

PARTE II
GIURISPRUDENZA

RAPPORTO DI LAVORO

CORTE DI GIUSTIZIA, 19.12.2024, C-531/23, Settima S.

Orario di lavoro – Parità di trattamento – Lavoro subordinato – Tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori – Monitoraggio dell’orario di lavoro – Riposi – Art. 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea – Direttiva n. 2003/88/Ce – Artt. 3, 5, 6, 16, 17, 19 e 22 – Obbligo di istituire un sistema che consenta la misurazione della durata dell’orario di lavoro svolto dai collaboratori domestici – Deroga – Normativa nazionale che esenta dall’obbligo di registrazione dell’orario di lavoro effettivo prestato dai collaboratori domestici.

L’orario di lavoro svolto dalle lavoratrici e dai lavoratori domestici deve poter essere determinato in modo obiettivo e affidabile. Qualora i contenuti di una normativa nazionale esonerino i datori di lavoro dall’obbligo di istituire un sistema che consenta di misurare la durata dell’orario di lavoro svolto dai lavoratori domestici, essa sarà da considerarsi contraria alle leggi dell’Unione, e, nello specifico, alla Direttiva n. 2003/88/Ce e all’art. 31, par. 23, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Nella visione della Corte, l’assenza di un sistema di misurazione oraria priverebbe i lavoratori della possibilità di determinare in modo obiettivo e affidabile il numero di ore di lavoro effettuate nonché la loro ripartizione nel tempo. (1)

(1) SULL’OBBLIGO DI MISURAZIONE DELL’ORARIO DI LAVORO DOMESTICO

SOMMARIO: 1. Il caso: la misurazione del tempo di lavoro nell’ordinamento spagnolo. — 2. Le questioni pregiudiziali sollevate e i principali snodi argomentativi nella pronuncia della Corte di Giustizia. — 3. La certezza del tempo di lavoro: valore e strumenti della misurazione. — 4. Il rischio di discriminazione indiretta. — 5. I (possibili) riflessi futuri sulla normativa italiana.

1. — *Il caso: la misurazione del tempo di lavoro nell’ordinamento spagnolo* — Stando a quanto statuito dalla Corte di Giustizia, con la sentenza C-531/23 del 19.12.2024, anche i datori di lavoro domestico dovrebbero predisporre un sistema di monitoraggio dell’orario svolto dai propri collaboratori, al fine di tutelare al meglio i diritti di quest’ultimi.

La controversia in commento scaturisce dall’accertamento dell’invalidità di un licenziamento che vede protagonista una lavoratrice domestica spagnola. A seguito del ricorso, i giudici di prime cure riconoscono l’assenza di motivazione alla base del licenziamento e, pertanto, condannano il datore di lavoro a versare gli importi corrispondenti ai giorni di ferie non goduti nonché alle indennità supplementari; tuttavia, il ricorso della lavoratrice viene accolto solo in parte.

Infatti, data l’assenza di un sistema finalizzato alla misurazione della giornata

lavorativa, la ricorrente non riesce a provare in giudizio le ore di lavoro straordinario reclamate, a nulla valendo – secondo il giudice del *Juzgado Social* n. 2 della città di Bilbao – le doglianze della lavoratrice proprio in merito alla mancata predisposizione di un «registro orario» da parte dei suoi datori di lavoro.

Risulta necessario precisare che in Spagna vige un obbligo generale, a carico dei datori di lavoro, di istituire un sistema di registrazione dell'orario di lavoro effettivo svolto da ciascun lavoratore, il cd. *registro horario*. Si tratta di un obbligo sancito dall'art. 34, c. 9, dello Statuto dei lavoratori spagnolo, così come modificato mediante il regio decreto legge n. 8/2019; una modifica intervenuta a seguito di un'altra importante pronuncia della Corte di Giustizia, esattamente in tema di misurazione dell'orario di lavoro, più volte richiamata nella sentenza in commento e sulla quale torneremo più avanti (1).

La disposizione statutaria impone al datore di lavoro di predisporre una modalità di registrazione quotidiana della giornata lavorativa; essa dovrà riportare l'orario esatto di inizio e quello di fine della prestazione di ciascun lavoratore, senza arrecare pregiudizio alle esigenze di flessibilità oraria. In questo modo, il legislatore spagnolo ritiene che un'organizzazione del lavoro basata su formule di flessibilità dell'orario non debba limitare il dovere datoriale alla misurazione del tempo di lavoro; al contrario, quel dovere viene considerato come un elemento di garanzia dell'adeguamento tra le esigenze aziendali e la conciliazione vita-lavoro dei dipendenti.

La norma non prevede una modalità specifica, o predefinita, per la registrazione della giornata di lavoro, limitandosi a segnalare che essa deve essere effettuata ogni singolo giorno e deve indicare l'esatta durata dell'attività lavorativa. La previsione delle modalità attuative della misurazione oraria viene demandata alla contrattazione collettiva, all'accordo aziendale o, in assenza, alla decisione del datore di lavoro, previa consultazione con i rappresentanti dei lavoratori (2). In ogni caso, sarà valido qualsiasi sistema o supporto, cartaceo o telematico, idoneo a raggiungere l'obiettivo prefissato dalla norma, ossia fornire informazioni affidabili, non modificabili e/o manipolabili. Queste informazioni dovranno essere conservate per quattro anni e potranno, all'occorrenza, essere consultate dai rappresentanti dei lavoratori e dall'Ispettorato del lavoro; pertanto, si intende l'esigenza di dover garantire la tracciabilità e l'immutabilità delle informazioni contenute all'interno del registro.

