuire più ampia libertà in fase di collegamento e a dissipare l'impronta sanzionatoria correlata ai sistemi di *rating* individuale. La qual cosa non sembra essere del tutto priva di implicazioni sul piano della qualificazione, come prova un recentissimo *arrêt* della Corte d'Appello di Lione, che ha considerato autonomo un *driver* di Uber proprio in ragione di questi elementi (59).

La qualificazione dei ciclofattorini resta dunque in gioco.

Ciò non riduce il valore del contributo offerto dal *dictum* del Tribunale di Palermo, al quale va comunque il merito di aver tracciato una netta linea di demarcazione tra visioni contrapposte del capitalismo digitale: la vicenda del *rider* siciliano, un uomo di 49 anni che viveva degli esigui proventi dell'attività di consegna di cibi caldi, contribuisce a smitizzare la narrazione della *gig economy* come proiezione esclusivamente positiva della tecnologia avanzata, restituendo uno spaccato in cui, accanto a coloro che si realizzano mediante le opportunità emancipatrici delle Ict, si colloca la folta schiera di chi usa le piattaforme come un «lavoro per cercare lavoro». E che perciò vive in un contesto di marginalità e ablazione delle tutele.

È con questa consapevolezza che il giudice siciliano si accosta alla complessità delle relazioni sociali prodotte dalla quarta rivoluzione industriale, ricordando ai suoi protagonisti che la giurisprudenza non intende abdicare alla propria funzione di controllo degli atti di autonomia privata.

Riferimenti bibliografici

- Aloisi A., De Stefano V. (2020), *Il pacco è servito?*, in *il Mulino*, 18 settembre.
- Ballestrero M.V. (2020), *La dicotomia autonomia/subordinazione. Uno sguardo in prospettiva*, in *LLI*, n. 6, I, 1 ss.
- Barbieri M. (2019), *Della subordinazione dei ciclofattorini*, in *LLI*, n. 2, 1 ss.
- Barbieri M. (2020), *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders: Tribunale di Palermo, 24.11.2020*, in *LLI*, 61 ss.
- Bavaro V. (2020), *Sul concetto giuridico di «tempo del lavoro» (a proposito di ciclofattorini)*, in *Labor*, 672 ss.
- Bellavista A. (2019), *Sorveglianza sui lavoratori, protezione dei datipersonali ed azione collettiva nell'economia digitale*, in C. Alessi et al. (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, Bari, 151 ss.
- Carabelli U. (2004), *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *DLRI*, 1 ss.
- Carabelli U. (2018), *Collaborazioni e lavoro occasionale tra autonomia e subordinazione*, in U. Carabelli, L. Fassina (a cura di), *Il lavoro autonomo e il lavoro agile alla luce della legge n. 81/2017*, Consulta Giuridica Cgil, 41 ss.

(59) Cour d'Appel de Lyon, Chambre Sociale B, 15.1.2021.

- Carabelli U. (2021), *Anche il lavoro dei ciclofattorini ha un'essenza subordinata*, in RGL, *giurisprudenza online*, 15 gennaio.
- Carinci F. (2007), *Diritto privato e diritto del lavoro: uno sguardo dal ponte*, in M. Bessone (diretto da), *Trattato di Diritto privato*, Giappichelli, Torino, XIV.
- Carinci F. (2021a), *Il Ccnl rider del 15.9.2020 alla luce della Nota dell'Ufficio legislativo del ministero del Lavoro spedita a Assodelivery e Ugl, firmatari del contratto*, in LDE, n. 1, 1 ss.
- Carinci F. (2021b), *L'ultima parola sui rider: sono lavoratori subordinati*, in LDE, n. 1 ss.
- Cavallini G. (2020), *Libertà apparente del rider vs. poteri datoriali della piattaforma: il Tribunale di Palermo riapre l'opzione subordinazione*, in <https://giustiziacivile.com>, 24 dicembre.
- Ciucciiovino S., Monterossi L. (2020), *Le collaborazioni etero-organizzate al vaglio della Suprema Corte*, in MGL, fascicolo straordinario, 63 ss.
- D'Antona M. (1995), *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in ADL, n. 1/2, 67 ss.
- De Marco C., Garilli A. (2021), *L'enigma qualificatorio dei riders. Un incontro ravvicinato tra dottrina e giurisprudenza*, di prossima pubblicazione in DML.
- Del Conte M. (2020), *Rider, il potere direttivo si incarna nella App*, in *Il Sole24Ore*, 1° dicembre.
- Del Punta R. (2019), *Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente*, in RIDL, II, 358 ss.
- Donini A. (2020), *Secondo la Cassazione francese Uber è datore di lavoro*, in LLI, n. 6, 1 ss.
- Ferraro G. (1998), *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in DLRI, 429 ss.
- Ferraro G. (2016), *Subordinazione e autonomia tra pronunzie della Corte costituzionale e processi evolutivi*, in LG, n. 3, 222 ss.
- Giubbboni S. (2020a), *La subordinazione del rider*, in *Menabò di Etica ed Economia*, n. 140, 14 dicembre.
- Giubbboni S. (2020b), *Le nuove frontiere del diritto del lavoro nella recente legislazione protettiva*, in VTDL, n. 1, 243 ss.
- Gagnoli E. (2020), *L'art. 2, d.lgs. n. 81/2015 e gli indicatori della subordinazione non codificati*, in MGL, fascicolo straordinario, 113 ss.
- Imberti L. (2016), *L'eccezione è la regola?! Gli accordi collettivi in deroga alla disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente*, in DRI, n. 2, 393 ss.
- Inglese M. (2020), *Affinità e divergenze fra le sentenze Elite Taxi e Airbnb Ireland*, in *Eurojus*, n. 1, 37 ss.
- Magnani M. (2020), *Subordinazione, eteroorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, in DRI, n. 1, 105 ss.
- Maio V. (2019), *Il lavoro per le piattaforme digitali tra qualificazione del rapporto e tutele*, in ADL, n. 1, 589 ss.
- Maresca A. (2020), *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate*, in DRI, n. 1, 146 ss.
- Mariucci L. (1989), *Subordinazione e itinerari della dottrina*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, il Mulino, Bologna, 70 ss.
- Martelloni F. (2020), *Il ragazzo del secolo scorso. Quando il rider è lavoratore subordinato a tempo pieno e indeterminato*, in <https://www.questionegiustizia.it>.
- Mazzotta O. (2020), *L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali*, 1 ss.
- Mengoni L. (1986), *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in RIDL, I, 5 ss.

- Napoli M. (1995), *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in *Id.*, (a cura di), *Le ragioni del diritto, Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Vita e Pensiero, Milano, 1057 ss.
- Nogler L. (2016), *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico»*, in *ADL*, I, 47 ss.
- Novella M. (2020), *La subordinazione in prospettiva. Opinioni a confronto*, in *LLI*, n. 6, III ss.
- Olivieri A. (2020), *Subordinación y autonomía en la época del trabajo (in)sostenible. What's in a name?*, dattiloscritto, 1 ss.
- Pacella G. (2020), *Il Tribunal Supremo spagnolo ci insegna qualcosa sul lavoro dei riders e anche sulla subordinazione del XXI secolo*, in *LLI*, n. 6, 14 ss.
- Pera G. (1997), *Sul valore della volontà cartolare per la qualificazione del rapporto di lavoro*, in *RIDL*, II, 702 ss.
- Perulli A. (2020a), *La piattaforma ha il potere direttivo? In soffitta le collaborazioni etero-organizzate*, in *Quotidiano del lavoro*, 10 dicembre.
- Perulli A. (2020b), *Il diritto del lavoro «oltre la subordinazione»: le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 410, 1 ss.
- Perulli A. (2020c), *Il diritto del lavoro e il «problema» della subordinazione*, in *LLI*, n. 6 92 ss.
- Pessi R. (2016), *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in *Labor*, 163 ss.
- Poso V.A. (2020), *Qual è la natura giuridica dei rider? Sono subordinati, bellezza! Commento a prima lettura della prima sentenza-zibaldone che farà discutere*, in *Labor*, 1° dicembre, 2 ss.
- Razzolini O. (2020), *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, in *DRI*, n. 2, 345 ss.
- Riccobono A. (2011), *Qualificazione del contratto e controllo della fattispecie nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Roccella M. (2008), *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 65, 1 ss.
- Santini F. (2018), *Presunzioni e indisponibilità del tipo*, Giappichelli, Torino.
- Santoro Passarelli G. (2016), *Lavoro eterodiretto, eteroorganizzato, coordinato ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, in *RGL*, n. 1, I, 91 ss.
- Santucci R. (2020), *Notazioni metodologiche sulla qualificazione giuridica del lavoro con le «piattaforme digitali»*, in *MGL*, fascicolo straordinario, 219 ss.
- Tosi P. (2020), *Riders: qualificazione del rapporto e rappresentanza sindacale*, in *GLav.*, 4 dicembre.
- Treu T. (2016), *Tipologie contrattuali nell'area del lavoro autonomo*, in *Treccani, Libro dell'anno del diritto*.
- Vardaro G. (1986), *Tecnica, tecnologia, ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *PD*, 75 ss.
- Zilio Grandi G., Sferrazza M. (2016), *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in *ADL*, n. 4/5, 765 ss.
- Zoppoli A. (2020), *Le collaborazioni eteroorganizzate tra antiche questioni, vincoli di sistema e potenzialità*, in *DRI*, n. 3, 703 ss.
- Zoppoli L. (2020), *I riders tra fattispecie e disciplina: dopo la sentenza della Cassazione n. 1663/2020*, in *MGL*, fascicolo straordinario, 265 ss.

Alessandro Riccobono
Professore associato di Diritto del lavoro
presso l'Università di Palermo

[TRIBUNALE MASSA, 2.11.2020, ord.](#) – Est. Lama – M.F. c. Comune di Massa, G.I.G. Spa, L. Spa, O. Spa.

Lavoro pubblico – Procedure di stabilizzazione dei precari – Art. 20, c. 1, d.lgs. n. 75/2017 – Assunzione diretta a tempo indeterminato – Lavoratori a tempo determinato delle p.a. – Inclusi – Lavoratori in somministrazione presso le p.a. – Esclusi – Irragionevole disparità di trattamento – Art. 3 Cost. – Questione di legittimità costituzionale – Rilevanza – Non manifesta infondatezza.

Non è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 20, c. 9, d.lgs. n. 75/2017, nella parte in cui, in violazione del principio di eguaglianza ex art. 3 Cost., esclude che le procedure di stabilizzazione mediante assunzione diretta a tempo indeterminato, previste per il personale a tempo determinato delle p.a. dal c. 1 del medesimo art. 20, possano applicarsi anche ai lavoratori in somministrazione che soddisfino i requisiti individuati alle lett. a e c del c. 1 relativamente alle prestazioni lavorative rese presso le p.a. stesse. (1)

(1) LA STABILIZZAZIONE DEI PRECARI NELLA RIFORMA MADIA:
DUBBI SULLA COSTITUZIONALITÀ DELL'ESCLUSIONE
DEI LAVORATORI SOMMINISTRATI

SOMMARIO: 1. Riforma Madia e precarietà: l'ennesima occasione persa. — 2. Regole, pregi e difetti dell'ultimo piano di stabilizzazione dei precari. — 3. L'ordinanza di rimessione nel quadro del diritto vivente. — 4. Stabilizzazione e somministrazione di lavoro nell'art. 20: un'esclusione costituzionalmente legittima? — 5. Postilla: l'incerta rilevanza della q.l.c.

1. — *Riforma Madia e precarietà: l'ennesima occasione persa* — In sede di commento a uno dei decreti della cd. «riforma Madia» (d.lgs. n. 75/2017, di attuazione della delega di cui alla l. n. 124/2015) Luigi Menghini scriveva: «In sostanza, il settore pubblico mostra di aver ancora bisogno di moltissimi rapporti di lavoro precari. Per soddisfare questa necessità rende inconsistenti le sanzioni per le violazioni delle regole generali che ne fissano i limiti di utilizzo e in aggiunta moltiplica ulteriormente le discipline settoriali sottratte a tali regole» (1).

L'opinione non è certamente isolata (2). D'altronde, è difficile sostenere che, in tema di rapporti di lavoro flessibili, la riforma abbia segnato una svolta rispetto alle politiche degli ultimi decenni che hanno di fatto tollerato, quando non addirittura favorito, un ricorso smodato al precariato nelle p.a. E dire che tra gli obiettivi che il legi-

(1) Menghini 2018, 146.

(2) Si possono richiamare, per tutti: Pinto 2018, 11; D'Onghia 2018, 445 s.

slatore delegato avrebbe dovuto perseguire nel rivedere la disciplina delle forme di lavoro flessibile vi era proprio quello di «prevenire il precariato» (art. 17, c. 1, lett. o, l. n. 124/2015). In questa prospettiva, una modifica in senso maggiormente rigorista delle sanzioni per l'abuso dei rapporti flessibili e una decisa sforbiciata alle deroghe previste per taluni settori avrebbero dovuto rappresentare i capisaldi della riforma.

Nell'economia del presente contributo, non è possibile soffermarsi sui contenuti delle modifiche apportate all'art. 36, d.lgs. n. 165/01, per l'esame dei quali ci si limita a rimandare alla copiosa dottrina intervenuta sul tema (3). Preme solo mettere in evidenza che l'art. 9, d.lgs. n. 75/2017, ha sostanzialmente lasciato inalterato l'apparato sanzionatorio e ha confermato la specialità del regime vigente per alcuni settori (*in primis*, scuola e alta formazione artistica, musicale e coreutica).

Se si osserva la riforma nel suo complesso si realizza allora che l'unica misura realmente rivolta a contrastare la diffusione dei contratti flessibili nel settore pubblico consiste nell'ennesima sanatoria realizzata attraverso la previsione di procedure per la stabilizzazione del personale precario in possesso di determinati requisiti. Non serve argomentare più di tanto perché è prevedibile che un simile provvedimento non sarà da solo sufficiente a risolvere – se non in via meramente provvisoria – la piaga sociale e la problematica giuridica del precariato nelle p.a. Una dimostrazione empirica di quanto appena detto è data dal fatto che quella introdotta con la riforma Madia è solo l'ultima di una serie di sanatorie che hanno riguardato il personale pubblico flessibile (4). L'impegno a non ripetere l'errore, assunto al momento del varo di ciascuna di quelle stabilizzazioni di massa, si è poi di volta in volta scontrato con la realtà della necessità di ricorrere al lavoro precario per aggirare le limitazioni imposte alle assunzioni per esigenze di contenimento della spesa pubblica; di qui il periodico riemergere del problema, che, non di rado, ha raggiunto proporzioni allarmanti.

2. — *Regole, pregi e difetti dell'ultimo piano di stabilizzazione dei precari* — L'inidoneità di una sanatoria a chiudere definitivamente il drammatico capitolo del precariato pubblico non esclude l'opportunità, se non – nei limiti di cui si dirà (5) – la doverosità, di quella misura. L'art. 20, d.lgs. n. 75/2017, introduce infatti dei meccanismi che consentono (ma non impongono) alle p.a. di mettere una toppa sul progresso (6). Le procedure a tal fine previste sono due (7).

(3) Si segnalano, senza pretesa di esaustività: Fedele 2018, 387 ss.; De Marco 2018, 41 ss.; Menghini 2018, 144 ss.; Santagata de Castro 2018, 183 ss.; Boghetich 2019, 573 ss.; Battisti 2019, 606 ss.; Fiaccavento 2019, 634 ss.

(4) Cfr. Fontana 2018, 19 ss.

(5) Si veda *infra* quando si parlerà dei rimedi ammessi dal diritto dell'Ue contro l'abuso dei contratti flessibili.

(6) Sull'art. 20, si leggano *funditus*: Fiorillo 2018, 171 ss.; *Id.* 2019, 388 ss.; Fontana 2018, 32 ss.; De Marco 2018, 50 ss.; Fedele 2018, 421 ss.

(7) Per semplicità si farà riferimento all'art. 20 nella versione vigente nel momento in cui si scrive. Va detto, però, che quel testo è il risultato di alcune modifiche apportate nel corso del tempo all'originario dettato normativo. Cfr. art. 1, c. 881, l. n. 205/2017; art. 1, cc. 1 e 1-*bis*, d.l. n. 162/2019; art. 4-*bis*, d.l. n. 34/2020; art. 1, cc. 7-*bis* e 8, d.l. n. 183/2020.

La prima (c. 1) permette al datore di lavoro pubblico, fino al 31 dicembre 2021, di assumere direttamente a tempo indeterminato personale non dirigenziale che: risulti in servizio, anche per un solo giorno, successivamente al 28 agosto 2015, con contratto di lavoro a tempo determinato presso la stessa amministrazione che procede all'assunzione (lett. *a*); sia stato assunto a termine, in relazione alle medesime attività svolte, attingendo a una graduatoria riferita a una procedura concorsuale, anche se espletata presso un'amministrazione diversa da quella che assume (lett. *b*); abbia maturato, al 31 dicembre 2021, alle dipendenze della p.a. che procede all'assunzione almeno tre anni di servizio, anche non continuativi, negli ultimi otto anni (lett. *c*).

La seconda via di stabilizzazione dei precari (c. 2) passa invece per la facoltà riconosciuta alle amministrazioni di bandire, entro il 31.12.2021, procedure concorsuali riservate, in misura non superiore al 50% dei posti disponibili (8), al personale non dirigenziale che: risulti titolare, anche per un solo giorno, dopo il 28.8.2015, di un contratto di lavoro flessibile con l'amministrazione che bandisce il concorso (lett. *a*); abbia maturato con quest'ultima, al 31 dicembre 2021, almeno tre anni di contratto, anche non continuativi, negli ultimi otto anni (lett. *b*).

Entrambe le procedure possono essere avviate previa indicazione della copertura finanziaria, in coerenza con il piano triennale dei fabbisogni e comunque – è bene ribadirlo – a totale discrezione della p.a. Va detto, però, che un forte incentivo ad avvalersi di questa facoltà è rappresentato, oltre che dalla disponibilità di risorse finanziarie aggiuntive per la stabilizzazione, dalla previsione dell'art. 20 secondo cui, fino al termine di quelle procedure, è fatto divieto alle p.a. interessate di instaurare ulteriori rapporti di lavoro flessibili (9). Questi elementi hanno infuso in alcuni commentatori un certo ottimismo rispetto all'idoneità del provvedimento a determinare il riassorbimento di buona parte del precariato pubblico (10). Tuttavia, altri aspetti fanno dubitare di una piena efficacia in questo senso.

Innanzitutto, il predetto divieto di nuove assunzioni precarie vale solo per le professionalità interessate dalle procedure di stabilizzazione e, in ogni caso, come chiarito dal Ministero (11), non opera nel caso in cui l'amministrazione decida di non destinare al reclutamento di cui ai cc. 1 e 2 i fondi disponibili per le assunzioni con contratto flessibile (quelli previsti dall'art. 9, c. 28, d.l. n. 78/2010).

In secondo luogo, va tenuto conto del fatto che l'applicazione dell'art. 20 è esclusa per alcuni settori (scuola e alta formazione artistica, musicale e coreutica) assoggettati a una disciplina speciale in materia di reclutamento (sia stabile che flessibile) e per i quali

(8) La previsione di un limite alla riserva è da ritenersi necessaria alla luce della giurisprudenza costituzionale, secondo cui procedure selettive riservate, che escludano o riducano irragionevolmente la possibilità di accesso dall'esterno, violano il carattere pubblico del concorso. Cfr.: C. cost. 26.1.2004, n. 34, in *FI*, 2004, I, 1355 ss.; C. cost. 13.11.2009, n. 293, in *FI*, 2010, n. 2, I, 387 ss.; C. cost. 11.2.2011, n. 42, in *FI*, 2011, n. 4, I, 958 ss.

(9) È fatta salva la possibilità di prorogare i rapporti di lavoro con i soggetti che partecipano alle procedure di cui ai cc. 1 e 2 fino alla loro conclusione (c. 8).

(10) D'Onghia 2018, 447; De Marco 2018, 55; Fiorillo 2018, 180 s.; *Id.* 2019, 397 s.

(11) Circolare del ministero per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione 23.11.2017, n. 3, par. 3.2.5.

sono stati in parte previsti specifici processi di stabilizzazione, che però – come ben noto – hanno appena scalfito il problema (12). A riprova dell'attualità e della gravità dello stesso è sufficiente segnalare che quei settori figurano tra quelli per cui la Commissione Ue, con decisione del 3 dicembre scorso, ha disposto l'invio di una lettera di costituzione in mora all'Italia per la mancata adozione, in violazione della Direttiva n. 99/70/Ce, di misure di contrasto all'abuso dei contratti a tempo determinato.

Infine, occorre rilevare che il legislatore delegato lascia volutamente priva di qualsiasi rilevanza ai fini della stabilizzazione una specifica tipologia di contratto flessibile: il contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato presso le p.a., al quale l'art. 20, per espressa previsione del suo c. 9, non può essere applicato. Le altre tipologie di rapporto flessibile (*rectius*, precario) sono in vario modo valorizzate nelle due procedure di stabilizzazione. In quella del c. 1, ai fini dell'assunzione diretta dei titolari di contratto a tempo determinato, il requisito dei tre anni di servizio alle dipendenze dell'amministrazione (lett. c) è da considerarsi riferito a tutte le diverse tipologie di lavoro flessibile ammesse (13) (purché caratterizzate dal vincolo della subordinazione, stante l'utilizzo dell'espressione «alle dipendenze»). Il c. 2, invece, per l'accesso ai concorsi riservati, dà rilievo a qualsiasi forma di rapporto flessibile (in questo caso, non necessariamente a carattere subordinato) (14) sia in relazione al requisito della titolarità di un contratto successivamente al 28 agosto 2015 (lett. a) che per il computo dei tre anni di servizio (lett. b). Sfugge, allora, la logica dell'esclusione della somministrazione. Se l'obiettivo che ispira l'art. 20 è – come recita la rubrica – il «superamento del precariato nelle pubbliche amministrazioni», non valorizzare in alcun modo le missioni svolte presso un ente pubblico può apparire irragionevole.

3. — *L'ordinanza di rimessione nel quadro del diritto vivente* — Era allora solo questione di tempo prima che questa incongruenza fosse portata all'attenzione della Corte costituzionale. A compiere questo passo è stato il Tribunale di Massa con l'ordinanza indicata in epigrafe.

In breve: un lavoratore conveniva in giudizio il Comune di Massa lamentando l'illegittima reiterazione dei contratti di somministrazione a tempo determinato in virtù dei quali egli aveva prestato servizio per circa dodici anni presso l'Ente (15) e chie-

(12) Sul settore della scuola, da ultimo, Galleano 2021.

(13) Circolare del ministero per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione 9.1.2018, n. 1, par. 2.

(14) Si legge in circolare del ministero per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione 23.11.2017, n. 3, par. 3.2.1, che «l'ampiezza dell'ambito soggettivo di applicazione della norma [...] consente di ricomprendere nel reclutamento speciale transitorio [...] i titolari di varie tipologie di contratto flessibile, quali ad esempio anche le collaborazioni coordinate e continuative».

(15) La legge non prescrive per la somministrazione di lavoro – al contrario di quanto avviene per il contratto a tempo determinato – un limite di durata massima complessiva del servizio svolto presso una p.a. utilizzatrice. Tuttavia, recentemente la Corte di Giustizia ha affermato il principio secondo cui, in base alla Direttiva n. 2008/104, il giudice nazionale deve comunque adoperarsi affinché il lavoro tramite agenzia presso lo stesso utilizzatore non diventi per il lavoratore una situazione permanente (C. Giust. 14.10.2020, C-681/18, *J.H. c. K.G.*, par. 47 ss., in *RGL*, 2021, n. 1, II, 17 ss., con nota di Froscchi).

deno, di conseguenza, la condanna di quest'ultimo al risarcimento dei danni provocati da quell'abuso. In sede di interrogatorio, il segretario generale del Comune rappresentava la disponibilità dell'Ente a una composizione della lite nei termini di una stabilizzazione del lavoratore ai sensi dell'art. 20, c. 1. Constatata, però, l'impraticabilità di una tale soluzione a causa dell'esplicita esclusione dei contratti di somministrazione dall'ambito di applicazione della citata disposizione e ritenuta non manifestamente infondata l'eccezione concernente l'incompatibilità di detta esclusione con l'art. 3 Cost., il Tribunale decideva di sollevare una questione di legittimità costituzionale (di seguito, q.l.c.) dell'art. 20, c. 9.

La motivazione del provvedimento si regge, in particolare, su di un elemento: «l'evidente "ratio" dell'art. 20 [...] è il superamento del precariato nelle pubbliche amministrazioni». In questa specifica prospettiva, non sarebbe ragionevole differenziare il trattamento previsto per i lavoratori a tempo determinato direttamente assunti dall'ente pubblico da quello stabilito per coloro che prestano opera presso una p.a. in virtù di un contratto di somministrazione a termine. Di qui, secondo il giudice del rinvio, la violazione del principio di eguaglianza ex art. 3 Cost. quando, con il c. 9, il lavoro somministrato è lasciato fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 20 e, più nello specifico, è negata alle p.a. la possibilità di regolarizzare, mediante assunzione diretta a tempo indeterminato, anche i lavoratori titolari di contratti di somministrazione che posseggano i requisiti inerenti le prestazioni lavorative rese di cui alle lett. *a* e *c* dell'art. 20, c. 1, «escluso naturalmente quello di cui alla lett. *b*, relativa alle procedure concorsuali, che non possono sussistere rispetto alla posizione dei lavoratori somministrati». Il Tribunale, in sostanza, suggerisce alla Consulta un intervento manipolativo (16) con il quale si ritocchi il c. 1 ammettendo alla regolarizzazione anche i lavoratori in missione presso l'amministrazione e prevedendo per loro una disciplina in parte differenziata rispetto a quella (che richiede l'aver superato un concorso) valida per chi è stato assunto a tempo determinato direttamente dall'ente.

Quindi, come si chiarirà, la q.l.c. formulata nell'ordinanza non è esente da critiche. Ciononostante meritano la massima considerazione alcuni degli argomenti affrontati nella motivazione. Il Tribunale, infatti, coglie alcune evidenti criticità della disposizione delle quali è necessario verificare le implicazioni. Prima di passare all'esame di questi punti deboli, però, è utile ricordare le «regole di base» che, secondo il diritto vivente, governano l'irrogazione della sanzione in caso di abuso dei contratti flessibili da parte di una p.a. e che fanno da sfondo alla decisione del Tribunale di Massa.

È importante avere ben chiaro che, allo stato attuale, non esiste a livello nazionale o europeo una norma di rango primario che imponga la sanzione della conversione a tempo indeterminato del rapporto in caso di abuso dei contratti flessibili. Lo hanno affermato senza tentennamenti la Corte di Giustizia (17), la Consulta (18) e le Sezioni

(16) Cfr. Zagrebelsky, Marcenò 2012, 390 ss.

(17) La Corte di Giustizia è da anni costante nell'affermare che «l'Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 99/70/Ce non enuncia un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione». Così, C. Giust. 26.11.2014, C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13, C-418/13 riunite, *Mascolo et al. c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e Comune di Napoli*, par.

Unite della Cassazione (19) in materia di illecita reiterazione dei contratti a termine nel settore pubblico, ritenendo anche giustificata – alla luce del principio costituzionale dell'accesso tramite concorso – la differenza di trattamento rispetto alla disciplina dettata in proposito per il lavoro nelle imprese (20). Non possono nutrirsi dubbi, pertanto, sulla compatibilità con i vincoli di sistema del divieto di conversione previsto dall'art. 36, c. 5, d.lgs. n. 165/2001.

Sulla base dell'insegnamento del giudice di Lussemburgo, la costituzione di un rapporto a tempo indeterminato con il datore di lavoro (pubblico o privato che sia) deve essere considerata soltanto una delle possibili misure che gli Stati membri possono individuare come conseguenza di un abuso nell'utilizzo dei contratti a tempo determinato. Sono infatti ammesse anche sanzioni differenti, purché effettive, proporzionate, dissuasive ed equivalenti a quelle previste dall'ordinamento interno per situazioni analoghe (21). Il compito di verificare che la risposta sanzionatoria prevista soddisfi questi requisiti di compatibilità eurounitaria spetta al giudice nazionale, il quale, nel caso italiano, ha dovuto assumere, in realtà, un ruolo di supplenza del legislatore.

L'art. 36, c. 5, difatti, oltre a escludere la conversione, identifica nel risarcimento del danno il rimedio generale contro l'abuso dei contratti flessibili nel settore pubblico. Nulla è detto, però, circa i criteri per la liquidazione del pregiudizio da rifondere: variabile decisiva – com'è ovvio – per il rispetto dei parametri definiti dalla Corte di Giustizia. Nella Babele di orientamenti giurisprudenziali registrati al riguardo (22) sono state infine le Sezioni Unite a mettere ordine, esonerando il lavoratore illegittimamente assunto a tempo determinato da una p.a. dalla prova del danno patito entro il minimo e il massimo previsti dall'art. 32, c. 5, l. n. 183/2010 (oggi, art. 28, c. 2, d.lgs. n. 81/15), salva la dimostrazione del maggior pregiudizio sofferto, che non va comunque individuato nella perdita del posto, bensì soltanto nella perdita di *chances* conseguente all'illegittima precarietà in cui il dipendente pubblico è restato confinato (23).

Questo approdo è stato condivisibilmente criticato in dottrina per la tenuità del

80, in *RIDL*, 2015, n. 1, II, 309 ss., con note di Calafà e Menghini. Ma si vedano anche, *ex multis*: C. Giust. 4.7.2006, C-212/04, *Adeneler et al. c. Ellinikos Organismos Galactos*, par. 101, in *RGL*, 2006, n. 4, II, 601 ss., con nota di Gabriele; C. Giust. 7.9.2006, C-53/04, *Marrosu e Sardino c. Azienda ospedaliera Ospedale San Martino di Genova*, par. 47, in *RGL*, 2006, n. 4, II, 602 ss., con nota di Gabriele; C. Giust. 12.12.2013, C-50/13, *Papalia c. Comune di Aosta*, ord., par. 16, in *RIDL*, 2014, n. 1, II, 75 ss., con nota di Ales; C. Giust. 3.7.2014, C-362/13, C-363/13, C-407/13 riunite, *Fiamingo et al. c. Rete ferroviaria italiana Spa*, par. 65, in *RIDL*, 2015, n. 1, II, 291 ss., con nota di Ales; C. Giust. 7.3.2018, C-494/16, *Santoro c. Comune di Valderice e Presidenza del Consiglio dei ministri*, par. 32, in *RIDL*, 2018, n. 3, II, 683 ss., con nota di Siotto; C. Giust. 11.2.2021, C-760/18, *M.V. et al. c. Organismos Topikis Aftodioikisis (Ota) «Dimos Agiou Nikolaou»*, par. 58, in *DeJure*.

(18) Cfr.: C. cost. 27.3.2003, n. 89, in *FI*, 2003, I, 2258 ss., con nota di Annecchino; C. cost. 20.7.2016, n. 187, in *RIDL*, 2017, n. 2, II, 325 ss., con nota di Allocca.

(19) Cass. 15.3.2016, n. 5072, S.U., in *RIDL*, 2016, n. 3, II, 597 ss., con nota di Allocca.

(20) Su questo specifico punto si vedano, in particolare, C. cost. 27.3.2003, n. 89, cit.; Cass. 15.3.2016, n. 5072, S.U., cit.

(21) In questo senso, tra le ultime, la sentenza *Santoro*, parr. 29 s.

(22) Cfr.: Speciale 2016, 527 ss.; Siotto 2016, 260 ss.; Passalacqua 2016, 831 ss.

(23) Cass. 15.3.2016, n. 5072, S.U., cit.

danno presunto e, dunque, per la dubbia capacità dissuasiva della sanzione e la discutibile equivalenza della stessa rispetto alla conversione prevista per i lavoratori del settore privato (24). Ciononostante esso è andato consolidandosi in giurisprudenza e costituisce oggi il riferimento imprescindibile per determinare le conseguenze dell'abuso dei contratti a termine nel pubblico impiego. Ma *quid iuris* per la somministrazione?

La Corte di Giustizia ha escluso che la Direttiva n. 99/70 si applichi al rapporto di lavoro a tempo determinato tra lavoratore interinale e agenzia, nonché a quello tra tale lavoratore e impresa utilizzatrice (25), essendo tali relazioni specificamente disciplinate dalla Direttiva n. 2008/104/Ce. Tuttavia, va anche detto che – sempre secondo il giudice europeo – quest'ultima fonte deve essere 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», cosicché deve ritenersi sussistente un obbligo per il giudice nazionale di perseguire tale risultato «prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione» (26). Ne deriva che la regola della temporaneità del lavoro interinale deve essere presidiata nell'ordinamento interno da una sanzione dotata dei medesimi caratteri fondamentali (effettività, proporzionalità, dissuasività, equivalenza) indicati per l'illegittimo utilizzo dei contratti a termine. Ecco allora perché la Cassazione ha pensato di estendere all'ipotesi della reiterazione abusiva di contratti di somministrazione nel settore pubblico il descritto orientamento delle Sezioni Unite concernente le assunzioni a tempo determinato effettuate direttamente da parte della p.a. E allora, anche in caso di illegittima successione di contratti di somministrazione di lavoro a termine, pur essendo esclusa (ai sensi dell'art. 36, c. 5) la trasformazione in un rapporto a tempo indeterminato, si verifica comunque la sostituzione dell'amministrazione utilizzatrice nel rapporto di lavoro a tempo definito e il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno parametrato alla fattispecie di portata generale di cui all'art. 28, c. 2, d.lgs. n. 81/2015, quale danno presunto, con valenza sanzionatoria e qualificabile come «danno comunitario», determinato tra un minimo e un massimo, salva la prova del maggior pregiudizio sofferto (27).

Ma se l'individuazione delle conseguenze dell'eventuale abuso della somministrazione è interamente rimessa alla discrezionalità dello Stato membro, vincolato soltanto dal dovere di assicurare dissuasività, proporzionalità, effettività ed equivalenza della sanzione, lo spettro delle alternative – esclusa per il settore pubblico la conversione a tempo indeterminato – non si esaurisce con il risarcimento per equivalente. Come infatti è già stato detto in relazione all'abuso dei contratti a termine da parte delle p.a., un rimedio idoneo ad assicurare la compatibilità del diritto interno con l'ordinamento

(24) Si vedano, *ex multis*: Siotto 2016, 266 s.; Coppola 2016, 347 ss.; Calvellini 2017, 118 s.; Pinto 2018, 14 s.; Menghini 2018, 168; Frasca 2018, 898 ss.

(25) C. Giust. 11.4.2013, C-290/12, *Della Rocca c. Poste italiane Spa*, parr. 32 ss., in *DRI*, 2013, n. 3, 835, con nota di Emiliani.

(26) Sentenza *J.H.*, parr. 63 ss.

(27) Cass. 16.1.2019, n. 992, ord., in *RIDL*, 2019, n. 2, II, 270 ss., con nota di De Angelis; Cass. 13.1.2021, n. 446, in *DeJure*; Cass. 15.2.2021, n. 3815, in *DeJure*.

eurounitario va ravvisato nella previsione di procedure di stabilizzazione che consentano al personale interessato l'immissione in ruolo, fermo restando il diritto al risarcimento del danno sulla base dei parametri individuati dalle Sezioni Unite per coloro che non riescano a ottenere per questa via l'assunzione a tempo indeterminato (28).

La sanatoria *ex* art. 20, d.lgs. n. 75/2017, pertanto, non risponde solamente a un'esigenza politico-sociale di riduzione per assorbimento del precariato pubblico, ma rappresenta pure una misura necessaria, in alternativa al risarcimento del «danno comunitario», ad assicurare che la disciplina interna in tema di contratti flessibili nelle p.a. sia rispettosa delle regole dettate a livello eurounitario.

Nell'ordinanza in commento, però, è un'altra la criticità rilevata dal Tribunale. La compatibilità con la Direttiva n. 2008/104/Ce (e quindi, sul piano interno, con l'art. 117, c. 1, Cost.) del sistema italiano di repressione dell'abuso nell'utilizzo del lavoro interinale nel pubblico impiego non è messa in discussione. D'altronde, l'esclusione della somministrazione dall'ambito di applicazione dell'art. 20 è compensata dal riconoscimento al lavoratore – a opera della giurisprudenza di legittimità cui si è fatto richiamo sopra – del diritto al risarcimento del danno secondo i parametri stabiliti dalle Sezioni Unite. A far dubitare della legittimità costituzionale dell'art. 20 è il trattamento peggiore in esso riservato ai lavoratori in somministrazione presso una p.a. rispetto a quello previsto dalla stessa disposizione per chi è assunto a tempo determinato direttamente dall'ente pubblico; una disparità che – ad avviso del giudice del rinvio – non può trovare alcuna giustificazione, anche tenuto conto della finalità che ispira la previsione in esame.

4. — *Stabilizzazione e somministrazione di lavoro nell'art. 20: un'esclusione costituzionalmente legittima?* — Si è anticipato che alcune considerazioni contenute nell'ordinanza del Tribunale di Massa sono pienamente condivisibili. Si allude, in particolare, alla constatazione dell'illogicità di una distinzione tra somministrazione a termine e contratto a tempo determinato nel contesto di una strategia di contrasto al precariato. Se si vogliono ridurre i rapporti di lavoro contraddistinti da instabilità e insicurezza del posto, le misure limitative devono riguardare tanto l'una quanto l'altra tipologia negoziale. È del tutto evidente, infatti, che un intervento avente a oggetto una sola di esse affronterebbe in modo del tutto parziale il fenomeno, lasciando privi di tutela coloro che sono impiegati con l'altra forma contrattuale; per non dire che offrirebbe al datore di lavoro – come giustamente osservato nell'ordinanza in esame – una sorta di *commodus discessus* per continuare a utilizzare personale precario eludendo lo scopo finale del provvedimento.

Tale rilievo di carattere generale non può bastare, però, a far ritenere violato l'art. 3 Cost. Difatti, un trattamento differenziato, ancorché incoerente con la *ratio* complessiva della previsione, potrebbe pur sempre essere giustificato dalla necessità di garantire altri valori di rango costituzionale. Nel caso delle procedure di stabilizzazione un principio fortemente implicato è quello dell'art. 97, c. 4, Cost. Esso – secondo la costante

(28) Cass. 7.11.2016, n. 22552, in *RGL*, 2017, n. 1, II, 3 ss., con nota di Aimò; Cass. 18.5.2017, n. 12558, in *DeJure*; Cass. 3.7.2017, n. 16336, in *DeJure*.

giurisprudenza della Consulta – richiede che il concorso pubblico rappresenti la forma generale e ordinaria di accesso nei ruoli delle p.a., essendo ammesse delle deroghe per legge soltanto «quando siano funzionali esse stesse al buon andamento dell'amministrazione e ove ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle» (29). L'obiettivo di riassorbire i precari «di lungo periodo» deve quindi misurarsi con questo parametro attraverso un bilanciamento che inciderà sulle modalità con cui sarà possibile procedere alla stabilizzazione, da un lato, dei titolari di contratti flessibili chiamati da una graduatoria e, dall'altro, dei precari non reclutati tramite concorso.

La procedura dell'art. 20, c. 1, risolvendosi nell'assunzione diretta a tempo indeterminato del personale precario, configura senza dubbio una deroga al principio del concorso pubblico, il quale dovrebbe operare anche per la trasformazione di rapporti a termine in rapporti di ruolo. Le condizioni per l'individuazione dei beneficiari della sanatoria, unitamente alle finalità cui quest'ultima risponde, sembrano però legittimare una siffatta eccezione. Il giudice delle leggi ha infatti identificato come presupposti di ammissibilità di meccanismi di stabilizzazione di tal fatta il previo superamento da parte del candidato di una selezione di natura concorsuale riferita alle funzioni che sarà chiamato a svolgere e la strumentalità della deroga alle esigenze di buon andamento dell'amministrazione (30). Entrambe queste condizioni sembrano essere soddisfatte dall'art. 20, c. 1, che, non a caso, richiede il previo superamento di un concorso «in relazione alle medesime attività svolte» e, per mettere in evidenza le eccezionali esigenze di interesse pubblico e le finalità che ispirano la deroga, dichiara apertamente il proprio obiettivo di «superare il precariato, ridurre il ricorso ai contratti a termine e valorizzare la professionalità acquisita dal personale con rapporto di lavoro a tempo determinato» (lasciando sottinteso, invece, lo scopo di rimediare agli abusi dei contratti flessibili) (31).

Ma se così è, cioè se l'essere stato selezionato *ab origine* con procedura concorsuale è uno dei presupposti indispensabili per la legittimità costituzionale della disposizione che consente la diretta immissione in ruolo del lavoratore precario, una simile forma di stabilizzazione non può che essere preclusa a chi presta servizio presso la p.a. in forza di un contratto di somministrazione. Ai fini dell'individuazione dei destinatari

(29) Così, C. cost. 12.4.2012, n. 90, in *FI*, 2013, n. 7-8, I, 2102 ss. Nello stesso senso, *ex multis*: C. cost. 10.5.2005, n. 190, in *FI*, 2005, I, 1981 ss.; C. cost. 13.11.2009, n. 293, cit.; C. cost. 17.6.2010, n. 213, in *GCost.*, 2010, n. 3, 2452 ss.; C. cost. 12.5.2017, n. 110, in *FI*, 2017, n. 7-8, I, 2218 ss.

(30) Cfr.: C. cost. 14.7.2009, n. 215, in *RIDL*, 2010, n. 1, II, 112 ss., con nota di De Michele; C. cost. 13.11.2009, n. 293, cit.; C. cost. 13.4.2011, n. 127, in *DRI*, 2012, n. 3, 846 ss., con nota di Santos Fernández.

(31) Similmente, Fiorillo 2018, 181 s.; *Id.* 2019, 398 s. In Cons. Stato 21.4.2017, n. 916, Commissione speciale, parere, par. 3.3.2.2, in *DeJure*, a proposito dell'art. 20, c. 1, si dice che «la finalità di prevenire il precariato [...] sembra poter integrare la suddetta esigenza di interesse pubblico, anche in ragione della dimensione che ha assunto il precariato nella pubblica amministrazione, e giustificare così la deroga al principio costituzionale del concorso pubblico, purché il personale da stabilizzare sia stato all'epoca assunto, seppure a tempo determinato, mediante una procedura concorsuale».

della procedura dell'art. 20, c. 1, una differenziazione tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori somministrati è, allora, non solo perfettamente ragionevole, ma addirittura doverosa, dal momento che, in osservanza del disposto dell'art. 97, c. 4, Cost., è richiesto l'originario reclutamento per concorso dei primi e che per i secondi questa circostanza non può verificarsi. Insomma, pretermettere – come vorrebbe il Tribunale di Massa – il requisito *sub* lett. *b* del c. 1 per includere tra i beneficiari dell'assunzione diretta anche i lavoratori in somministrazione significherebbe per la Consulta dover contraddire il suo stesso orientamento in materia di limiti alle eccezioni alla regola dell'accesso mediante concorso pubblico.

La q.l.c. sembra pertanto destinata al rigetto. Indubbiamente, il giudice *a quo* pente troppo dalla Corte costituzionale. Ciò detto, però, il tema di fondo non può essere liquidato con la critica della richiesta di manipolazione del testo del c. 1. La circostanza che, ai fini della stabilizzazione, la somministrazione di lavoro a termine subisca un trattamento diverso dagli altri contratti flessibili non è del tutto priva di conseguenze sul piano del rispetto dell'art. 3 Cost. Fatto salvo quanto si è detto relativamente al principio del concorso pubblico e, di conseguenza, con riguardo alla legittimità dell'individuazione dei soli titolari di contratti a tempo determinato quali destinatari della procedura del c. 1, l'esclusione *tout court* del contratto di somministrazione ai sensi del c. 9, incoerente – come si diceva in apertura di questo paragrafo – con la *ratio* dell'art. 20, non sembra trovare alcuna giustificazione ragionevole.

Ne discende che è assolutamente lecito dubitare della compatibilità con il principio di eguaglianza della mancata inclusione dei titolari di un contratto di somministrazione tra coloro che possono beneficiare delle procedure concorsuali riservate *ex* c. 2 (32). Peraltro, questa scelta del legislatore lascia ancora più perplessi se solo si rileva che – come chiarito dal Ministero – possono avvantaggiarsi della riserva pure coloro che, dopo il 28.8.2015, abbiano avuto in essere un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa con l'ente che bandisce il concorso (33).

Inoltre, non sembra potersi giustificare la mancata valorizzazione dell'esperienza professionale maturata presso una p.a. in esecuzione di precedenti rapporti di somministrazione. Il servizio prestato in missione resta, per effetto del disposto del c. 9, del tutto irrilevante ai fini del computo dei requisiti «di anzianità» di cui al c. 1, lett. *c*, e al c. 2, lett. *b*, dell'art. 20. Eppure, non sono rinvenibili ragioni di sistema che esigano questa differenza di trattamento rispetto agli altri contratti flessibili e, nello specifico, rispetto al contratto a tempo determinato, il cui valore nell'ambito di una strategia di superamento del precariato non può ragionevolmente essere collocato su di un piano diverso da quello della somministrazione a termine. L'irrilevanza dell'anzianità maturata con quest'ultima forma negoziale è, insomma, il frutto di una scelta politica inco-

(32) L'esclusione è ritenuta non condivisibile da: Battisti 2019, 622; Fiorillo 2018, 178; *Id.* 2019, 395. Ad avviso di chi scrive, peraltro, lo stesso vizio affligge l'art. 35, c. 3-*bis*, lett. *a*, d.lgs. n. 165/01, che prevede il beneficio della riserva dei posti a favore dei soli titolari di rapporto a tempo determinato. Su quest'ultimo punto, la pensa allo stesso modo Fontana (2018, 30) con riguardo all'esclusione dei collaboratori coordinati e continuativi.

(33) Cfr. Circolare del ministero per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione 23.11.2017, n. 3, par. 3.2.1.

rente con la *ratio* alla base della previsione della stabilizzazione. Ce lo conferma il rilievo dato alla somministrazione in altre norme ispirate da un intento simile, come quella che – secondo l’indirizzo del Ministero (34) – valorizza anche i periodi in missione presso la p.a. nelle procedure di reclutamento speciale cd. «a regime» (art. 35, c. 3-*bis*, lett. *b*, d.lgs. n. 165/2001) o quella che include quegli stessi periodi nel calcolo finalizzato alla verifica del rispetto della durata massima complessiva *ex* art. 19 del d.lgs. n. 81/15.

Si può concludere, pertanto, che, oltre all’esclusione dei lavoratori interinali dalla platea degli aventi titolo alla stabilizzazione del c. 2, anche la scelta di non considerare utile al raggiungimento dei tre anni di servizio richiesti dai cc. 1 e 2 il lavoro prestato in somministrazione, in quanto finalizzata a differenziare senza giustificazione alcuna il trattamento di situazioni analoghe, trascende i limiti della discrezionalità del legislatore finendo per collidere con il principio di eguaglianza.

5. — *Postilla: l’incerta rilevanza della q.l.c.* — Se una q.l.c. può essere considerata rilevante, e quindi ammissibile, solo qualora il giudizio pregiudicato non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione stessa, e cioè quando la legge che costituisce l’oggetto di quest’ultima è da applicarsi necessariamente nel processo *a quo* (35), vi è il rischio concreto che il rinvio del Tribunale di Massa non giunga a un esame nel merito. Troppo debole e incerto appare infatti il legame tra la q.l.c. e il giudizio radicato di fronte al giudice toscano, nel quale le procedure di stabilizzazione dell’art. 20 (*rectius*, quella del c. 1) vengono in rilievo come meccanismo su cui si fonda una mera ipotesi conciliativa della controversia.

Riferimenti bibliografici

- Battisti A.M. (2019), *Le altre tipologie contrattuali flessibili: contratto di somministrazione, di formazione e lavoro, apprendistato e lavoro accessorio*, in L. Fiorillo (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 606 ss.
- Boghetich E. (2019), *Il contratto a tempo determinato*, in L. Fiorillo (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 573 ss.
- Calvellini G. (2017), *Contratto a termine nelle pubbliche amministrazioni: si torna alla Consulta*, in RGL, II, 110 ss.
- Coppola P. (2016), *La sentenza a termine della Corte di Cassazione*, in RGL, II, 337 ss.
- D’Onghia M. (2018), *Il fabbisogno del personale pubblico e le politiche di reclutamento tra nuove sfide e riduzione dei costi*, in RGL, I, 435 ss.
- De Marco C. (2018), *Tipologie contrattuali flessibili e stabilizzazione del personale precario*, in Aa.Vv., *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la «riforma Madia»*, Wolters Kluwer, Milano, 41 ss.
- Fedele I. (2018), *I contratti flessibili e le procedure di stabilizzazione*, in Aa.Vv., *Lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 387 ss.

(34) Circolare del ministero per la Semplicazione e la Pubblica Amministrazione 23.11.2017, n. 3, par. 3.3. Concorda Gentile 2019, 339.

(35) Cfr. Zagrebelsky, Marcenò 2012, 282 ss.

- Fiaccavento G. (2019), *Le discipline di settore del contratto a tempo determinato*, in L. Fiorillo (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 634 ss.
- Fiorillo L. (2018), *La stabilizzazione del personale precario*, in M. Esposito et al. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018)*, Giappichelli, Torino, 171 ss.
- Fiorillo L. (2019), *Una normativa transitoria per la stabilizzazione del personale precario*, in L. Fiorillo (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 388 ss.
- Fontana G. (2018), *La strana storia delle stabilizzazioni dei lavoratori precari nel settore pubblico*, in *LPA*, n. 2, I, 19 ss.
- Frasca N. (2018), *Il regime sanzionatorio del contratto a termine nel pubblico impiego: una storia senza fine*, in *ADL*, n. 3, 894 ss.
- Galleano S. (2021), *Non c'è pace per la scuola italiana: anche il Comitato europeo dei diritti sociali contesta la politica e la giurisprudenza nazionale sui precari della scuola. E la Commissione europea riapre una procedura di infrazione per tutto il precariato nel pubblico impiego*, in www.europeanrights.eu, 8 marzo.
- Gentile G. (2019), *Le assunzioni nelle amministrazioni pubbliche. Principi generali*, in L. Fiorillo (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 311 ss.
- Menghini L. (2018), *I contratti a tempo determinato*, in M. Esposito et al. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018)*, Giappichelli, Torino, 144 ss.
- Passalacqua P. (2016), *Le Sezioni Unite sull'abuso del contratto a termine nella p.a. optano per la trasposizione dell'indennità prevista per il settore privato: il cerchio si chiude davvero?*, in *DRI*, n. 3, 829 ss.
- Pinto V. (2018), *Flessibilità e precarietà nel reclutamento delle amministrazioni pubbliche*, in *LPA*, n. 1, I, 1 ss.
- Santagata de Castro R. (2018), *La somministrazione*, in M. Esposito et al. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018)*, Giappichelli, Torino, 183 ss.
- Siotto F. (2016), *Abuso di contratti a tempo determinato nel lavoro pubblico: «il danno è altro» dal licenziamento illegittimo ovvero «un altro danno» per la precarizzazione illegittima*, in *Labor*, n. 3-4, 258 ss.
- Speziale V. (2016), voce *Lavoro a termine*, in *ED*, Annali IX, Giuffrè, Milano, 497 ss.
- Zagrebel'sky G., Marcenò G. (2012), *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna.

Giovanni Calvellini
Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Siena

DIRITTO SINDACALE

CASSAZIONE, 20.11.2020, n. 26509 – Pres. Berrino, Est. Leo, P.M. Celeste (rigetto) – M.M., L.S., T.A., Z.F. (avv.ti Piccini, Lanza) c. Bertani Trasporti Spa (avv. Grasso).

Conf. Corte d'Appello di Brescia, 2.12.2014.

Contratto collettivo – Contratto collettivo aziendale – Efficacia soggettiva estesa a tutti i lavoratori dell'azienda – Limiti.

I contratti collettivi aziendali sono applicabili a tutti i lavoratori dell'azienda, ancorché non iscritti alle organizzazioni sindacali stipulanti, con l'unica eccezione di quei lavoratori che, aderendo a una organizzazione sindacale diversa, ne condividono l'esplicito dissenso dall'accordo. E, ciò, in quanto la tutela di interessi collettivi della comunità di lavoro aziendale e, talora, la inscindibilità della disciplina che ne risulta, concorrono a giustificare la efficacia soggettiva erga omnes dei contratti collettivi aziendali, cioè nei confronti di tutti i lavoratori dell'azienda, ancorché non iscritti alle organizzazioni sindacali stipulanti. (1)

(1) L'«INTRINSECA» EFFICACIA GENERALE DEL CONTRATTO COLLETTIVO AZIENDALE: UN PRINCIPIO, I SUOI TEMPERAMENTI, I SUOI LIMITI

SOMMARIO: 1. L'«intrinseca» efficacia generale, sia pure «temperata», del contratto collettivo aziendale: un orientamento giurisprudenziale prevalente (con dei precedenti contrari). — 2. Profili critici dell'orientamento giurisprudenziale prevalente. — 2.1. Un filone che trae conseguenze giuridiche da un dato empirico. — 2.2. I limiti all'utilità pratica degli esiti interpretativi. — 2.3. L'eclissi della libertà sindacale negativa del lavoratore. — 3. Il contratto aziendale e la seconda parte dell'art. 39: un nodo irrisolto?

1. — *L'«intrinseca» efficacia generale, sia pure «temperata», del contratto collettivo aziendale: un orientamento giurisprudenziale prevalente (con dei precedenti contrari)* — Con la sentenza n. 26509 del 2020, la Cassazione torna a confermare un orientamento da essa più volte espresso in relazione all'efficacia soggettiva del contratto collettivo aziendale.

Nella pronuncia, infatti, si afferma che non si ravvisano ragioni per discostarsi dagli «ormai consolidati arresti giurisprudenziali della Suprema Corte nella materia [...] secondo cui “I contratti collettivi aziendali sono applicabili a tutti i lavoratori dell'azienda, ancorché non iscritti alle organizzazioni sindacali stipulanti, con l'unica eccezione di quei lavoratori che, aderendo a una organizzazione sindacale diversa, ne condividono l'esplicito dissenso dall'accordo”. E ciò, in quanto – come in più occasioni sottolineato da questa Suprema Corte – la tutela di interessi collettivi della comunità di lavoro aziendale e, talora, la inscindibilità della disciplina che ne risulta concorrono a giustificare “la efficacia soggettiva *erga omnes* dei contratti collettivi aziendali, cioè nei confronti di tutti i lavoratori dell'azienda, ancorché non iscritti alle organizzazioni sindacali stipulanti”» (1).

(1) Vd. il punto 4 della pronuncia, nella quale si riportano alcuni passaggi di Cass. 23.5.2013,

Come si vedrà più avanti, peraltro, nella sintesi proposta da Cass. n. 26509/2020 mancano rilevanti passaggi, invece presenti in altre sentenze che hanno contribuito al consolidamento dell'orientamento; quest'ultimo, inoltre, ancorché degno di considerazione per la pratica utilità dei suoi esiti (nei limiti di cui si dirà più avanti, nel par. 2.2), presenta però dei profili d'ombra che val la pena di evidenziare, anche grazie a elementi di riflessione desumibili da precedenti pronunce che hanno fatto ricorso a un diverso *iter* argomentativo.

In particolare, non sono mancate sentenze della S.C. che, muovendo dalla premessa della mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost. e dalle caratteristiche del nostro sistema di contrattazione collettiva («che resta fondato su principi privatistici e sulla rappresentanza negoziale e non legale o istituzionale dei sindacati»), hanno valorizzato il dissenso espresso da parte di lavoratori che non avessero aderito all'accordo aziendale né individualmente né tramite il soggetto collettivo di appartenenza. La tesi secondo cui il contratto aziendale possiede una «intrinseca» efficacia generale è stata, così, respinta, poiché essa «confliggerebbe con i principi fondamentali della libertà di associazione di organizzazione sindacale»; né a suo sostegno potrebbero essere addotte esigenze legate, ad esempio, alla gestione della crisi economica, poiché anche il perseguimento di questo obiettivo «non può condurre a una generalizzata introduzione di fatto di un sistema di contrattazione collettiva con efficacia *erga omnes* che, in contrasto con l'art. 39 Cost., prescinda dal preciso *iter* procedurale in esso previsto» (2).

Nel contesto di questo approccio «costituzional-privatistico» non viene operata alcuna concessione alle tesi dottrinali dirette a valorizzare l'effetto generalizzato degli accordi sottoscritti dai sindacati maggiormente rappresentativi (3), ma sembra invece ammettersi che l'efficacia *erga omnes* del contratto aziendale possa derivare, sia pure in via eccezionale, dall'attuazione di un rinvio legislativo alla fonte collettiva (4).

n. 12722 (erroneamente menzionata come n. 12272/2013), in *Banca dati Pluris*, e si citano altresì Cass. 18.4.2012, n. 6044, in *GI*, 2013, 3; Cass. 28.5.2004, n. 10353, in *RIDL*, 2005, II, 312 ss., con nota critica di Bollani 2005; Cass. 11.12.2002, n. 17674, in *MGL*, 2003, 139; Cass. 15.6.1999, n. 5953, in *LG*, 2000, 439 ss.

(2) Cass. 24.2.1990, n. 1403, in *RGL*, 1991, II, 504 ss., evidentemente ispirata, sia pure con i limiti che si illustreranno tra breve, al filone di giurisprudenza costituzionale inaugurato con la nota sentenza della Corte costituzionale 19.12.1962, n. 106. Cfr. anche, tra le altre: Cass. 29.1.1993, n. 1102, in *NGL*, 1993, 631 ss.; Cass. 4.5.1994, n. 4295, in *MGL*, 1994, 320 ss.

(3) Sulle numerose posizioni dottrinali volte ad affermare l'efficacia generalizzata del contratto collettivo aziendale (nonché, in alcune letture, anche delle clausole di contratti di altro livello) mediante il ricorso ad argomenti connessi, oltre che alla qualità dei sottoscrittori, anche ad altri *escamotage*, fondati, ad es., su comportamenti «partecipativi» dei lavoratori (ivi compresa la partecipazione alla elezione delle Rsu) o sulla loro acquiescenza, ovvero, ancora sulle peculiari caratteristiche e funzioni che avrebbero alcuni contratti (contratto gestionale), si rinvia a: Carabelli, Leccese 2004, spec. 50 ss., 56 ss. e 63 ss.; Lunardon 2012; Olivelli 2016, 205 ss. e 213 ss.; Lazzeroni 2017, 128 (spec. nota 205). Per una recente rassegna della dottrina in materia di efficacia del contratto aziendale, Pizzuti 2019.

(4) Vd. ancora Cass. n. 1403/1990, nella quale, per un verso, si conferma «l'impossibilità, nell'attuale sistema normativo, di riconoscere efficacia cd. *erga omnes* ai contratti collettivi anche se posti in essere dai sindacati maggiormente rappresentativi, atteso il contrasto col fondamentale

Un simile, parziale, cedimento è invece certamente assente in altre pronunce, che, muovendo da un approccio analogo, giungono però ad affermare, espressamente e coerentemente, l'efficacia limitata (ai soli iscritti all'organizzazione sindacale stipulante) anche del contratto aziendale sottoscritto in attuazione di una disposizione di legge che richiami l'autonomia collettiva quale fonte di regolamentazione di uno o più aspetti del rapporto di lavoro. Anche in questi casi, infatti, la questione della sfera di efficacia dell'accordo va valutata e risolta «nel contesto di un sistema di democrazia sindacale nel quale [...], per il mancato adempimento della previsione costituzionale dell'obbligo di registrazione dei sindacati (art. 39, comma 2, Cost.), l'efficacia, sul piano soggettivo, della regolazione convenzionale trova un limite invalicabile di espansione nella disciplina privatistica e, segnatamente, nella regola dell'art. 1372 cod. civ. che esclude possa darsi ai contratti collettivi, pur se stipulati dai sindacati maggiormente rappresentativi, efficacia obbligatoria generalizzata» (5). Si tratta di una lettura che appare invero coerente con le premesse: poiché si esclude che l'efficacia *erga omnes* sia compatibile con la seconda parte dell'art. 39, si deve concludere che anche una norma ordinaria di rinvio non possa produrre quell'effetto, pena la sua incostituzionalità (6).

Ben si comprende come gli esiti cui conduce il descritto approccio «costituzional-privatistico», pur nelle sue varianti, collidano con l'esigenza di garantire la tenuta delle intese di secondo livello, meglio perseguita, invece, da un diverso approccio, dal quale

principio di libertà sindacale e con la procedura imposta dall'art. 39 Cost.»; per altro verso, non si esclude che con legge possa attribuirsi «validità ed efficacia normativa al contratto collettivo aziendale», come accade, a parere della Corte, con l'art. 1, d.l. n. 726/1984, conv. in l. n. 864/1984 (in materia di contratto di solidarietà), il quale, però, non autorizzerebbe una «generalizzata estensione del principio della pubblicizzazione dei contratti collettivi, ma costitui[rebbe] anzi una eccezione (giustificata dai vantaggi occupazionali previsti) assistita da precise cautele e condizioni».

(5) Così Cass. 24.4.1993, n. 4802, in *FI*, 1993, I, 3288 ss., nell'affermare l'efficacia limitata ai soli iscritti al sindacato stipulante dei contratti collettivi sottoscritti ai sensi dell'art. 5, c. 2 (ora abrogato), della l. n. 903/1977 (in materia di rimozione del divieto di adibire le donne al lavoro notturno nelle aziende manifatturiere).

(6) Per l'espressa valorizzazione del rinvio legislativo quale presupposto idoneo ad attribuire efficacia generale all'accordo che ne costituisca attuazione, vd. peraltro, tra le tante, anche Cass. 25.3.2002, n. 4218, e n. 17674/2002, cit. Quest'ultima pronuncia concerne però un rinvio, contenuto nell'ormai abrogato art. 23, l. n. 56/1987, riguardante l'ampliamento dei casi di legittima apposizione del termine al contratto di lavoro; si tratta dunque di un rinvio riconducibile a quelli idonei a produrre un «terzo effetto» del contratto collettivo, costitutivo della legittimazione negoziale individuale (D'Antona 1990, spec. 554 ss.), il quale può però esplicarsi nel rapporto individuale solo a condizione, appunto, che vi sia una concorde volontà «anche» delle parti del rapporto individuale, ivi compreso il singolo lavoratore (cfr. anche Alvino 2018, 226 s.).

Anche in dottrina sono numerose le letture dirette a riconoscere che le norme di rinvio non avrebbero solo lo scopo di consentire all'autonomia collettiva di svolgere le specifiche funzioni di volta in volta volute dal legislatore, ma anche di attribuire efficacia *erga omnes* alle previsioni attuative dei rinvii: per una sintesi critica delle principali tesi, imperniata sulla portata comunque impeditiva dell'art. 39 Cost., vd. Carabelli, Leccese 2004, 42 ss. (e, ivi, par. 9.2, per puntualizzazioni e richiami alla dottrina sulle peculiari ipotesi della contrattazione collettiva per il lavoro alle dipendenze delle p.a. e dello sciopero nei servizi pubblici essenziali). Tra i contributi più recenti nei quali si argomenta, invece, a favore dell'efficacia generalizzata di questi accordi, vd. ancora Alvino 2018, 223 ss. (anche per numerosi, ulteriori rinvii).

muove il filone nel quale si inserisce Cass. n. 26509 del 2020; un approccio che potremmo definire della «intrinseca» efficacia generale o della «giuridica necessità» (7), sia pure «temperata», del contratto collettivo aziendale.

Questo filone giurisprudenziale, infatti, muove da un presupposto del tutto diverso rispetto al primo; un presupposto meramente fattuale, costituito, come visto in apertura, dall'esigenza di assicurare «la tutela di interessi collettivi della comunità di lavoro aziendale e, talora, la inscindibilità della disciplina che ne risulta», da cui viene fatta discendere l'efficacia generalizzata delle intese aziendali e, quindi, la loro applicazione a «tutti i lavoratori dell'azienda, ancorché non iscritti alle organizzazioni sindacali stipulanti» (8).

L'orientamento in questione, peraltro, è variamente integrato da diversi temperamenti, che valorizzano i principi di libertà e di associazione sindacale (e, in definitiva, il principio privatistico) e, all'esito, mitigano l'affermazione di principio e, quindi, la capacità dei contratti collettivi aziendali di incidere sui rapporti giuridici di lavoratori «dissenzienti».

Talora, la «giuridica necessità» dell'*erga omnes* del contratto aziendale è infatti «temperata» dalla condizione che esso non contenga unicamente disposizioni peggiorative, le quali devono essere invece compensate, almeno parzialmente, da altri vantaggi; ove mancassero simili contropartite, insomma, «l'estensione dell'efficacia a lavoratori non aderenti ai sindacati stipulanti e non disposti ad accettare gli effetti della *res inter alios acta* confliggerebbe con i principi di libertà di associazione e di organizzazione sindacale senza trovare il bilanciamento con valori almeno pariordinati, ossia cancellerebbe totalmente un sistema tutt'ora fondato su principi privatistici» (9).

Lo schermo del contemperamento delle partite dello scambio viene però superato in altre pronunce riconducibili a questo filone (cui si rifà anche Cass. n. 26509/2020, sia pure, come accennato, con argomentazione più sintetica), nelle quali si afferma che l'efficacia *erga omnes* «dei contratti collettivi aziendali – ancorché sembri trovare applicazione soltanto ai contratti (nazionali) di categoria, la speciale procedura (a tal fine imposta dall'art. 39, ultimo comma, Cost.) – va conciliata, da un lato, con il limite invalicabile del principio fondamentale di libertà – di organizzazione e attività – sindacale (di cui al comma 1 dello stesso dall'art. 39 Cost.) e, dall'altro, collocata nel nostro sistema giuridico (segnatamente, di diritto sindacale), che resta fondato, esclusivamente, su principi privatistici e [...] sulla rappresentanza negoziale, e non già legale o istituzionale, delle organizzazioni sindacali»; ne deriva che quell'efficacia vale, sì, quale regola generale in funzione della già ricordata esigenza di tutela di interessi collettivi (indivisibili) della comunità di lavoro aziendale e/o della necessaria considerazione dell'inscindibilità della disciplina, ma non può però essere opposta ai lavoratori che aderiscano a un'organizzazione sindacale diversa da quella che ha stipulato l'accordo aziendale e ne condividano l'esplicito dissenso (10).

(7) Per questa espressione vd. già Carabelli, Leccese 2004, 53 ss.

(8) Presupposto e approdi ribaditi, come si è già detto, dalla sentenza qui commentata.

(9) Vd. Cass. 5.2.1993 n. 1438, in *RIDL*, 1994, II, 61 ss., con nota critica di Nogler 1994; vd. anche Cass. 5953/1999, cit.

(10) Vd., per i passi virgolettati, Cass. n. 10353/2004, cit.; più di recente, per il recupero

2. — *Profili critici dell'orientamento giurisprudenziale prevalente* —

2.1. — *Un filone che trae conseguenze giuridiche da un dato empirico* — Questo filone giurisprudenziale è evidentemente ispirato alle tesi dottrinali che desumono, appunto, da un'osservazione empirica (l'inscindibilità della materia, talora peraltro meramente presunta, e/o l'indivisibilità degli interessi collettivi dei lavoratori sui quali l'accordo incide), la «giuridica necessità» dell'applicazione uniforme della disciplina collettiva che concerne profili organizzativi (11).

Esso si espone, pertanto e in primo luogo, alle medesime critiche formulate nei confronti di quelle tesi (12), non ultima quella secondo cui, «su di un piano rigorosamente formale [...] quello dell'indivisibilità è concetto descrittivo di fenomeni irrilevanti per il diritto, laddove non sia quest'ultimo a procedere a una qualificazione di tal segno» (13); e, del resto, anche sul piano fattuale non è raro che si tenti di «spacciare per indivisibili materie e interessi a indiscutibile caratterizzazione individuale solo per ragioni di opportunità» (14).

2.2. — *I limiti all'utilità pratica degli esiti interpretativi* — In secondo luogo, e per altro verso, va considerato che proprio nei temperamenti più sopra illustrati risiede un ulteriore profilo critico dell'orientamento, che si coglie, questa volta, sul piano della idoneità del medesimo a rispondere alle esigenze datoriali di omogeneità regolativa e a garantire realmente la stabilità degli equilibri raggiunti in sede aziendale.

Dal recupero della prospettiva privatistica e dei principi di libertà sindacale (positiva) derivano, infatti, conseguenze potenzialmente dirompenti sulla tenuta di qualsiasi accordo, anche a sottoscrizione maggioritaria, che veda il dissenso di una o più organizzazioni sindacali e, quindi, di singoli che a esse aderiscano. Proprio la diffusione della sottoscrizione «separata» degli accordi intacca il convincimento (in passato molto diffuso anche tra le Oo.Ss.) della «giuridica necessità» dell'efficacia soggettiva generalizzata del contratto collettivo aziendale e ingenera, evidentemente, il rischio che una parte importante del mondo sindacale operi per far saltare le intese, non solo con l'arma del conflitto, ma anche con quella giudiziaria.

Se questo è, dunque, il limite principale rispetto all'«utilità pratica» degli esiti interpretativi cui giunge questo filone (15), non va però ignorato il fatto che la tenuta delle

dell'espresso riferimento all'art. 39, c. 1, Cost. e ai principi di libertà sindacale (del tutto assente, invece, in altre pronunce riconducibili al filone, quali, ad es., Cass. 26509/2020, qui commentata, e Cass. 6044/2012, cit.), vd. Cass. 15.11.2017, n. 27115, in <https://ilgiuslavorista.it>. Nella giurisprudenza di merito, vd. C. App. Brescia 7.3.2009, in *FI*, 2010, I, 623 ss., e, tra le più recenti, T. Milano 30.7.2020, n. 1217, inedita a quanto consta.

(11) Tra gli altri: Persiani 1999, 811 ss.; Liso 1998, 260; Zoli 2002, 308; Proia 2002, 137; Lunnardon 2012, 36 ss., ove ulteriori riferimenti.

(12) Vd., sia pure con diversi accenti: Dell'Olio 1980, 109 ss. (spec. 123 ss.); Grandi 1985, 441; Caruso 1992, 173 ss.; Nogler 1994; Lassandari 2001, 308; Carabelli, Leccese 2004, 57 ss.; Bollani 2005, par. 2.

(13) Lassandari 2001, 308 (ove ulteriori riferimenti).

(14) Carabelli, Leccese 2004, 58.

(15) In questa prospettiva può essere letta la netta critica formulata da Tosi (2011, 17 ss., ove, in nota 21 ulteriori rinvii).

intese può essere comunque assicurata, anzitutto, al ricorrere di uno dei numerosi *escamotage* elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza (16), e in particolare qualora i singoli, iscritti o meno al sindacato firmatario, accettino le condizioni contenute nell'accordo o si mostrino comunque acquiescenti rispetto al loro contenuto (17).

Inoltre, la tenuta di accordi aziendali «sgraditi» a singoli o a gruppi di lavoratori è comunque garantita in tutti i casi in cui essi risultino conformi alle regole dettate nel quadro dell'autonomo sistema di contrattazione collettiva. Un sistema che, come noto, si è ormai dotato di un'analitica regolazione sia delle intese di secondo livello modificative dei Ccnl (anche in relazione a finalità e a materie), sia dei processi negoziali da seguire affinché esse possano esplicare efficacia generale (con regole specifiche riguardanti i soggetti abilitati alla sottoscrizione nonché alle modalità di verifica democratica delle volontà dei lavoratori coinvolti) (18).

Si tratta di un ambito di riflessione che viene solo sfiorato nella sentenza qui commentata, benché dalla descrizione dei fatti in causa emerga come la disciplina degli accordi integrativi aziendali su cui si controverteva (in materia di forfettizzazione dei trattamenti per lavoro straordinario) potesse essere probabilmente ritenuta coerente con la disciplina del Ccnl applicato ai rapporti di lavoro dei ricorrenti (19).

Orbene, è evidente che se realmente la disciplina di secondo livello fosse stata pienamente compatibile con il sistema regolativo dettato nel Ccnl con riferimento al riparto di competenze, ai rinvii e/o alle deroghe ammissibili al secondo livello, la soluzione della questione sarebbe stata più solidamente ancorabile proprio su argo-

(16) Vd., *supra*, nota 3.

(17) Si tratta, in verità, di un *escamotage* piuttosto solido per garantire l'estensione dell'applicazione del contratto collettivo aziendale, purché l'adesione all'accordo risulti realmente dimostrata: cfr., ad es., la già cit. Cass. 4218/2002, cit. (ove si evidenzia che i lavoratori non iscritti ad alcuna delle organizzazioni sindacali firmatarie di un contratto collettivo, invocandone la disciplina, manifestano con ciò stesso la volontà di aderirvi), e Cass. 18.9.2004, n. 11461, in *Banca dati Pluris*; ma vd. già, tra le tante, Cass. 19.2.1988, n. 1746, in *NGL*, 1988, 587 ss. Per rinvii alla dottrina, anche con riferimento alle questioni connesse al cd. rinvio dinamico e alla successiva evoluzione di una disciplina collettiva accettata dal lavoratore, da ultimo, Pizzutti 2019, par. 3.

(18) Vd., ad es., il T.U. sulla rappresentanza del 2014 e, già, l'Accordo interconfederale tra Confindustria e Cgil, Cisl e Uil del giugno 2011.

(19) La questione non è trattata nel dettaglio, anche se in un passaggio finale della pronuncia la Corte, dopo aver premesso che «i lavoratori non iscritti alle organizzazioni aziendali stipulanti hanno interesse a negare l'efficacia, nei loro confronti, del contratto aziendale solo laddove le disposizioni in quest'ultimo contenute risultino di minore favore», chiarisce che, «nella fattispecie, i ricorrenti non hanno [...] indicato in quali parti gli accordi aziendali deroghino *in peius* al Ccnl di categoria» (vd. il punto 6 della pronuncia qui commentata). Invero, l'argomento ritenuto dirimente è pur sempre quello, già esposto, relativo alla mancata iscrizione dei lavoratori a sindacati dissenzienti: la pronuncia d'Appello, ad avviso della Corte, ha correttamente «reputato che, non risultando neppure dedotto che i ricorrenti fossero iscritti a una O.S. diversa da quelle stipulanti, ai medesimi dovessero essere applicati i contratti integrativi aziendali di cui si tratta, relativamente ai quali ultimi, peraltro, le censure sollevate con i mezzi di impugnazione all'esame si limitano a contrapporre una diversa interpretazione delle norme contrattuali, rispetto a quella posta a fondamento della decisione impugnata, senza indicare specificamente in quale modo i canoni ermeneutici siano stati violati» (Vd. il punto 4 della sentenza).

menti connessi alle modalità di imputazione degli effetti del contratto aziendale derogatorio, ma rispettoso di limiti e procedure contemplate ai livelli superiori, anche sul rapporto del lavoratore non iscritto ad alcuna organizzazione sindacale e, in ipotesi, dissenziente (20).

2.3. — *L'eclissi della libertà sindacale negativa del lavoratore* — Un terzo aspetto che merita, poi, di essere evidenziato concerne la scelta, compiuta nelle pronunce in questione, di valorizzare solo in parte il principio di libertà sindacale, trascurando la sua dimensione «negativa» (21). Questo profilo appare, invece, implicitamente valorizzato dal filone «costituzional-privatistico» più sopra illustrato, che, come si è visto, esclude l'«intrinseca» efficacia generale del contratto aziendale senza passare dal *medium* costituito dall'adesione dei lavoratori dissenzienti a un sindacato che non abbia sottoscritto l'accordo e finisce, così, per equiparare le situazioni giuridiche di tutti i lavoratori dissenzienti che non siano iscritti ai sindacati firmatari.

Il confronto tra i due orientamenti fornisce, dunque, elementi di riflessione per mettere in discussione la coerenza interna del filone della «giuridica necessità», «temperata», dell'efficacia *erga omnes* del contratto aziendale. Esso, infatti, omette del tutto di considerare che, proprio dal richiamo al principio di libertà sindacale di cui all'art. 39, c. 1, Cost. e dall'affermazione secondo cui il nostro sistema di contrattazione collettiva «resta fondato, esclusivamente, su principi privatistici e [...] sulla rappresentanza negoziale, e non già legale o istituzionale, delle organizzazioni sindacali» (22), si sarebbe dovuta dedurre l'impossibilità di imporre la regolamentazione collettiva anche a coloro che esercitano la loro libertà sindacale «negativa» (23).

Del resto, lo stesso radicamento del sistema di contrattazione collettiva nei (meri) principi privatistici – pur valorizzato in questo filone – è proprio l'effetto della mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost., cioè dell'unica procedura «mediante cui è costituzionalmente legittimo comporre pluralismo sindacale ed efficacia generale del contratto collettivo e quindi mediare tra principio di libertà sindacale, inclusa la sua accezione “negativa”, e unicità del regolamento collettivo» (24).

(20) Lo strumento in questi casi invocabile, più che quello fondato direttamente sullo strumento di democrazia di volta in volta utilizzato, appare ancora una volta quello – privatistico, sperimentato e idoneo a garantire la tenuta giurisprudenziale – dell'accettazione da parte dei lavoratori della disciplina del contratto nazionale di categoria e, più in generale, di livello superiore. Sulla questione vd., più ampiamente, le argomentazioni e i rinvii contenuti in Leccese 2012, 488 ss.

(21) Cfr. anche, in commento critico a Cass. n. 10353/2004, Bollani 2005, par. 2.

(22) Come s'è detto (*supra*, nota 10), questi passaggi mancano in alcune delle pronunce riconducibili al filone in questione (ivi compresa Cass. n. 26509/2020, qui commentata), ma ne costituiscono l'includibile presupposto.

(23) In effetti, la già segnalata critica di Tosi (2011, 17 ss.) a questo filone, in un certo senso speculare rispetto alla nostra, nega alla radice che il principio di libertà sindacale e il mandato rappresentativo, con i suoi limiti, possano essere invocati per la soluzione della questione.

(24) Mariucci 1985, 412. Cfr. anche, tra gli altri: Garofalo 1985, 418; Ichino 2000, cap. IV, par. 51; Santoni 2012, 120 ss. Ma sul tema dell'attuazione dell'art. 39 Cost. in tre proposte (Cgil, *Diritti lavori mercati* e Freccia rossa), vd. Aa.Vv. 2016.

3. — *Il contratto aziendale e la seconda parte dell'art. 39: un nodo irrisolto?* — L'osservazione di chiusura del precedente paragrafo conduce all'ultimo profilo critico del filone qui commentato, che merita una più analitica trattazione, connesso com'è alla sottovalutazione dell'effetto impeditivo derivante dalla mancata attuazione dell'art. 39, c. 2 ss., Cost., rispetto alla supposta efficacia generalizzata «intrinseca» del contratto aziendale.

A ben vedere, una delle più rilevanti differenze tra i due principali filoni più sopra illustrati risiede nella diversa valorizzazione di tale questione, che invece costituisce presupposto indefettibile di ogni ragionamento che miri a rinvenire nel sistema una risposta adeguata e intrinsecamente coerente.

Così, mentre nel filone che si è qui definito come «costituzional-privatistico» la seconda parte dell'art. 39 Cost. diviene centrale nell'analisi (25), in quello cui aderisce Cass. n. 26509/2020 essa è del tutto ignorata (come accade, appunto, nella medesima pronuncia) oppure la sua rilevanza viene esclusa, sulla base della affermazione, sbrigativa e dubitativamente formulata, secondo cui «sembr[erebbe] trovare applicazione soltanto ai contratti (nazionali) di categoria la speciale procedura (a tal fine imposta dall'art. 39, ultimo comma, Cost.)» (26).

Orbene, a parte la condivisibile osservazione secondo cui dalla supposta esclusione del contratto aziendale dal modello procedurale delineato dal Costituente potrebbe paradossalmente dedursi «una drastica, ma necessaria, soluzione che disponga un divieto totale» della sua estensione, anche in caso di attuazione legislativa di quel modello (27), risulta davvero indimostrata la ragione per la quale sarebbe proponibile una simile operazione «sottrattiva».

Autorevolmente sostenuta in dottrina (28), questa operazione sembra essere l'esito, più che di argomenti incontrovertibili, di una scelta di opportunità che, per quanto comprensibile, in virtù dell'obiettivo di garantire la tenuta degli accordi di secondo livello, non è peraltro condivisibile.

Nei più recenti e acritici utilizzi, anche giurisprudenziali, la tesi si è trasformata in uno stereotipo tramandato in modo tratlazio, fondato sulla narrazione di una storia dell'art. 39... non scritta nei lavori preparatori; sulla menzione di un testo costituzionale... non attentamente letto (29); sulla presunzione di una sua *ratio*... che, all'esito,

(25) Nonostante il cedimento che talora si registra, come s'è detto, in caso di rinvio legislativo (*supra*, testo e nota 4).

(26) Vd., ancora, Cass. n. 10353/2004, cit.

(27) Lazzeroni 1999. L'esito, com'è evidente, presuppone che si accolga la tesi secondo cui i commi dell'art. 39 successivi al primo «definiscono una eccezione al divieto di efficacia generalizzata della contrattazione collettiva perché definiscono l'unico modo per realizzare una contrattazione efficace per tutti i lavoratori, e nei confronti di tutti i sindacati, senza violare la libertà sindacale» garantita dal c. 1 (Lazzeroni 2017, 87). Cfr. anche: Mariucci 1985; Carabelli, Leccese 2004, 48 s.; Garilli 2012, 37. Un diverso esito, su questo piano, si potrebbe raggiungere solo ove, capovolgendo un dibattito non nuovo (per alcuni richiami vd. Leccese 2012, 497), si riconoscesse – per una peculiare eterogenesi dei fini – che solo i datori di lavoro e non anche i lavoratori possano godere della protezione della propria libertà sindacale negativa (e positiva).

(28) Per i necessari rinvii vd.: Leccese 2012, 500 ss.; Lazzeroni 2017, cap. I.

(29) Poiché essa, a tacer d'altro, non limita affatto al contratto di «categoria» la propria ope-

può rivelarsi irrazionale (30); su una concezione della «categoria» del tutto avulsa dall'evoluzione postcostituzionale dei modelli rappresentativi e negoziali (31); non da ultimo, sulla mancata considerazione o, talora, sulla mistificazione di rilevanti pronunce della Corte costituzionale.

Per quanto attiene a quest'ultimo aspetto, si pensi, in particolare, alla sorte strana di C. cost. 30.6.1994, n. 268, utilizzata a mani basse quando si tratta di suffragare la proponibilità di un'altra operazione «sottrattiva» (concernente i contratti collettivi con funzione gestionale) (32), ma poi sorprendentemente negletta allorché si tratti di offrire la chiave di lettura della Corte sul nodo relativo alla riconducibilità o meno del contratto aziendale alla seconda parte dell'art. 39 Cost. Nella pronuncia, infatti, nel riferirsi ai «contratti collettivi normativi», si afferma che questi ultimi («i soli contemplati dall'art. 39 Cost.») sarebbero «destinati a regolare i rapporti (individuali) di lavoro di una o più categorie professionali o di una o più singole imprese». Con il che la Corte, da un lato, ammette che anche i contratti aziendali, se dotati di funzione normativa, rientrano nella seconda parte dell'art. 39; dall'altro, coerentemente, accetta un terreno di confronto nel quale entrano a pieno titolo in gioco gli interessi di tutti i lavoratori dissenzienti che non siano iscritti al sindacato firmatario.

Nonostante ciò, gli esiti della tesi «sottrattiva» continuano a condizionare, quantomeno implicitamente, quando non espressamente, il filone giurisprudenziale della «giuridica necessità», sia pure «temperata», dell'efficacia generale del contratto aziendale; un filone che meriterebbe, invece, di essere rivisto proprio alla luce delle ampie e articolate ricostruzioni di diverso segno (ormai disponibili in dottrina) (33), con le

ratività, ma menziona le «categorie» di lavoratori cui il contratto è riferito; ancora di recente, pare non cogliere questo aspetto Ghera (2014, 7).

(30) Per quanto appena detto in testo sull'effetto potenzialmente paradossale dell'operazione sottrattiva.

(31) Si spiega, infatti, il significato di categoria come se esso fosse rimasto ancorato alla visione corporativa della categoria eterodeterminata, mentre si ignora (limitatamente all'esegesi dell'art. 39, s'intende) che una simile visione è stata ormai superata da una concezione dinamica e autopoietica della categoria, sul piano sia della scelta del gruppo da organizzare che delle unità negoziali.

(32) La sentenza, come si ricorderà, affermò la non riconducibilità all'art. 39 degli accordi collettivi che stabiliscono i criteri di scelta ai sensi dell'art. 5, c. 1, l. n. 223/1991, e la legittimità costituzionale di questa previsione poiché essa «sostituisce alla determinazione unilaterale dei criteri di scelta, originariamente spettante all'imprenditore nell'esercizio del suo potere organizzativo, una determinazione concordata con i sindacati maggiormente rappresentativi; essa tende a “procedimentalizzare” l'esercizio di un potere imprenditoriale. Solo in mancanza di accordo vengono in applicazione i criteri indicati nella seconda parte della disposizione, la quale, sotto questo aspetto, ha natura di norma suppletiva». Con specifico riferimento ai contratti «gestionali», una recente e condivisibile ridefinizione dei confini è in C. App. Firenze 20.11.2017, in *RIDL*, 2018, II, 979 ss., spec. 982 ss.

(33) In questa sede ci si limita ancora a rinviare a Leccese 2012, 500 ss. (anche per i necessari riferimenti alla dottrina che, talora implicitamente, ha ritenuto di ricondurre anche i contratti aziendali al vincolo scaturente dalla seconda parte dell'art. 39), nonché a Lazzeroni 2017, spec. cap. I (ove una più dettagliata trattazione, che, da un lato, getta luce piena sui lavori parlamentari, letti in connessione con il contesto storico-giuridico che partorì l'art. 39 e con l'evoluzione

quali – per quanto appaiano scomode rispetto al già ricordato obiettivo di assicurare la tenuta degli accordi aziendali – ci si dovrebbe più analiticamente confrontare.

E un simile confronto, sia detto per inciso, appare ineludibile anche per quanti si vogliono cimentare con il problema della legittimità costituzionale dell'art. 8, d.l. n. 138/2011, relativo ai contratti di prossimità (34), la cui applicazione al caso di specie, come a molti altri casi giudicati dalla più recente giurisprudenza, non è peraltro in questione.

Riferimenti bibliografici

- Aa.Vv. (2016), *L'attuazione degli articoli 39 e 46 della Costituzione. Tre proposte a confronto*, in *QRGL*, n. 1, Ediesse, Roma.
- Alvino I. (2018), *I rinvii legislativi al contratto collettivo. tecniche e interazioni con la dinamica delle relazioni sindacali*, Jovene, Napoli.
- Bollani A. (2005), *Il contratto collettivo aziendale è efficace erga omnes?*, in *RIDL*, II, 312 ss.
- Carabelli U. (2012), *I profili di incostituzionalità dell'art. 8 con riferimento all'efficacia «erga omnes» dei contratti collettivi da esso previsti*, in *RGL*, I, 539 ss.
- Carabelli U., Leccese V. (2004), *Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 44 (una versione del saggio è stata pubblicata anche in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 2005, 345 ss.).
- Caruso B. (1992), *Rappresentanza sindacale e consenso*, FrancoAngeli, Milano.
- D'Antona M. (1990), *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *DLRI*, 527 ss.
- D'Antona M. (1998), *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *DLRI*, 665 ss.
- Dell'Olio M. (1980), *L'organizzazione e l'azione sindacale in generale*, in M. Dell'Olio, G. Branca, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, Cedam, Padova, 3 ss.
- Garilli A. (2012), *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in *ADL*, 31 ss.
- Garofalo M.G. (1985), *Rappresentatività sindacale e pluralità degli interessi*, in *PD*, 417 ss.
- Ghera E. (2014), *L'articolo 39 della Costituzione e il contratto collettivo*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 202.

immediatamente successiva del sistema sindacale; dall'altro, rivaluta e rielabora elementi disponibili eppur da molti trascurati, utili a dimostrare quanto errata sia ogni assimilazione, strumentale o genuina, tra contratto disciplinato dalla Costituzione e contratto di categoria o, ancor più, contratto nazionale).

(34) Escludendo l'operatività della operazione «sottrattiva» qui criticata, infatti, sarebbe inevitabile affermare il contrasto dell'art. 8 con l'art 39 Cost., salvo che non si vogliano condividere le tesi che ritengono possibile l'attuazione «per equivalenti» della sua seconda parte; tesi che ammettono, cioè, che la legge possa attribuire efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi senza rispettare le «forme» dell'art. 39, ma tenendo pur sempre conto del suo «nocciolo duro» (D'Antona 1998, 688 ss.). Sennonché, anche a voler ammettere che una previsione costituzionale possa essere rispettata solo nella sostanza e non anche nelle procedure che essa impone (ma sul punto si condividono le osservazioni critiche di Carabelli 2012, 539 ss.; vd. già Scarpelli 1993, 134-136, nota 1), è comunque quantomeno indispensabile che quel nocciolo sia comunque valorizzato, in via di interpretazione adeguatrice dello stesso art. 8 (sulla questione vd., più ampiamente, Leccese 2012, 503 ss.).

- Grandi M. (1985), *L'efficacia del contratto aziendale*, in PD, 439 ss.
- Ichino P. (2000), *Il contratto di lavoro*, vol. I, Giuffrè, Milano.
- Lassandari A. (2001), *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Giuffrè, Milano.
- Lazzeroni L. (1999), *Il contratto collettivo aziendale: l'efficacia soggettiva*, dattiloscritto.
- Lazzeroni L. (2017), *La regolazione per legge del contratto collettivo aziendale alla luce del sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino.
- Leccese V. (2012), *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in DLRI, 479 ss.
- Liso F. (1998), *Autonomia collettiva e occupazione*, in DLRI, 191 ss.
- Lunardon F. (2012), *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, in DLRI, 21 ss.
- Mariucci L. (1985), *Contrattazione collettiva e rappresentatività sindacale: i termini del problema e le possibili prospettive*, in PD, 407 ss.
- Nogler L. (1994), *Interessi collettivi indivisibili ed efficacia erga omnes del contratto aziendale*, in RIDL, II, 61 ss.
- Olivelli F. (2016), *La contrattazione collettiva aziendale dei lavoratori privati*, Giuffrè, Milano.
- Persiani M. (1999), *Contratti collettivi normativi e contratti gestionali*, in Aa.Vv., *Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni*, t. I, Cacucci, Bari, 797 ss.
- Pizzuti P. (2019), *Contratto aziendale e dissenso individuale*, in DRI, 567 ss.
- Proia G. (2002), *Il contratto collettivo fonte e le «funzioni» della contrattazione collettiva*, in Aa.Vv., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 112 ss.
- Santoni F. (2012), *Contributo su: Dall'accordo interconfederale 28 giugno 2011 all'art. 8 del d.l. n. 138/2011*, in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del d.l. n. 138/2011*, Ipsosa, Milano, 105 ss.
- Scarpelli F. (1993), *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, Giuffrè, Milano.
- Tosi P. (2011), *Lo Statuto dei lavoratori (40 anni dopo) tra garantismo e competitività*, in RIDL, I, 15 ss.
- Zoli C. (2002), *La procedura di licenziamento collettivo e il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, in Aa.Vv., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 303 ss.

Vito Leccese

*Professore ordinario di Diritto del lavoro
presso l'Università di Bari «Aldo Moro»*

CORTE D'APPELLO VENEZIA, 8.10.2020 – Pres. ed Est. Perina – Snals-Confisal Sezione provinciale di Padova c. Università degli Studi di Padova.

Condotta antisindacale – Limiti legali e non legali all'attività sindacale – Composizione Cug – Incompatibilità Rsu – Esclusione – Regolamento d'Ateneo – Libertà sindacale – Attività sindacale – Buon andamento – Imparzialità – Bilanciamento – Ragionevolezza – Proporzionalità – Non sussiste.

L'esclusione dei rappresentanti sindacali dal Comitato unico di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni non costituisce condotta antisindacale, atteso che non provoca una vera e propria lesione della libertà sindacale; per contro, evitando il cumulo di incarichi in capo a una stessa persona, è suscettibile di potenziare l'attività sindacale, in quanto consente ai rappresentanti sindacali di non disperdere le proprie energie e di concentrarle tutte sul fronte sindacale. (1)

(1) È ANTISINDACALE ESCLUDERE IL SINDACATO DAL CUG?

SOMMARIO: 1. Il caso. — 2. Il quadro normativo sui Cug. — 3. Repressione della «condotta antisindacale» nel bilanciamento tra la libertà sindacale e il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. — 4. Considerazioni finali. L'esclusione del sindacato dal Cug è irragionevole e, pertanto, antisindacale.

1. — *Il caso* — Secondo i giudici della Sezione lavoro della Corte d'Appello di Venezia, l'esclusione dei rappresentanti sindacali dal Comitato unico di garanzia non costituirebbe condotta antisindacale.

Segnatamente, la Corte d'Appello ha confermato il giudizio espresso in primo grado dal Tribunale di Padova, che non aveva qualificato come antisindacale la condotta di una Università perpetrata per il tramite di un Regolamento d'Ateneo che prevedeva l'incompatibilità tra l'essere componente del Cug e, al contempo, rappresentante sindacale.

I giudici hanno reputato detta esclusione ragionevole poiché il Cug sarebbe un organo imparziale e terzo, che svolge una funzione di garanzia che esula dal ruolo conflittuale ricoperto dalle rappresentanze sindacali. A conferma di ciò, il Regolamento in questione aveva sancito un'incompatibilità anche dal lato datoriale, stabilendo, in particolare, che non potessero far parte di tale organismo paritetico i componenti del Senato accademico e del Cda. Inoltre, una tale previsione regolamentare – ha argomentato il Collegio – non provocherebbe neppure una vera e propria lesione della libertà sindacale; per contro, il divieto di cumulo di incarichi in capo a una stessa persona sarebbe suscettibile di potenziare l'attività sindacale, in quanto consentirebbe ai rappresentanti sindacali di non disperdere le proprie energie e di concentrarle tutte sul fronte sindacale.

2. — *Il quadro normativo sui Cug* — L'art. 57, c. 1, del d.lgs. n. 165/2001 dispone che all'interno delle pubbliche amministrazioni sia costituito il «Comitato unico di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni» (1). Tale organismo ha sostituito i comitati per le pari opportunità e i comitati paritetici sul fenomeno del *mobbing* che erano istituiti in applicazione della contrattazione collettiva, ne ha unificato le competenze e ne ha assunto le funzioni previste dalla legge, dai contratti collettivi relativi al personale delle amministrazioni pubbliche o da altre disposizioni (2).

La mancata costituzione dei Cug è fonte di responsabilità dei dirigenti incaricati della gestione del personale, da valutare anche con riguardo al raggiungimento degli obiettivi (3).

Ai Cug sono riservati compiti propositivi, consultivi e di verifica, da svolgere in collaborazione con la consigliera o il consigliere nazionale di parità. Questi compiti debbono essere esercitati con lo scopo di contribuire all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico. L'efficienza delle prestazioni lavorative trae giovamento, infatti, anche da un ambiente di lavoro in cui, da un lato, siano rispettati i principi di pari opportunità e di benessere organizzativo, dall'altro, sia contrastata qualsiasi forma di discriminazione e di violenza morale o psichica a danno dei lavoratori (4).

Ogni Cug, oltre a salvaguardare la presenza paritaria di entrambi i generi, deve avere una composizione paritetica; nello specifico, deve essere formato, sotto un versante, da componenti designati da ciascuna delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello di amministrazione e, sotto altro versante, da un pari numero di rappresentanti dell'amministrazione, nonché da un presidente designato dalla medesima amministrazione (5).

Mediante la direttiva interministeriale del 4 marzo 2011 sono state emanate le prime linee guida sulle modalità di funzionamento dei Cug (6), successivamente aggiornate e integrate con la direttiva del 16 giugno 2019 (7).

Con riferimento alle Università, in considerazione dell'autonomia e della specificità loro riconosciute, la direttiva del 2011 ha sancito che le modalità di costituzione e di funzionamento di tali Comitati siano disciplinate nei rispettivi statuti (8).

Il regime delle incompatibilità, invece, non è regolamentato dalle citate disposizioni.

(1) Tra i contributi della dottrina in materia, si segnalano quelli di: Zilli 2011, 2700 ss.; Lasandari 2011, 597 ss.; Petrilli 2014, 627 ss.; Quinz 2018, 1 ss.; Nuzzo 2019, 147 ss.

(2) Si veda lo stesso art. 57, c. 1, d.lgs. n. 165/01.

(3) Si veda l'art. 57, c. 5, d.lgs. n. 165/01.

(4) Si veda l'art. 57, c. 3, d.lgs. n. 165/01.

(5) Si veda l'art. 57, c. 2, d.lgs. n. 165/01.

(6) In attuazione dell'art. 57, c. 4, del d.lgs. n. 165/01.

(7) Direttiva interministeriale n. 2 del 16.6.2019, consultabile al seguente indirizzo: <http://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/dipartimento/27.06.2019/direttiva-recante-%E2%80%9Cmisure-promuovere-le-pari-opportunita-e>.

(8) Direttiva interministeriale 4 marzo 2011, consultabile al seguente indirizzo: <http://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/dipartimento/04-03-2011/direttiva-comitati-unic-garanzia>. Per un approfondimento degli organismi di parità nelle Università, si veda D'Onghia 2015, 631 ss.

Il legislatore, come visto, si limita infatti a individuare i soggetti legittimati a designare i componenti degli organismi paritetici in discussione e a demandare alla direttiva interministeriale le loro modalità di funzionamento.

La direttiva del 16.6.2019 si occupa anche dei criteri di composizione e delle procedure di nomina, ma non nello specifico del regime delle incompatibilità. A ogni modo, disciplina i richiamati aspetti solo dal lato dell'amministrazione (9).

Secondo la Corte d'Appello di Venezia, la lacuna sul regime delle incompatibilità non costituirebbe comunque un ostacolo insormontabile per le amministrazioni, atteso che queste ultime, nel rispetto dei principi generali di superiore rango, ben sarebbero legittimate a emanare norme di dettaglio in materia, così come avvenuto – ad avviso dei giudicanti in maniera del tutto legittima – nel caso di specie.

3. — *Repressione della «condotta antisindacale» nel bilanciamento tra la libertà sindacale e il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione* — L'art. 28 St. lav. offre una tutela giurisdizionale rapida ed effettiva contro «... i comportamenti diretti a impedire o limitare l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale nonché del diritto di sciopero...» (10), sia nell'impiego privato che in quello pubblico (11).

(9) Per quanto riguarda la composizione, specifica che i membri di parte pubblica debbano essere rappresentativi, per quanto possibile, di tutto il personale in servizio presso l'amministrazione; mentre, per le amministrazioni di ridotte dimensioni, che per tale ragione decidano di costituire un Cug condiviso, puntualizza che debba comunque essere garantita la rappresentanza dei lavoratori di ogni ente. Con riferimento alle procedure di nomina, stabilisce che l'amministrazione debba procedere alla designazione solo all'esito di una procedura comparativa trasparente e aperta a tutti i dipendenti dell'amministrazione in servizio; e ciò, al fine di assicurare che la scelta ricada effettivamente su soggetti in possesso di adeguati requisiti di competenza ed esperienza. Cfr. il punto 3.6 della direttiva interministeriale n. 2 del 16 giugno 2019, consultabile al seguente indirizzo: <http://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/dipartimento/27-06-2019/direttiva-recante-%E2%80%9Cmisure-promuovere-le-pari-opportunita-e>.

(10) Emblematiche sono alcune definizioni che la dottrina aveva dato all'art. 28 St. lav. poco dopo la sua entrata in vigore: Ghezzi (1971, 418) aveva qualificato l'art. 28 St. lav. come «... la chiave di volta che assicura, nella sua attuazione pratica, la credibilità dei principi stessi e di gran parte delle statuizioni contenute nello Statuto...»; secondo Freni, Giugni (1971, 121), la norma avrebbe rappresentato il «... cardine della tutela dell'azione sindacale...».

(11) Ai sensi dell'art. 63, c. 3, d.lgs. n. 165/01, «Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie relative a comportamenti antisindacali delle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 28 della legge n. 300 del 1970...». Secondo l'orientamento oramai consolidato della Corte di Cassazione, la giurisdizione è del giudice ordinario anche laddove il provvedimento incida sulla posizione dei singoli lavoratori, sia nei rapporti di pubblico impiego privatizzati che in quelli non privatizzati (Cass. 7.2.2002, n. 1761, S.U., in *MGL*, 2002, 398 ss.; Cass. 21.11.2002, n. 16430, S.U., in *FI*, 2003, I, 1071 ss.; Cass. 24.1.2003, n. 1127, S.U., in *FI*, 2003, I, 1071 ss.; Cass. 24.9.2010, n. 20161, S.U., in *FI*, 2011, n. 4, I, 1155 ss.; Cass. 9.12.2015, n. 2359, S.U., in *FI*, 2015, n. 7-8, I, 2443 ss.). Anche la giurisprudenza amministrativa ritiene che la giurisdizione sia del giudice ordinario (cfr. Cons. Stato, III, 26.10.2015, n. 4900, in *DeJure*; Tar Sardegna 10.1.2018, n. 10, S. I, in *F4*, II, 2018, n. 1, 136, ss.). Mentre una parte della dottrina ha sposato tale interpretazione (Esposito 2008, 78), un'altra (Vallebona 2015, 346) l'ha criticata, rilevando che, nelle ipotesi in cui i comportamenti antisindacali riguardino rapporti di lavoro di pubblico impiego non privatizzati, dal momento che per tali controversie individuali è

Il legislatore non ha forzato all'interno di una data disposizione normativa il concetto di condotta antisindacale. Ha infatti preferito attribuire rilevanza giuridica, in chiave teleologica, non tanto alle analitiche modalità con cui viene posta in essere detta condotta, bensì ai beni protetti, aventi copertura costituzionale, che la stessa è in grado di ledere (12).

Di talché, l'antisindacalità della condotta non va individuata in base alle sue modalità esteriori, ma nella sua attitudine a un determinato risultato: l'essere diretta a impedire o limitare l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale, nonché del diritto di sciopero (13).

Tale opzione legislativa ha reso possibile, peraltro in uno scenario in cui le dinamiche e i conflitti sindacali sono variegati e in continua evoluzione, la sussunzione, nell'alveo applicativo dell'art. 28 St. lav., anche di condotte diverse sia da quelle statutarie che da quelle oggetto di altra specifica descrizione legislativa (14). Inoltre, la giurisprudenza ha ammesso la possibilità di esperire l'azione ex art. 28 St. lav. persino nelle ipotesi di lesione di posizioni e prerogative sindacali derivanti da contratto collettivo (15).

ancora prevista la giurisdizione amministrativa, onde evitare valutazioni difformi sullo stesso provvedimento, sarebbe corretto devolvere le controversie in cui sia in discussione un comportamento antisindacale alla giurisdizione amministrativa. Nella giurisprudenza di merito, con riferimento ai rapporti di lavoro rientranti nel pubblico impiego non contrattualizzato, recentemente si è palesato un contrasto: il Tribunale di Roma è orientato nel senso del difetto di giurisdizione del giudice ordinario in favore del giudice amministrativo (T. Roma 1.8.2020, ord.; T. Roma 7.12.2020); il Tribunale di Milano, invece, propende per la giurisdizione del giudice ordinario (T. Milano 15.9.2020; T. Milano 28.1.2021). Tali pronunce sono consultabili al seguente indirizzo: <https://www.questionegiustizia.it>, con il commento di Falsone 2020.

(12) Treu 1974, 100. Anche secondo la Corte di Cassazione «... l'art. 28 cit. [...] pone una fattispecie tipizzata solo dal punto di vista dei beni protetti (appunto, la libertà e l'attività sindacale) ma non anche dal punto di vista dei comportamenti...». Così Cass. 8.5.1992, n. 5454, in *MGL*, 1992, 455 ss.

(13) Cass. 12.6.1997, n. 5295, S.U., in *RIDL*, 1998, II, 55 ss., con nota di Martinucci.

(14) Cfr.: Persiani 1971, 546 ss.; Romagnoli 1972, 409; Martone 2008, 9; nonché, in giurisprudenza, Cass. 26.2.2016, n. 3837, in *GDir.*, 2016, n. 13, 71 ss., secondo cui «... la condotta antisindacale di cui all'art. 28 dello Statuto dei lavoratori (legge n. 300 del 1970) può riscontrarsi anche nel caso di condotte non tipizzate e in astratto lecite, ma in concreto oggettivamente idonee, nel risultato, a limitare la libertà sindacale, sicché ciò che il giudice deve accertare è l'obiettivo idoneità della condotta denunciata a produrre l'effetto che la disposizione citata intende impedire, ossia la lesione della libertà sindacale...».

(15) Cfr., tra le tante, Cass. 6.6.2005, n. 11741, in *RIDL*, 2006, II, 44 ss.; Cass. 17.4.2004, n. 7347, in *RIDL*, 2005, III, 564 ss.; nonché, in dottrina, Lunardon (2011, 654, 713-718), la quale, oltre ad aver esaustivamente ricostruito il dibattito, evidenzia, tra l'altro, che si è così superato il precedente indirizzo interpretativo di segno contrario, fondato, tra le altre cose, sul fatto che si volesse evitare, oltreché l'interferenza del giudice nei rapporti collettivi, il rischio che il diritto sindacale convenzionale subisse sanzioni penali. Invece, per la giurisprudenza non costituisce condotta antisindacale il comportamento del datore di lavoro che abbia sottoscritto un nuovo contratto collettivo, sostituendo il trattamento in precedenza applicato, frutto di accordo con alcune organizzazioni sindacali, con il trattamento concordato con altri sindacati, e imponendo tale nuovo trattamento agli iscritti al sindacato non stipulante nonostante l'esplicito diniego

Al contempo, però, la formulazione ampia e strutturalmente aperta (16) della suddetta disposizione normativa ha inevitabilmente reso incerto il confine tra il comportamento datoriale di antagonismo legittimo, che si muove «nel conflitto», rispetto a quello anti-giuridico, che si oppone «al conflitto» e che legittima gli organismi locali delle associazioni sindacali che vi abbiano interesse a promuovere il giudizio *ex art. 28 St. lav.* (17).

La Corte di Cassazione ha chiarito che la lesione dei beni protetti dalla norma statutaria, su cui è costruita la fattispecie condotta antisindacale, si ha in presenza di atti e comportamenti (18) del datore di lavoro che oggettivamente impediscono, compromettono in vario modo o limitano l'esercizio delle libertà e attività garantite al sindacato (19); mentre, ai fini della concessione della tutela in questione, l'intento del datore di lavoro non rileva in alcun modo: non solo non è necessario, «... perché un errore di valutazione del datore di lavoro che non si è reso conto della portata causale della sua condotta non fa venir meno l'esigenza di una tutela della libertà sindacale e della inibizione dell'attività oggettivamente lesiva di tale libertà...»; ma non è neppure sufficiente, «... in quanto l'intento del datore di lavoro non può far considerare antisindacale un'attività che non appare obiettivamente diretta a limitare la libertà sindacale...» (20).

La giurisprudenza ha puntualizzato, altresì, che sono riconducibili all'ambito di applicazione dell'art. 28 St. lav. tutte le attribuzioni di cui il sindacato è titolare ai fini della tutela degli interessi collettivi; si colloca fuori da tale ambito applicativo, invece, la sfera degli interessi morali e patrimoniali dei singoli lavoratori. Ne consegue che la violazione di diritti individuali, sanciti a livello legislativo o contrattuale, non costituisce condotta antisindacale. Qualora però al pregiudizio del diritto individuale si affianchi anche quello agli interessi collettivi, è ben possibile per il sindacato valersi dello strumento di cui all'art. 28 St. lav. (21). Segnatamente, in caso di comportamento datoriale plurioffensivo, che dia luogo cioè a una lesione dell'interesse individuale del lavoratore e, allo stesso tempo, di quello collettivo del sindacato, le due azioni – quella individuale e quella collettiva – viaggiano su binari distinti. L'una non può interferire sull'altra; ragion per cui le vicende dell'azione individuale eventualmente intrapresa non sono suscettibili di condizionare l'accertamento in ordine all'attualità della condotta antisindacale e alla permanenza dei suoi effetti, da valutare autonomamente avuto riguardo agli interessi di cui il sindacato è portatore esclusivo (22).

espresso. Così, Cass. 20.8.2019, n. 21537, in *ADL*, 2020, I, 149, con commento di Auriemma 2020, 152-163.

(16) Garofalo 1979, 463.

(17) Secondo Giugni (1973, 212), non tutti i comportamenti datoriali di antagonismo al sindacato sono antisindacali dal punto di vista giuridico, e quindi anti-giuridici; altrimenti, verrebbe meno la lotta sindacale e la stessa contrattazione.

(18) Grazie all'utilizzo della parola «comportamenti», vi rientrano anche i comportamenti materiali. Cfr. Lunardon 2011, 651.

(19) Cass. 10.7.2002, n. 10031, in *OGI*, 2002, I, 468 ss.

(20) Così Cass. 12.6.1997, n. 5295, S.U., cit. In termini, Cass. 18.4.2007, n. 9250, in *DRI*, 2007, n. 3, 807 ss., con nota di Fiore; Cass. 23.5.2019, n. 14060, Cass. 2.1.2020, n. 1, in <https://www.rassegnadirittoalavoro.it/azione-di-repressione-della-condotta-antisindacale-nozione/>.

(21) Cass. 10.7.2002, n. 10031, cit.

(22) Cass. 8.7.2013, n. 16930, in *DeJure*. In dottrina, cfr. Allamprese 2010, 565 ss.

Ebbene, in considerazione del significato esteso di condotta antisindacale a cui si è fatto cenno, viene naturale non condividere le motivazioni rese dalla Corte d'Appello di Venezia nell'ambito della sentenza in commento.

L'incompatibilità tra l'essere componente del Cug e, al contempo, rappresentante sindacale si traduce in una oggettiva limitazione delle prerogative sindacali, sia perché non consente alle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello di amministrazione di designare, così come previsto dall'art. 57, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001, il componente che vorrebbero; sia perché impedisce ai rappresentanti sindacali di ricoprire un incarico che potrebbe contribuire a rafforzare il proprio spazio d'intervento nei luoghi di lavoro.

Contrariamente a quanto affermato dai giudici d'appello di Venezia, il concreto esercizio dell'attività sindacale attraverso un canale ulteriore (nella specie il Cug) non solo dovrebbe rappresentare una scelta insindacabile delle organizzazioni sindacali, ma, lungi dal depotenziarne il ruolo, non potrebbe che fortificarlo.

Nel silenzio del legislatore, la scelta di stabilire, ed eventualmente rilevare, un'incompatibilità di tal tipo dovrebbe essere riservata alle organizzazioni sindacali, in conformità al disposto di cui all'art. 9 dell'Accordo quadro 7.8.1998, a mente del quale «... La carica di componente della Rsu è incompatibile con qualsiasi altra carica in organismi istituzionali o carica esecutiva in partiti e/o movimenti politici. Per altre incompatibilità valgono quelle previste dagli statuti delle rispettive organizzazioni sindacali. Il verificarsi in qualsiasi momento di situazioni di incompatibilità determina la decadenza della carica di componente della Rsu» (23). A scanso di equivoci, la fattispecie concretamente affrontata dalla Corte d'Appello di Venezia non pare compromessa dalla menzionata disciplina pattizia. Secondo la direttiva n. 2 del 16.6.2019, infatti, il Cug è un organismo di garanzia, non già un organismo istituzionale ai sensi del citato art. 9 dell'Accordo quadro, tra i quali si ritengono annoverabili – vista anche la prevista incompatibilità con le cariche esecutive in partiti e/o movimenti politici – solamente quegli organismi pubblici con funzioni di rappresentanza o di governo a livello locale, nazionale e sovranazionale. In ogni caso, le pubbliche amministrazioni non potrebbero esercitare alcun potere di ingerenza o controllo in merito; altrimenti, verrebbe scalfita l'autonomia attribuita alle organizzazioni sindacali ai fini della realizzazione della loro funzione di rappresentanza dei lavoratori e di protezione dei loro interessi (24).

Fermo ciò, come ricordato dalla Corte costituzionale, «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri...» (25).

È plausibile che con la pronuncia in commento i giudici abbiano voluto seguire ta-

(23) Consultabile all'indirizzo: <https://www.aranagenzia.it>. Si vedano i contributi di Bavaro, 2000, 872; Di Stasi 2000, 42.

(24) Così, Cass. 20.3.2008, n. 7604, in *LPA*, 2008, n. 2, 383 ss., con nota di Mattei.

(25) C. cost. 9.5.2013, n. 85, in *FI*, 2014, n. 2, I, 441 ss. In dottrina, cfr. Loi 2016, 62 ss., nonché Morrone (2014, 20 ss.), il quale evidenzia che il bilanciamento ha a oggetto tutti i «... beni di rango costituzionale [...], non solo i diritti e i doveri fondamentali, ma anche meri interessi, soggettivi od oggettivi, purché costituzionalmente rilevanti...».

le approccio, avendo ritenuto che le anzidette restrizioni fossero incensurabili in quanto frutto di un ragionevole bilanciamento con i principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione.

In effetti, come condivisibilmente messo in luce dalla più attenta dottrina, il tema della condotta antisindacale nel contesto del pubblico impiego deve essere affrontato in un'ottica di bilanciamento tenendo in debita considerazione le relazioni sindacali del lavoro pubblico, le cui peculiarità si riverberano inevitabilmente anche sul giudizio in ordine al perfezionarsi o meno della condotta antisindacale (26).

È fuori discussione, dunque, che la lesione degli interessi collettivi di cui sono portatori i sindacati debba essere ponderata anche avuto riguardo al buon andamento e all'imparzialità dell'amministrazione.

Pur tuttavia, non convince il concreto bilanciamento effettuato dalla Corte d'Appello nel caso di specie; in particolare, la parte della motivazione in cui si asserisce che l'esclusione dei rappresentanti sindacali dai Cug salvaguarderebbe la funzione di garanzia e di terzietà di tali organismi paritetici. A ben vedere, detta funzione pare adeguatamente assicurata, non tanto dall'esclusione dei rappresentanti sindacali, quanto dalle regole sulla composizione, contemplando queste – come visto – un pari numero di rappresentanti in quota sindacato e in quota amministrazione.

Inoltre, i giudici hanno considerato ragionevole l'incompatibilità prevista dal Regolamento d'Ateneo sull'erroneo assunto che l'azione sindacale possa compiersi solamente in termini conflittuali, omettendo di considerare che la libertà sindacale, non essendo predefinita, sia suscettibile di assumere, in realtà, diverse connotazioni sia sotto il profilo dei mezzi che dei fini (27).

Non si sostenga che consentire ai rappresentanti sindacali di far parte dei Cug e non consentirlo ai vertici dell'amministrazione creerebbe uno squilibrio irragionevole a danno della parte datoriale. Tale trattamento differenziato sarebbe infatti coerente rispetto alle misure promozionali che il nostro ordinamento riconosce a una soltanto delle parti in conflitto nell'ottica del riequilibrio e del concreto ed effettivo esplicarsi della libertà sindacale (28).

4. — *Considerazioni finali. L'esclusione del sindacato dal Cug è irragionevole e, pertanto, antisindacale* — La giurisprudenza ha fornito, grazie anche al supporto della dottrina, una risposta giuridica a una domanda di giustizia per lesione della libertà e dell'attività sindacale, nonché del diritto di sciopero.

(26) Cfr.: Esposito 2008, 123-157; Esposito 2011, 760-770.

(27) Fontana 2010, 4. Si pensi alle varie forme di partecipazione del sindacato, sul cui tema si vedano quantomeno gli studi di Olivelli, Ciocca 2011, 774-909, e di Biasi 2013, 22-30; o alle numerose funzioni pubbliche svolte dal sindacato, su cui si veda la ricostruzione di Martone 2016. Con precipuo riferimento al pubblico impiego, Esposito (2011, 761) evidenzia che l'interesse del sindacato viene «... oggettivamente attratto nell'area dalla funzione pubblica, tanto da poter rivendicare una precisa posizione di partecipazione, che da un lato ne irrobustisce il ruolo ma – per altri versi – ne comporta un evidente contemperamento con altri valori costituzionali positivamente fissati...».

(28) Fontana 2010, 4.

Chiave di volta per riconoscerla è stato il disposto di cui all'art. 28 St. lav., che è certamente idoneo, per la sua ampia formulazione, a fornire base normativa alle più svariate condotte antisindacali (29).

La scelta di non forzare all'interno di una data disposizione normativa il concetto di condotta antisindacale si pone in linea con quelle considerazioni dottrinali in ordine all'impossibilità per il diritto positivo di regolamentare e disciplinare ogni aspetto della vita e delle relazioni sociali (30).

Del resto, le evidenti mutazioni, rapidissime e intense, a livello sociale, economico e tecnico mostrano sempre più spesso l'inadeguatezza di una legislazione di dettaglio, in perenne affanno nell'intervenire a dirimere i conflitti sociali che scaturiscono da tali mutazioni.

L'altra faccia della medaglia di questo modo di legiferare è rappresentata dall'inevitabile incertezza nelle statuizioni giudiziali (31). Incertezza confermata anche dalla sentenza in commento, la cui obiettiva controvertibilità, oltretutto novità, delle questioni trattate ha suggerito ai giudici di compensare le spese di lite.

Nella consapevolezza della necessità di reperire il necessario punto di equilibrio tra il bisogno di tutela avvertito dalla società e la meritevolezza giuridica di detto bisogno, anche la dottrina giuslavoristica ha ragionato su come individuare la giusta misura tra l'applicazione di concetti giuridici per loro natura vaghi e il principio di certezza del diritto (32).

Dirimente potrebbe essere la corretta applicazione del principio di ragionevolezza e proporzionalità.

In particolare per i casi in cui sia in discussione la restrizione di un diritto fondamentale, la ragionevolezza, intesa come proporzionalità, potrebbe rappresentare un'efficace tecnica di ponderazione dei sacrifici, vincolando i giudici a un'argomentazione giuridica solida, strutturata e valutabile nei suoi esiti (33).

Se si fosse seguito tale approccio in modo rigoroso anche nel caso in esame, è plausibile che l'esclusione dei rappresentanti sindacali dal Comitato unico di garanzia sarebbe stata reputata antisindacale.

Oltre a discordare sul fatto che la mancata partecipazione dei rappresentanti sindacali al Comitato di garanzia sia effettivamente suscettibile di potenziare l'attività sindacale, non si condivide la premessa secondo la quale l'azione sindacale possa compiersi

(29) Secondo Pacchiana Parravicini (2020, 12), «... Grazie al suo polimorfismo, la norma ha potuto collocarsi al centro del sistema sindacale e abbracciarne tutte le variegate sfaccettature, facendosi trovare sempre preparata ad affrontare le tempeste che lo hanno attraversato...».

(30) In tal senso Lipari (2016, 45), secondo cui «nel quadro di una realtà in continua velocissima evoluzione appare sempre difficile immaginare in funzione di quale criterio sia possibile ricostruire in astratto, e quindi prescindendo dalle peculiarità, sempre variabili, del singolo caso, i presupposti in base ai quali sia stato individuato un interesse al momento del conferimento».

(31) Pisani 2014, 372-377.

(32) Si vedano, oltre ai lavori monografici di Tullini 1990 e Loi 2016, gli Atti delle giornate di studio Aidlass, Roma, 29-30 maggio 2014, sul tema «Clausole generali e diritto del lavoro», con le relazioni di Bellomo 2015, Campanella 2015 e Loy 2015.

(33) Loi 2015, 386-388; nonché, più diffusamente, Loi 2016.

solamente in termini conflittuali; premessa inesatta su cui si fonda la conclusione, conseguentemente fallace, per cui sarebbe ragionevole l'esclusione di un rappresentante sindacale dal Cug, essendo quest'ultimo un organismo paritetico in cui si esplica una funzione di garanzia e terzietà (34).

Per di più, anche ammettendo che il fine della previsione regolamentare sull'incompatibilità tra l'essere componente del Cug e, al contempo, rappresentante sindacale fosse in astratto legittimo, poiché volto a salvaguardare la funzione di garanzia e di terzietà di tali organismi paritetici, e per essa il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, si dubita fortemente che i mezzi per raggiungere questo fine siano stati adeguati o necessari. Ciò perché detta funzione sarebbe già sufficientemente assicurata dalla previsione normativa che stabilisce che debbano essere formati da un presidente scelto tra i ruoli dell'amministrazione e da un pari numero di componenti designati dal sindacato e dall'amministrazione (35).

In definitiva, si ritiene che la Corte d'Appello di Venezia avrebbe dovuto considerare l'esclusione del sindacato dal Cug irragionevole e, pertanto, antisindacale.

Riferimenti bibliografici

- Aa.Vv. (2015), *Clausole generali e diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro (Roma 29-30.5.2014), Giuffrè, Milano.
- Allamprese A. (2010), *La condotta antisindacale plurioffensiva*, in *ADL*, II, 565 ss.
- Aurimemma S. (2020), *Il venir meno dell'efficacia del contratto collettivo di diritto comune per volontà datoriale*, in *ADL*, I, 152 ss.
- Bavaro V. (2000), *Rappresentanze sindacali unitarie del personale, incompatibilità e divieto di mandato imperativo*, in *LPA*, 2000, n. 5, 872 ss.
- Bellomo S. (2015), *Autonomia collettiva e clausole generali*, in *DLRI*, n. 1, 45 ss.
- Biasi M. (2013), *Il nodo della partecipazione dei lavoratori in Italia. Evoluzioni e prospettive nel confronto con il modello tedesco ed europeo*, Egea, Milano, 22 ss.
- Campanella P. (2015), *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, in *DLRI*, n. 1, 89 ss.
- D'Onghia M. (2015), *La rappresentanza di genere e gli organismi di parità nelle Università*, in *DLM*, n. 3, 631 ss.
- Di Stasi A. (2000), *Le rappresentanze sindacali unitarie nel pubblicoimpiego*, Giappichelli, Torino, II ed., 42 ss.
- Esposito M. (2008), *La condotta antisindacale nelle pubbliche amministrazioni*, Jovene, Napoli.
- Esposito M. (2011), *La condotta antisindacale nel pubblico impiego*, in F. Lunardon (a cura di), *Conflitto, concertazione e partecipazione*, Cedam, Padova, 760 ss.
- Falsone M. (2020), *La giurisdizione sulle condotte antisindacali nelle Forze armate spetta al giudice ordinario del lavoro: il caso del trasferimento senza osta del militare sindacalista*, in *QG*, consultabile all'indirizzo: <https://www.questionegiustizia.it>.

(34) Cfr. *supra*, par. 3.

(35) Cfr. *supra*, par. 2, nota 5, e par. 3.

- Fiore T. (2007), *L'intenzionalità nella condotta antisindacale: presupposti, nozione oggettiva, rilevanza dell'elemento soggettivo e relative implicazioni*, in DRI, n. 1, 807 ss.
- Fontana G. (2010), *Libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».INT, n. 78, 1 ss.
- Freni A., Giugni G. (1971), *Lo Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano.
- Garofalo M.G. (1979), *Interessi collettivi e comportamenti antisindacali dell'imprenditore*, Jovene, Napoli.
- Ghezzi G. (1971), voce *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in NDI, XVIII, Utet, Torino, 418 ss.
- Giugni G. (1973), *Il nuovo assetto sindacale*, in *L'applicazione dello Statuto dei lavoratori. Tendenze e orientamenti*, FrancoAngeli, Milano, 212 ss.
- Lassandari A. (2011), *Misure in materia di pari opportunità*, in F. Carinci, F. Mainardi (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, Ipsoa, Milano, 597 ss.
- Lipari N. (2016), *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Questione Giustizia trimestrale*, n. 4, 45 ss.
- Loi P. (2015), *Ragionevolezza e clausole generali*, in *Clausole generali e diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 386-388.
- Loi P. (2016), *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Loy G. (2015), *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile*, in DLRI, n. 1, 3 ss.
- Lunardon F. (2011), *La condotta antisindacale nell'impiego privato*, in F. Lunardon (a cura di), *Conflitto, concertazione e partecipazione*, Cedam, Padova, 654, 713 ss.
- Martinucci G. (1998), *Le Sezioni Unite si pronunciano a favore di una tutela oggettiva della libertà sindacale*, in RIDL, II, 55 ss.
- Martone M. (2008), *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, in M. Dell'Olio et al. (a cura di), *La tutela dei diritti nel processo del lavoro*, Giappichelli, Torino, 9 ss.
- Martone M. (2016), *Governo dell'economia e azione sindacale*, Cedam, Padova.
- Mattei A. (2008), *Il «tradimento» di rappresentanti sindacali all'interno di una Rsu e l'antisindacalità della loro sostituzione da parte dell'amministrazione*, in LPA, 2008, n. 2, 382 ss.
- Morrone A. (2014), *Il bilanciamento nello Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino.
- Nuzzo V. (2019), *Le pari opportunità*, in L. Fiorillo (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 147 ss.
- Olivelli P., Ciocca G. (2011), *La partecipazione del sindacato in generale*, in F. Lunardon (a cura di), *Conflitto, concertazione e partecipazione*, Cedam, Padova, 774 ss.
- Pacchiana Parravicini G. (2020), *La repressione della condotta antisindacale: significato e apporto di una norma (apparentemente) processuale*, in LDE, n. 2, 12 ss.
- Persiani M. (1971), *Condotta antisindacale, interesse del sindacato, interesse collettivo e interesse individuale dei lavoratori*, in PD, 548 ss.
- Petrilli S. (2014), *I comitati unici di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni*, in *Azienditalia-Il Personale*, 627 ss.
- Pisani C. (2015), *Il «costo» in termini di incertezza delle norme inderogabili a precetto generico, Clausole generali e diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 372 ss.
- Quinz E. (2018), *Il contesto normativo e operativo dei comitati unici di garanzia - La rete dei Cug - Uno studio nel sistema sanitario regionale del Friuli-Venezia Giulia*, in RTSA, n. 2, 1 ss.
- Romagnoli U. (1972), *Commento all'art. 28*, in *Commentario al codice civile*, in Scialoja-Branca (a cura di), *Statuto dei lavoratori*, Zanichelli, Bologna, 409 ss.

- Treu T. (1974), *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, FrancoAngeli, Milano.
- Tullini P. (1990), *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Maggioli, Rimini.
- Vallebona A. (2015), *Istituzioni di diritto del lavoro. I. Il diritto sindacale*, IX ed., Wolters Kluwer Cedam, Vicenza, 346.
- Zilli A. (2011), *Il Comitato Unico di Garanzia nelle pubbliche amministrazioni*, in *GI*, n. 12, 2700 ss.

Simone Auriemma
*Avvocato e dottore di ricerca in Impresa, Lavoro e Istituzioni
presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*

SICUREZZA SOCIALE

CASSAZIONE, 17.11.2020, n. 26160 – Pres. Manna, Est. Calafiore, P.M. Visonà (diff.) – Inps (avv.ti Sgroi, Maritato, De Rose, D’Aloisio) c. C. Spa (avv.ti Zucchinali, Tacchini).
Cassa Corte d’Appello di Perugia, 3.9.2013.

Contribuzione previdenziale – Indennità sostitutiva di ferie non godute – Rapporto di lavoro non cessato – Verbale ispettivo Inps – Inderogabilità dell’obbligazione contributiva anche se l’indennità non è stata corrisposta.

Costituisce base contributiva imponibile l’importo corrispondente all’indennità per ferie non godute nell’ipotesi in cui sia decorso il termine di diciotto mesi dal termine dell’anno di maturazione, a prescindere dalla cessazione del rapporto di lavoro. (1)

(1) INDENNITÀ PER FERIE NON GODUTE:
SE E QUANDO NASCE L’OBBLIGO CONTRIBUTIVO

SOMMARIO: 1. L’indennità per ferie non godute: il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla qualificazione giuridica. — 2. La soluzione prospettata dalla Cassazione: l’an... — 2.1. ... e il *quando*. — 3. Interrogativi, criticità e prospettive.

1. — *L’indennità per ferie non godute: il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla qualificazione giuridica* — Il diritto alle ferie retribuite non è una novità della nostra Carta costituzionale (1). Il valore aggiunto dell’art. 36, c. 3, Cost. è, però, l’introduzione del corollario sulla loro irrinunciabilità (2), che, nella pratica, si traduce in un divieto di monetizzazione dei giorni di riposo annuale non goduti, come successivamente chiarito dall’art. 10, c. 2, d.lgs. 8.4.2003, n. 66 (3).

Ciò risponde a una duplice esigenza di protezione del dipendente: tutelarne l’integrità psico-fisica mediante un congruo tempo di recupero delle energie e, al tempo stesso, assicurargli uno spazio adeguato per esprimere pienamente la propria personalità e relazionalità (4). Si tratta di aspetti sicuramente delicati e rilevanti, che giustifica-

(1) Anche prima dell’avvento della Costituzione veniva riconosciuto ai dipendenti il diritto alle ferie retribuite, come attestano l’art. 7 del r.d.l. n. 1825/1924, conv. dalla l. n. 562/1926; il disposto XVI della Carta del lavoro del 21.4.1927; l’art. 2109 c.c.

(2) In tal senso, vd. anche art. 4 della Convenzione Oil 24.6.1936, n. 52; art. 12 Convenzione Oil 24.6.1970, n. 132.

(3) Del Punta 2006, 6.

(4) *Ex pluribus*: Fabris 1978, 59; Sandulli 1989, 3; Smuraglia 2000, 447; Leccese 2001; Allamprese 2002, 191; Barboni 2003, 511; Del Punta 2004, 379; Occhino 2004, 1361; Ricci 2005, 331; Bavaro 2008; Ferrante 2008; Fenoglio 2010, 455; Occhino 2010; Ichino, Valente 2012, 361; Ponte 2014, 1205; Bellomo 2020, 1297. Per quanto riguarda la giurisprudenza nazionale, vd., *ex multis*: C. cost. 10.5.1963, n. 66; C. cost. 17.2.1969, n. 16; C. cost. 22.12.1980, n. 189; C. cost. 30.12.1987, n. 616; C. cost. 14.6.1990, n. 297; C. cost. 19.12.1990, n. 543; C. cost. 22.5.2001, n. 158, tutte in

no l'annoso e vivace dibattito dottrinale (5) e giurisprudenziale (6) sulla qualificazione giuridica dell'indennità per ferie non godute (7) entro i diciotto mesi successivi al termine dell'anno di maturazione (8).

La prima ricostruzione riconosce all'indennità per ferie non godute la natura risarcitoria, in quanto conseguente a un inadempimento contrattuale – la mancata concessione dei tempi di riposo annuale – per il quale il datore di lavoro è tenuto, ai sensi dell'art. 1218 c.c., al risarcimento del danno causato al lavoratore (9). L'indennità sostitutiva avrebbe, quindi, la «funzione di reintegrare una diminuzione – in termini di salute, di qualità della vita, *lato sensu* esistenziale – che si traduce in un danno anche potenziale patrimonialmente valutabile e risarcibile» (10).

L'orientamento più recente, invece, attribuisce a tale indennità il carattere retributivo, perché costituisce il corrispettivo di una prestazione lavorativa svolta in un periodo in cui il lavoratore avrebbe dovuto riposare (11). Considerato che il mancato

www.giurcost.org; C. cost. 6.5.2016, n. 95, in *RIDL*, 2016, n. 4, II, 887 ss., con nota di Di Noia; Cass. 21.2.2001, n. 2569, in *DeJure*; Cass. 12.11.2001, n. 14020, S.U., in *www.altalex.com*; Cass. 10.12.2001, n. 15597 e Cass. 11.12.2001, n. 15627, in *RIDL*, 2002, n. 2, II, 578 ss.; Cass. 12.7.2003, n. 9458, in *GLav.*, 2003, n. 31, 36 ss.; Cass. 11.5.2006, n. 10856, in *FI*, 2007, I, 537 ss.; Cass. 19.12.2013, n. 28428, in *RIDL*, 2014, II, 851 ss., con nota di Vincieri; Cass. 17.5.2019, n. 13428, in *DeJure*. In riferimento alla giurisprudenza comunitaria, vd. C. Giust. 26.6.2001, C-173/99, *Bectu*, in *LG*, 2001, 1141 ss.; C. Giust. 18.3.2004, C-342/01, *Merino Gomez*, in *RIDL*, 2004, II, 703 ss.; C. Giust. 6.4.2006, C-124/05, *Federatie Nederlandse Vakbeveging*, in *RIDL*, 2007, II, 503 ss., con nota di Ricci; C. Giust. 20.1.2009, C-350/06 e C-520/06, *Schultz Hoff*, in *LG*, 2009, 467; C. Giust. 4.10.2018, C-12/17, *Dicu*, in *curia.europa.eu*; C. Giust. 6.11.2018, C-619/16, *Kreuziger*, in *curia.europa.eu*; C. Giust. 6.11.2018, C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, in *curia.europa.eu*; C. Giust. 6.11.2018, C-569/16, C-570/16, *Bauer*, in *curia.europa.eu*; C. Giust. 13.12.2018, C-385/17, *Hein*, in *curia.europa.eu*. Al riguardo, vd. anche Amoroso 2019; Bronzini 2019; Tria 2019.

(5) Vd.: Vallebona 2001, 633; Bausardo 2003, 791; Dui 2005, 127; Lanzillotta 2011, 1051; Puliatti 2014, 306; Lunardon 2016, 1180.

(6) Vd. Cass. 27.6.2019, n. 17371, che ammette come sulla natura giuridica dell'indennità sostitutiva delle ferie non godute «vi è incertezza nella stessa giurisprudenza di questa Corte». In precedenza, vd. Cass. 8.6.2005, n. 11960, in *RIDL*, 2005, II, 910 ss., con nota di Garcea: «circa la funzione, risarcitoria o retributiva, di questa indennità, la giurisprudenza della Corte oscilla».

(7) Con tale indennità il datore di lavoro – che non ha ottemperato alla propria prestazione (la concessione delle ferie) – restituisce la prestazione ricevuta dal dipendente (attività lavorativa svolta durante il tempo che avrebbe dovuto essere dedicato al riposo) per equivalente, in quanto non è fungibile: vd. Cass. 19.10.2000, n. 13860, in *DeG*, 2000, n. 39, 71 ss.

(8) Art. 10 del d.lgs. n. 66/2003. In precedenza, vd. art. 9 Convenzione Oil n. 132/1970. Il diritto all'indennità sostitutiva delle ferie non godute spetta a prescindere dalla presenza di un colpevole inadempimento: sul punto vd. Cass. 27.11.2012, n. 21028, in *GI*, 2013, n. 10, 2077 ss., con nota di Testa; Cass. 29.1.2016, n. 1756, in *DeJure*.

(9) Cass. 16.7.1992, n. 8627, in *NGL*, 1993, 276 ss.; Cass. 13.3.1997, n. 2231, in *NGL*, 1997, 378 ss.; Cass. 5.5.2000, n. 5624, in *unioncamere.gov.it*; Cass. 27.8.2003, n. 12580, in *GLav.*, 2003, n. 39, 55 ss.; Cass. 8.7.2008, n. 18707, in *www.altalex.com*; Cass. 29.4.2009, n. 9999, in *jstor.org*; Cass. 11.5.2011, n. 10341, in *FI*, 2011, n. 7-8, I, 2044 ss. Vd. anche Pessi 2006, 799.

(10) Commissione tributaria regionale del Lazio 6.2.2013, n. 89, in *www.studiocerbone.com*.

(11) Cass. 3.4.2004, n. 6607; Cass. 11.5.2006, n. 10856; Cass. 10.5.2010, n. 11262; Cass. 9.7.2012, n. 11462; Cass. 11.9.2013, n. 20836; Cass. 1.2.2018, n. 2496; Cass. 29.5.2018, n. 13473; Cass. 21.4.2020, n. 7976, tutte in *DeJure*. Vd. anche Vallebona 2001, 633.

godimento delle ferie maturate incarna la previsione di cui al comma 2 dell'art. 2126 c.c. (12), l'indennità sostitutiva rappresenterebbe la retribuzione di cui il dipendente «ha in ogni caso diritto».

L'adesione a una tesi piuttosto che all'altra comporta rilevanti conseguenze pratiche: dall'individuazione del termine prescrizionale – decennale (13) secondo la prima opzione, quinquennale (14) nel secondo caso – all'incidenza nel calcolo del Tfr (15), fino ad arrivare all'assoggettamento (o meno) all'obbligo contributivo, che costituisce il «cuore» della sentenza in commento.

Cercando di contemperare le divergenze tra le due posizioni è stata elaborata una terza tesi, sulla natura «mista» dell'indennità sostitutiva delle ferie non godute, che «ha, per un verso, carattere risarcitorio, in quanto idonea a compensare il danno costituito dalla perdita di un bene (16) [...] e, per altro verso, costituisce erogazione di indubbia natura retributiva, perché non solo è connessa al sinallagma caratterizzante il rapporto di lavoro, quale rapporto a prestazioni corrispettive, ma più specificamente rappresenta il corrispettivo dell'attività lavorativa resa in periodo che, pur essendo di per sé retribuito, avrebbe invece dovuto essere non lavorato perché destinato al godimento delle ferie annuali» (17).

In base all'orientamento sulla duplice natura dell'indennità *de qua*, le ricadute concrete si presentano particolarmente favorevoli al lavoratore, in quanto la prescrizione risulterebbe decennale – in virtù del carattere risarcitorio – e, al tempo stesso, l'aspetto retributivo acquisterebbe rilevanza in materia di calcolo degli accessori di legge e del trattamento contributivo.

Portando il ragionamento alle estreme conseguenze, la Cassazione (18) afferma anche l'assoggettamento dell'indennità alla tassazione Irpef, perché «un eventuale concorrente profilo risarcitorio non ne escluderebbe la riconducibilità all'ampia nozione di retribuzione imponibile» (19).

Di analogo avviso è la prassi amministrativa, che, pur evitando di impelagarsi nella

(12) Il lavoro è stato prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro.

(13) *Ex art.* 2946 c.c. Sul punto, vd. Cass. n. 10341/2011, cit.

(14) *Ex art.* 2948 c.c. Sul punto, vd.: Tar. Roma 8.3.2004, n. 2166; Tar 19.6.2018, n. 384, entrambe in *DeJure*.

(15) Secondo Cass. n. 20836/2013, cit., «da suddetta indennità si computa ai fini della determinazione del Tfr»; mentre in Cass. 27.8.2015, n. 17248, in *DeJure*, l'indennità sostitutiva di ferie non godute è «esclusa dal calcolo del Tfr in modo non indiretto ma chiaro e univoco, non già per espressa menzione e tuttavia ben ricavabile dalla disciplina, in via più generale, di un'autonoma e diversa nozione di retribuzione ai detti fini, contenuta negli accordi collettivi nazionali».

(16) Nello specifico, il riposo con recupero delle energie psico-fisiche, la possibilità di dedicarsi a relazioni familiari e sociali, l'opportunità di svolgere attività ricreative e simili.

(17) Cass. 26.7.2013, n. 18168, in *www.studiocerbone.com*. Vd. anche Cass. 9.7.2012, n. 11462, in *www.diritto.it*; Cass. 29.1.2016, n. 1756, in <https://ilgiuslavorista.it>, 9.3.2016, con nota di Fumai; Cass. 29.1.2016, n. 1757, in *DeJure*; Cass. 9.3.2017, n. 6115, in *RIDL*, 2017, II, 697 ss., con nota di Giglio; Cass. 10.2.2020, n. 3021, in *DeJure*.

(18) Cass. 28.3.2017, n. 8020, in *DeJure*.

(19) Vd. anche Cass. 15.9.2004, n. 18606; Cass. 16.4.2014, n. 8915, entrambe in *DeJure*.

disquisizione sulla qualificazione giuridica, sostiene ripetutamente, fin da tempi risalenti, l'imponibilità a fini contributivi dell'indennità sostitutiva di ferie non godute (20).

2. — *La soluzione prospettata da Cassazione: l'an...* — È in questo quadro dai colori accesi e dai contorni incerti che si inserisce la sentenza in commento, scaturita dalla vicenda processuale seguita al ricorso di una società datrice di lavoro avverso il verbale ispettivo dell'Inps relativo al recupero dei contributi previdenziali per le indennità sostitutive di ferie non godute da tredici dipendenti ancora in forza, non versati alla scadenza del diciottesimo mese dal termine dell'anno di maturazione.

Il ricorso, rigettato in primo grado, viene accolto dalla Corte d'Appello di Perugia, che, sulla base «della normativa interna ed europea che regola il diritto alle ferie e alla assoluta irrinunciabilità del periodo feriale di 4 settimane per anno, cui consegue il divieto di monetizzazione del loro mancato godimento», deduce «l'astratta inconfigurabilità di un emolumento a cui poter riconnettere un obbligo contributivo se non quando il rapporto di lavoro sia cessato». La Corte territoriale, pertanto, boccia la tesi dell'Istituto previdenziale, secondo la quale «il debito contributivo sarebbe configurabile già dal diciottesimo mese successivo al mancato godimento», perché, tra l'altro, se così fosse, «l'imposizione dell'obbligo assumerebbe un valore sanzionatorio in mancanza di previsione normativa e pur in presenza di sanzione espressa comminata dall'art. 18-*bis*, d.lgs. n. 66/2003».

La questione viene, quindi, sottoposta alla Suprema Corte, che, «in ragione dei profili di rilevanza nomofilattica della questione relativa alla sussistenza dell'obbligo contributivo sulla indennità sostitutiva per ferie non godute in caso di rapporto di lavoro non ancora cessato», dispone la discussione alla pubblica udienza.

Due sono i nodi da sciogliere per risolvere la controversia: innanzitutto, stabilire se l'importo per l'indennità sostitutiva di ferie non godute sia assoggettato al versamento contributivo e, successivamente, determinare il momento di insorgenza di tale obbligo (alla cessazione del rapporto di lavoro o alla scadenza del diciottesimo mese dal termine dell'anno di maturazione).

La Corte di Cassazione, in un ampio *excursus*, ripercorre le principali sentenze di legittimità (21) secondo le quali, «in fattispecie in cui il rapporto di lavoro era cessato e non vi era più concreta possibilità per il lavoratore di fruire dell'intero periodo di ferie maturate, ha consolidato il principio secondo il quale l'indennità sostitutiva di ferie non godute è assoggettabile a contribuzione previdenziale a norma dell'art. 12 della l. n. 153/69» (22).

La pronuncia in esame aderisce all'orientamento sulla natura retributiva dell'indennità sostitutiva «perché, essendo in rapporto di corrispettività con le prestazioni lavo-

(20) Circ. Inps 9.5.1988, n. 98; circ. Inps 23.6.1998, n. 134; circ. Inps 7.10.1999, n. 186; circ. Inps 15.1.2002, n. 15; messaggio Inps 27.6.2003, n. 79; nota ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali 26.10.2006, prot. n. 25/I/0005221; circ. Inps 21.12.2007, n. 136; circ. Inps 15.1.2010, n. 7.

(21) Cass. 10.8.1995, n. 8791, in *MGL*, 1995, 757 ss.; Cass. n. 13473/2018, cit.

(22) L'art. 12 della l. n. 153/69 elenca tassativamente le erogazioni escluse dalla contribuzione. Per un approfondimento, vd. Boer, 2020, 2697.

rativa effettuate nel periodo di tempo che avrebbe dovuto essere dedicato al riposo, ha carattere retributivo e gode della garanzia prestata dall'art. 2126 c.c. a favore delle prestazioni effettuate con violazione di norme poste a tutela del lavoratore». In ogni caso, «un eventuale suo concorrente profilo risarcitorio – oggi pur escluso dal sopravvenuto art. 10 del d.lgs. n. 66 del 2003, come modificato dal d.lgs. n. 213 del 2004, in attuazione della Direttiva n. 93/104/Ce – non escluderebbe la riconducibilità all'ampia nozione di retribuzione imponibile delineata dal citato art. 12, costituendo essa comunque un'attribuzione patrimoniale riconosciuta a favore del lavoratore in dipendenza del rapporto di lavoro e non essendo ricompresa nella elencazione tassativa delle erogazioni escluse dalla contribuzione».

Sulla scorta di tali ragionamenti, la Suprema Corte «supera, ai fini dell'individuazione dell'obbligo contributivo, la necessità di attribuire natura risarcitoria o retributiva all'indennità per ferie non godute», rispondendo, in senso affermativo, all'interrogativo sull'*an* dell'obbligo contributivo in caso di indennità per ferie non godute, anche in costanza di rapporto.

2.1. — ... *e il* quando — Più articolata è la risposta sul *quando* debba essere adempiuto l'obbligo contributivo collegato all'indennità sostitutiva delle ferie non godute. Al riguardo, la Corte di Cassazione afferma che la soluzione «si colloca su di un piano diverso da quello interno al rapporto tra lavoratore e datore di lavoro quanto alla disciplina delle ferie e al divieto di monetizzazione delle medesime».

Partendo sempre dall'art. 12, l. n. 153/1969, la Suprema Corte ricorda che l'espressione adottata dalla norma «per indicare la retribuzione imponibile (“tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro”) va intesa nel senso di “tutto ciò che ha diritto di ricevere”, ove si consideri che il rapporto assicurativo e l'obbligo contributivo a esso connesso sorgono con l'instaurarsi del rapporto di lavoro, ma sono del tutto autonomi e distinti» (23).

Ed è proprio dall'autonomia del rapporto previdenziale dal rapporto di lavoro che la Cassazione fa discendere la propria decisione, fondata sull'«evoluzione intrapresa dal sistema previdenziale pubblico verso una sempre più evidente attenuazione degli aspetti di corrispettività nel rapporto tra assicurati ed ente pubblico erogatore delle prestazioni obbligatorie dovute per legge», alla luce del principio della cd. automaticità delle prestazioni di cui all'art. 2116 c.c.

Evidenziando il «carattere parafiscale dell'obbligazione contributiva» (24), la Suprema Corte dichiara che «il credito contributivo previdenziale, in quanto nascente da un rapporto disciplinato dal regime di previdenza sociale, [...] ha assunto natura inderogabile con consequenziale indisponibilità dei relativi crediti».

In applicazione di tale principio, «daddove il lavoratore non abbia fruito delle ferie maturate entro il termine indicato dall'art. 10, d.lgs. n. 66/03, e cioè è stato impiegato anche mentre avrebbe dovuto riposare, è certamente integrato il presupposto dell'obbligo contributivo richiesto dall'art. 12, l. n. 153/69, giacché la prestazione è stata

(23) Cfr. Cass. 6607/2004, cit.; Cass. 26.10.2018, n. 27213, in www.studiocerbone.com.

(24) Vd. anche Cass. 18.5.2001, n. 6810, in www.avvocato.it.

resa in un periodo in cui la stessa non avrebbe dovuto essere resa, generandosi una maggiore capacità contributiva, quantificabile in termini economici quale indennità per le ferie non godute, che non può non incidere sugli oneri di finanziamento del sistema previdenziale posti a carico dell'impresa che di tale maggior produzione si è avvantaggiata».

In base a tali argomentazioni, «resta [...] irrilevante – ai fini previdenziali – che l'indennità possa essere monetizzata tra le parti del rapporto di lavoro solo alla cessazione del medesimo e cioè quando una di tali parti o entrambe deciderà di porvi fine», perché l'obbligazione contributiva è inderogabile.

La Corte di Cassazione, pertanto, accoglie il ricorso e rinvia alla Corte d'Appello di Roma l'esame della fattispecie «alla luce del principio di diritto secondo il quale costituisce base contributiva imponibile l'importo corrispondente alla indennità per ferie non godute nell'ipotesi in cui sia decorso il termine previsto dall'art. 10 del d.lgs. n. 66/03, a prescindere dalla cessazione del rapporto di lavoro».

3. — *Interrogativi, criticità e prospettive* — La pronuncia in commento affronta un tema sicuramente spinoso, suscettibile di variegati profili di approfondimento e foriero di numerosi interrogativi.

In primis, nonostante l'ampio apporto giurisprudenziale e dottrinale sulla questione, resta ancora aperta l'indagine sulla qualificazione giuridica dell'indennità per ferie non godute.

Allo stato attuale, tale emolumento presenta una natura ibrida e dalle molteplici finalità, generando non poca confusione. Eppure, stabilirne con certezza la qualificazione giuridica non è affatto trascurabile, sia per assicurare la corretta applicazione degli elementi che orbitano attorno all'istituto ed evitare, così, l'elevato contenzioso in materia, sia per circoscriverne la funzione, non soltanto nei confronti del lavoratore, ma anche del datore di lavoro e del sistema previdenziale nel suo complesso.

La questione, infatti, si apre a molteplici interrogativi e riflessioni. Tanto per fare qualche esempio, ci si potrebbe domandare se ci siano e quali siano le conseguenze del riconoscimento o meno del carattere risarcitorio dell'indennità sostitutiva nei confronti del lavoratore che non abbia usufruito del tempo di riposo nei termini stabiliti dall'art. 10 del d.lgs. n. 66/03 e intenda promuovere un'azione di risarcimento del danno (biologico, esistenziale...).

Inoltre, partendo dal presupposto che la determinazione del periodo feriale spetta al datore di lavoro, quale espressione del suo potere direttivo (25), risulta evidente l'importanza di stigmatizzare la mancata concessione del tempo di riposo annuale (26), anche al fine di favorire un'efficiente programmazione delle ferie, nel rispetto dei principi costituzionali e della normativa interna e sovranazionale. Occorre, però, focalizzare l'attenzione su quale sia la funzione della predetta indennità e del connesso obbligo contributivo in tale prospettiva. Se, infatti, assumono una valenza «sanzionatoria» nei confronti del datore di lavoro – come lascia intravedere la pronuncia in com-

(25) Cass. 12.6.2001, n. 7951, in *DeJure*.

(26) Generalmente sintomo di un'inadeguata organizzazione aziendale, di carenza di organico o di una disomogenea ripartizione dei carichi di lavoro.

mento: «l'imposizione dell'obbligo contributivo qui sostenuto elimina ogni vantaggio contributivo collegato al lavoro prestato in spregio del diritto alla fruizione regolare delle ferie e, quindi, contrasta tale illegittima prassi» (27) – resterebbe da chiarire quale sia il rapporto con la sanzione già prevista dall'ordinamento giuridico all'art. 18-*bis*, c. 3, d.lgs. n. 66/03 (28).

Ancora, dal momento che il principio di irrinunciabilità delle ferie deve essere considerato il baluardo per consentire un effettivo godimento dei tempi di riposo annuale, al fine del soddisfacimento di esigenze primarie del lavoratore, non è agevole comprendere come conciliare il versamento dei contributi alla scadenza dei diciotto mesi con la possibilità di fruire anche tardivamente delle ferie. In fondo, la monetizzazione delle ferie in corso di rapporto non è mai validamente pattuibile proprio perché non è rinunziabile la fruizione «reale» (29) del riposo annuale, anche se oltre il limite dei diciotto mesi. Perciò il diritto alla corresponsione dell'indennità sostitutiva sorge soltanto alla cessazione del rapporto di lavoro, quando il godimento delle ferie non è più materialmente possibile (30).

La stessa Corte di Cassazione, nella pronuncia in commento, riflette sull'«effetto deterrente che l'imposizione dell'obbligo contributivo anche in costanza di rapporto potrebbe sortire in vista di una fruizione delle ferie non godute in tempo successivo ai previsti diciotto mesi» e, al riguardo, tenta di fornire una soluzione: «l'eventuale effettiva fruizione in epoca successiva ai diciotto mesi, peraltro, ben potrebbe giustificare il diritto del datore di lavoro a recuperare l'importo dei contributi versati a titolo di indennità per ferie non godute» (31). Anche secondo le circolari Inps l'individuazione del momento in cui sorge l'obbligo contributivo sull'indennità sostitutiva «non costituisce limite temporale al diritto del lavoratore di fruire effettivamente delle ferie» (32). Qualora vengano godute in un periodo successivo al momento impositivo, il contributo corrispondente non è più dovuto e «deve essere recuperato a cura del datore di lavoro» (33), pur con gli inevitabili inconvenienti causati dalla farraginosità nella procedura e dalla difficoltà nella gestione contabile aziendale.

(27) Cass. n. 26160/2020, in commento.

(28) «In caso di violazione delle disposizioni previste dall'articolo 10, c. 1, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 100 a 600 euro. Se la violazione si riferisce a più di cinque lavoratori ovvero si è verificata in almeno due anni, la sanzione amministrativa è da 400 a 1.500 euro. Se la violazione si riferisce a più di dieci lavoratori ovvero si è verificata in almeno quattro anni, la sanzione amministrativa è da 800 a 4.500 euro e non è ammesso il pagamento della sanzione in misura ridotta».

(29) Vd. Cass. n. 2569/2001, cit.

(30) Vd. Cass. 2.7.2020, n. 13613, in *DeJure*; Tar Bologna 13.6.2019, n. 535, in *FI*, 2019, n. 6, 1064 ss.; C. App. Bari 11.11.2019, in *DeJure*; T. Crotone 7.1.2019, n. 843, in *DeJure*.

(31) Cass. n. 26160/2020, in commento.

(32) Circ. Inps n. 186/1999, cit.; circ. Inps n. 15/2002, cit.; circ. Inps n. 136/2007, cit. Di recente, vd. circ. Inps 27.12.2019, n. 160.

(33) Vd. circ. Inps n. 136/2007, che rimanda alle modalità contenute nella circ. Inps n. 15/2002, armonizzate con quanto precisato nel messaggio Inps 22.4.2005, n. 16329. Il recupero viene effettuato mediante il flusso Uniemens, modificando in diminuzione l'imponibile dell'anno e del mese nel quale è stato assoggettato a contribuzione il compenso per ferie non godute.

Un ulteriore elemento di incertezza sul *quando* dell'obbligo contributivo è costituito dalla differibilità – mediante contrattazione collettiva – della collocazione temporale del periodo di fruizione delle ferie maturate e, di conseguenza, del versamento dei contributi (34). Tale termine può subire uno slittamento anche a causa delle legittime sospensioni del rapporto di lavoro conseguenti a malattia, infortunio, maternità (35), come anche a Cigo, Cigs e Cig in deroga (36).

In considerazione della delicatezza della materia e degli ondivaghi orientamenti della giurisprudenza, sarebbe quanto mai opportuno un intervento legislativo *ad hoc*.

È lo stesso Inps ad ammettere di aver dovuto esercitare una funzione di supplenza in quanto «si è posta l'esigenza di reperire un criterio oggettivo e univoco atto a individuare il momento nel quale viene in essere l'obbligazione contributiva la cui natura pubblicistica non può essere differita a tempo indeterminato» (37). In fondo, è la lacuna legislativa a dare così ampio spazio alla dirompente forza «creativa» della prassi amministrativa (38).

Un altro interessante spunto di riflessione offerto dalla pronuncia in esame concerne l'«autonomia del rapporto previdenziale dal rapporto di lavoro», sulla quale la Suprema Corte fonda il suo convincimento nella distinzione tra il momento in cui nasce l'obbligo del versamento contributivo e quello in cui sorge il diritto del lavoratore alla corresponsione dell'indennità per ferie non godute. Quest'ultimo, alla luce del comma 2 dell'art. 10, d.lgs. n. 66/2003, coincide con la risoluzione del rapporto di lavoro: il solo momento in cui possa essere accertata la mancata fruizione delle ferie maturate e *dies a quo* della prescrizione per la relativa indennità (39). L'obbligo contributivo, invece, secondo la pronuncia in commento, viene anticipato alla scadenza del diciottesimo mese dal termine dell'anno di maturazione delle ferie, sulla base del «carattere parafiscale dell'obbligazione contributiva» e del «principio della cd. automaticità delle prestazioni fissato dall'art. 2116 c.c.».

In realtà, ancora controversa è la qualificazione giuridica dei contributi previdenziali (40), ma, secondo la Consulta, «quella contributiva previdenziale non è una imposizione tributaria vera e propria, di carattere generale, ma una prestazione patrimoniale diretta a contribuire esclusivamente agli oneri finanziari del regime previdenziale dei lavoratori» (41), «volta a realizzare un circuito di solidarietà interno al sistema previ-

(34) Vd. circ. Inps n. 134/1998, cit.; circ. Inps n. 186/1999, cit.; circ. Inps 15/2002, cit.; messaggio Inps 8.10.2003, n. 118; risposta del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali a interpello n. 4908 del 18.10.2006.

(35) Vd. messaggio Inps 3.7.2006, n. 18850.

(36) Vd. risposta del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali a interpello 17.6.2011, n. 19.

(37) Circ. Inps n. 134/1998, cit.

(38) Cfr. Loy 2015, 42; Colao *et al.* 2011.

(39) Di recente, vd. Cass. 21.4.2020, n. 7976, in www.rassegnadirittolavoro.it.

(40) In dottrina, di recente, vd.: Pessi 2016, 243; Cinelli 2020, 242; Persiani, D'Onghia 2020, 56.

(41) C. cost. 7.7.1986, n. 173; vd. anche C. cost. 17.3.1995, n. 88, entrambe in www.giurcost.org.

denziale» (42), che «non trasmoda in un'obbligazione ascrivibile invece alla fiscalità generale e quindi di natura tributaria» (43).

Per quanto riguarda il principio di automaticità delle prestazioni di cui all'art. 2116 c.c., il riferimento concerne il «rapporto previdenziale» *stricto sensu* inteso – cioè, il rapporto erogativo intercorrente tra l'ente previdenziale competente e i lavoratori assicurati, ai quali deve essere garantita la prestazione qualora si verifichi l'evento previsto dalla legge, a prescindere dall'effettivo versamento contributivo da parte del datore di lavoro – e non il rapporto contributivo vero e proprio (44), attorno al quale si snoda la vicenda.

Considerato che «l'obbligazione contributiva sorge all'atto del verificarsi delle condizioni previste dalla legge» (45), nel caso di specie, in mancanza di un'espressa previsione normativa, non è chiaro se la condizione si verifichi alla cessazione del rapporto – con l'insorgenza del diritto del lavoratore alla corresponsione dell'indennità, a cui è collegata la contribuzione previdenziale – o allo spirare del termine per la fruizione delle ferie annuali (46). Tale incertezza è particolarmente rilevante, visto che dal mancato versamento contributivo – senza addentrarci nella sua configurabilità come omissione o evasione (47) – discendono sanzioni civili e interessi di mora.

Infine, è vero che i contributi – in quanto diritti indisponibili – sono dovuti (48) anche quando non vi sia stata la corresponsione della retribuzione (49), ma, nella vicenda esaminata, trattandosi di lavoratori in forza, il diritto alla monetizzazione non è proprio ancora sorto.

Alla luce di ciò, l'anticipazione del versamento contributivo in mancanza di un'espressa previsione di legge – anche se con possibilità di recupero da parte del datore in caso di tardiva fruizione delle ferie da parte del lavoratore – rischierebbe di apparire una forzatura e un potenziale precedente per altre simili interpretazioni amministrative (50).

(42) C. cost. 30.1.2003, n. 22, in www.giurcost.org; C. cost. 13.7.2016, n. 173, in www.cortecostituzionale.it.

(43) C. cost. 30.3.2018, n. 67, in www.cortecostituzionale.it.

(44) Cioè, il rapporto di provvista, che garantisce la tenuta della «cassa» mediante il versamento dei contributi da parte dei soggetti obbligatoriamente tenuti.

(45) Pessi 2016, 243.

(46) Nei diciotto mesi successivi all'anno di maturazione.

(47) Nell'ipotesi di omissione contributiva il mancato versamento dei contributi è comunque rilevabile dalle denunce regolarmente effettuate dal datore di lavoro, mediante modello Uniemens; si è, invece, in presenza di evasione contributiva quando il mancato versamento è accompagnato da una mancata o non veridica denuncia da parte del datore di lavoro. Nel caso di specie, però, l'importo relativo all'indennità sostitutiva non viene dichiarato dal datore di lavoro in quanto non ancora monetizzato.

(48) Nella misura dei minimi contrattuali. Sono, però, previste deroghe in ipotesi specificamente individuate, che non destano sospetti di elusione normativa perché i soggetti a cui si rivolgono godono già di un trattamento previdenziale.

(49) Quando il lavoratore, in presenza di interessi meritevoli di tutela nel nostro ordinamento, abbia rinunciato a percepire la retribuzione. Sul punto, vd. Cass. 9.5.2002, n. 6663, in *MGL*, 2002, n. 10, 674 ss.; Cass. 24.11.2011, n. 24832, in *RCP*, 2012, n. 6, 1981 ss.

(50) Ad esempio, si potrebbe ipotizzare l'anticipazione del versamento contributivo delle

La matassa è sicuramente intricata e l'altalenante *iter* giudiziario *de quo* non aiuta, ma stavolta le argomentazioni della Suprema Corte non sembrano fornire il sostegno necessario per arginare la frammentarietà e lacunosità della disciplina e favorire la razionalizzazione del complesso quadro normativo, giurisprudenziale e amministrativo (51).

Riferimenti bibliografici

- Allamprese A. (2002), *Artt. 2109 Periodo di riposo*, in P. Cendon (diretto da), *Commentario al codice civile, Aggiornamento 1991-2001*, III, Utet, Torino, 191 ss.
- Amoroso G. (2019), *Le sentenze della Corte di Giustizia sulle ferie del lavoratore: rinvio pregiudiziale interpretativo versus questione incidentale di costituzionalità*, in *federalismi.it*, 22 maggio.
- Barboni L. (2003), *La strana irrinunciabilità del diritto alle ferie nel diritto interno e nelle fonti internazionali*, in *DRI*, n. 3, 511 ss.
- Bausardo R. (2003), *Ancora sul diritto all'indennità sostitutiva delle cosiddette ferie aggiuntive*, in *RIDL*, II, 791 ss.
- Bavaro V. (2008), *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Cacucci, Bari.
- Bellomo S. (2020), *Orario di lavoro, riposi e ferie: i principi costituzionali, la normativa europea ed il quadro regolativo definito dal d.lgs. 8.4.2003, n. 66*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e Processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Utet Giuridica, 1205 ss.
- Boer P. (2020), *La previdenza sociale*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e Processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Utet Giuridica, Torino, 2565 ss.
- Bronzini G. (2019), *Il «Trittico» della Corte di giustizia sul diritto alle ferie nel rilancio della Carta di Nizza*, in *federalismi.it*, 22 maggio.
- Cinelli M. (2020), *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino.
- Colao F. et al. (2011), *Le circolari ministeriali, il potere regolamentare e la politica del diritto in Italia tra Otto e Novecento*, Eum, Macerata.
- Del Punta R. (2004), *La nuova disciplina delle ferie*, in V. Leccese (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Ipsoa, Milano, 379 ss.
- Del Punta R. (2006), *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *aidlass.it*.
- Di Noia F. (2016), *La Consulta salva il divieto di monetizzazione delle ferie non godute e mitiga il «furore iconoclasta» del d.l. n. 95/2012*, in *RIDL*, n. 4, II, 887 ss.
- Dui P. (2005), *Natura giuridica dell'indennità per ferie non godute e regime fiscale*, in *LG*, n. 1, 127 ss.
- Fabris P. (1978), *L'indisponibilità dei diritti dei lavoratori*, Giuffrè, Milano.
- Fenoglio A. (2010), *Le ferie: dalle recenti sentenze della Corte di Giustizia nuovi spunti di riflessione sulla disciplina italiana*, in *ADL*, n. 2, 455 ss.
- Ferrante V. (2008), *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Giappichelli, Torino.
- Fumai B. (2016), *Indennità sostitutiva delle ferie: natura giuridica e regime prescrizione*, in <https://ilgiuslavorista.it>, 9 marzo.
- Garcea D. (2005), *La natura giuridica dell'indennità sostitutiva delle ferie nel d.lgs. n. 66/2003*, in *RIDL*, II, 910 ss.

menzionalità aggiuntive, salvo poi attivare la procedura di recupero in caso di prematura cessazione del rapporto.

(51) In ambito previdenziale, frequente e prezioso è l'apporto giurisprudenziale con funzione di supplenza legislativa e di chiarificazione di interventi normativi stratificati e non coordinati: sul punto, vd. Sgroi 2007.

- Giglio V.F. (2017), *Lo strano comportamento «quantistico» dell'indennità sostitutiva delle ferie*, in RIDL, II, 697 ss.
- Ichino P., Valente L. (2012), *L'orario di lavoro e i riposi. Artt. 2107-2019*, Giuffrè, Milano.
- Lanzillotta P. (2011), *In attesa delle Sezioni Unite permane il contrasto sulla natura dell'indennità sostitutiva delle ferie*, in LPO, n. 9-10, 1051 ss.
- Leccese V. (2001), *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, Bari.
- Loy G. (2015), *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile*, in Aa.Vv. *Clausole generali e diritto del lavoro. Atti delle Giornate di studio di Diritto del Lavoro Roma 2014*, Giuffrè, Milano, 5 ss.
- Lunardon F. (2016), *La natura mista (retributiva e risarcitoria), anzi «prevalentemente» risarcitoria dell'indennità sostitutiva delle ferie*, in GI, n. 5, 1180 ss.
- Occhio A. (2004), *Commento all'art. 10*, in M. Napoli (a cura di), *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in NLC, n. 6, 1361 ss.
- Occhio A. (2010), *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Pantano F. (2006), *Natura dell'indennità sostitutiva per ferie non godute, responsabilità del datore di lavoro e calcolo del trattamento di fine rapporto*, in ADL, n. 4-5, 1350 ss.
- Persiani M., D'Onghia M. (2020), *Diritto della sicurezza sociale*, Giappichelli, Torino.
- Pessi A. (2006), *Il diritto alle ferie tra vecchie e nuove problematiche*, in ADL, n. 3, 799 ss.
- Pessi R. (2016), *Lezioni di Diritto della Previdenza Sociale*, Cedam, Milano.
- Ponte F.V. (2014), *La tutela del diritto alle ferie: dalla protezione della salute alla realizzazione delle esigenze della vita non lavorativa della persona*, in ADL, n. 4-5, 1205 ss.
- Puliatti P. (2014), *La vexata quaestio della natura giuridica dell'indennità sostitutiva per ferie non godute: soluzioni e conseguenze in materia di regime prescrizione e probatorio*, in ADL, n. 1, 306 ss.
- Ricci G. (2005), *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'Ue*, Giuffrè, Milano.
- Ricci G. (2007), *Frazionamento del periodo di ferie annuali e principio di «non monetizzabilità» secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in RIDL, II, 509 ss.
- Sandulli P. (1989), voce *Ferie*, in EGT, XIV, 3 ss.
- Sgroi A. (2007), *Itinerari giurisprudenziali in materia di previdenza sociale*, Giappichelli, Torino.
- Smuraglia C. (2000), *Diritti fondamentali della persona nel rapporto di lavoro (situazioni soggettive emergenti e nuove tecniche di tutela)*, in RGL, I, 447 ss.
- Testa F. (2013), *Inerzia del lavoratore ed esercizio del diritto alle ferie non godute e all'indennità sostitutiva*, in GI, n. 10, 2077 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, n. 1, 1 ss.
- Vallebona A. (2001), *Ferie non godute: indennità sostitutiva o godimento differito?*, in ADL, n. 2, 633 ss.
- Vincieri M. (2014), *Indennità sostitutiva delle ferie e nullità della clausola contrattuale di rinuncia preventiva*, in RIDL, II, 851 ss.

Marianna Russo

Ricercatrice di Diritto del lavoro
presso l'Università telematica «Leonardo da Vinci»

INDICE

ANALITICO-ALFABETICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

CONDOTTA ANTISINDACALE

Limiti legali e non legali all'attività sindacale – Composizione Cug – Incompatibilità Rsu – Esclusione – Regolamento d'Ateneo – Libertà sindacale – Attività sindacale – Buon andamento – Imparzialità – Bilanciamento – Ragionevolezza – Proporzionalità – Non sussiste. 280

CONTRATTO A TERMINE

Diritto a ferie annuali – Direttiva n. 1999/70 – Accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato – Clausola 4 – Giudice di pace – Condizioni – Verifica – Spetta al giudice del rinvio. 176

Nozione di lavoratore a tempo determinato – Direttiva n. 1999/70 – Accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato – Clausola 2 – Giudice di pace – Condizioni – Verifica – Spetta al giudice del rinvio. 175

CONTRATTO COLLETTIVO

Contratto collettivo aziendale – Efficacia soggettiva estesa a tutti i lavoratori dell'azienda – Limiti. 269

CONTRIBUZIONE PREVIDENZIALE

Indennità sostitutiva di ferie non godute – Rapporto di lavoro non cessato – Verbale ispettivo Inps – Inderogabilità dell'obbligazione contributiva anche se l'indennità non è stata corrisposta. 291

DISABILITÀ

Art. 33, c. 5, l. n. 104/1992 – Diritto del lavoratore dipendente che assiste il familiare disabile di non essere trasferito senza il suo consenso – Diritto del lavoratore connesso alla domanda all'Inps di godimento dei benefici di cui alla l. n. 104/1992 – Provvedimento dell'Inps che ammette il lavoratore al godimento dei benefici di cui alla l. n. 104/1992 – Irrilevanza. 217

Art. 33, c. 5, l. n. 104/1992 – Diritto del lavoratore dipendente che assiste il familiare disabile di non essere trasferito senza il suo consenso – Maggiore vicinanza della sede di destinazione al domicilio del disabile da assistere – Irrilevanza.	217
Art. 33, c. 5, l. n. 104/1992 – Diritto del lavoratore dipendente che assiste il familiare disabile di non essere trasferito senza il suo consenso – Mobilità connessa a ordinarie esigenze tecnico-produttive del datore di lavoro – Irrilevanza.	217
DISCRIMINAZIONI	
Lavoro autonomo – Riders – Operatività piena della tutela.	228
Legittimazione ad agire del sindacato – Danno non patrimoniale – Riconoscimento.	228
Sciopero – Convinzioni personali – Organizzazione del lavoro – Pregiudizio per il lavoratore provocato dal sistema di calcolo dell'algoritmo – Discriminazione indiretta – Onere della prova alleggerito – Carenza di giustificazioni.	228
DISTACCO TRANSNAZIONALE	
Servizi di trasporto su strada – Direttiva n. 96/71 – Campo di applicazione – Nozione di lavoratore distaccato – Trasporti di cabotaggio – Contratto collettivo «di applicazione generale».	195
LAVORO PUBBLICO	
Art. 18, c. 1, d.l. n. 67/1997 – Rimborso spese patrocinio legale – Giudice di pace – Mancata previsione – Incostituzionalità.	176
Procedure di stabilizzazione dei precari – Art. 20, c. 1, d.lgs. n. 75/2017 – Assunzione diretta a tempo indeterminato – Lavoratori a tempo determinato delle p.a. – Inclusi – Lavoratori in somministrazione presso le p.a. – Esclusi – Irragionevole disparità di trattamento – Art. 3 Cost. – Questione di legittimità costituzionale – Rilevanza – Non manifesta infondatezza.	257
LAVORO SUBORDINATO	
Nozione di lavoratore – Art. 7, par. 1, Direttiva n. 2003/88 – Art. 31, par. 2, CdfUe – Giudice di pace – Condizioni – Verifica – Spetta al giudice del rinvio.	175
Piattaforme digitali – Ciclofattorini del <i>food delivery</i> – Qualificazione del contratto – Subordinazione – Sussiste.	241

LICENZIAMENTO COLLETTIVO

Giudizio di costituzionalità – La Carta dei diritti fondamentali dell’Ue quale parametro interposto – Ambito di applicazione – «Attuazione del diritto dell’Unione» – Nozione. 205

Violazione delle procedure o dei criteri di scelta – Discrimine temporale tra vecchia e nuova disciplina – Disparità di trattamento – Violazione del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva – Violazione dei valori della dignità umana e dell’utilità sociale – Violazione della legge delega – Inammissibilità delle questioni. 205