Nell'ambito della regolamentazione brevemente riassunta, la normativa spagnola contempla alcune eccezioni in virtù delle quali determinati datori di lavoro vengono esentati dall'obbligo di registrazione dell'orario di lavoro. Si tratta di vere e proprie deroghe giustificate dalla particolarità di una determinata prestazione lavorativa, la quale, almeno in linea teorica, non si concilierebbe con un monitoraggio dell'orario.

Il caso oggetto della controversia in commento rientra esattamente in una delle categorie esentate dall'obbligo di predisposizione del registro orario, ossia i nuclei

(1) Il riferimento è alla sentenza C. Giust. 14.5.2019, C-15/18, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CC.OO.)/Deutsche Bank, Sae Comisiones Obreras (CC.OO.)*, con la quale la Corte di Giustizia aveva dichiarato contraria alla Direttiva n. 2003/88 la normativa spagnola al tempo vigente, poi modificata dal regio decreto legge n. 8/2019.

(2) Scelta criticata da Godino Reyes (2020). Vedi anche: Moreno Romero 2021; Molina Navarrete 2017.

familiari. Infatti, in Spagna, così come in Italia, il lavoro domestico costituisce un'eccezione al dovere di misurazione dell'orario di lavoro (3).

2. — *Le questioni pregiudiziali sollevate e i principali snodi argomentativi nella pronuncia della Corte di Giustizia* — La lavoratrice domestica, protagonista del caso in commento, decide di ricorrere in secondo grado. La *Sala Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*, investita della questione, mediante un rinvio pregiudiziale, chiede alla Corte di Giustizia europea di esprimersi sull'esatta interpretazione di una serie di norme attinenti all'organizzazione dell'orario di lavoro e sulla loro compatibilità con la normativa nazionale; nello specifico, l'art. 9, c. 3, del *Real decreto* n. 1620/2011, che esonera il datore di lavoro domestico dall'obbligo di rilevare l'orario di lavoro dei propri dipendenti (4).

Dal dispositivo della sentenza della Corte di Giustizia è possibile ricavare alcuni principi molto importanti, utili anche per applicazioni future delle medesime norme.

Come spesso accade in tema di orario di lavoro, i giudici ribadiscono le finalità della Direttiva n. 2003/88, e ciò risulta indispensabile per poter fornire una lettura coerente con i contenuti ivi previsti; contenuti strumentali al dispiego di diritti sociali fondamentali. Ciò comporta che l'interpretazione della direttiva e la determinazione del suo campo di applicazione devono essere idonee a consentire il pieno ed effettivo godimento delle posizioni soggettive da essa riconosciute ai lavoratori (il riferimento è all'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali, il quale si collega direttamente al rispetto della

(3) Stiamo parlando delle eccezioni previste all'art. 17, c. 1, della Direttiva n. 2003/88, il quale consente agli Stati membri di derogare agli obblighi previsti dalla normativa nei casi in cui la durata dell'orario di lavoro non risulti determinabile. Come si legge nella sentenza in commento, non spetta alla Corte di Giustizia pronunciarsi sulla legittimità o meno di tali deroghe; la Corte deve prendere in considerazione, nell'ambito della ripartizione delle competenze tra i giudici dell'Unione e i giudici nazionali, il contesto di fatto e di diritto nel quale si inseriscono le questioni pregiudiziali, come definito dalla decisione di rinvio. Cfr. i procedimenti riuniti C. Giust. 23.4.2009, cause riunite C-378/07 e C-380/07, *Kiriaki Angelidaki* (C-378/07), *Anastasia Aivali, Aggeliki Varouraki, Chrysi Kaparou, Manina Lioni, Evangelia Makrygiannaki, Eleonora Nisanaki, Christiana Panagiotou, Anna Pitsidianaki, Maria Chalkiadaki, Chrysi Chalkiadaki contro Organismos Nomarchiakís Autodioikísís Rethymnis, e Georgios Karabousanos* (C-380/07), *Sofoklis Michopoulos c. Dimos Geroptamou*, e giurisprudenza ivi citata.

(4) Nello specifico, se gli «articoli 3, 5, 6, 16, 17, paragrafo 4, lettera b, 19 e 22 della Direttiva 2003/88 sull'organizzazione dell'orario di lavoro, l'articolo 31, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, alla luce della giurisprudenza comunitaria (sentenza della CGUE del 14 maggio 2019, C-55/18), gli articoli 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, l'articolo 3, paragrafo 2, del Trattato Ce, gli articoli 1 e 4 della Direttiva 2010/41/Ue, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 luglio 2010, sull'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma, gli articoli 1, 4 e 5 della Direttiva 2006/54/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, e gli articoli 2 e 3 della Direttiva n. 2000/78/Ce del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, del pari con riferimento alla giurisprudenza comunitaria (sentenza della CGUE del 2[4] febbraio 202[2], C-389/2020), debbano essere interpretati nel senso che ostano a una norma regolamentare come l'articolo 9, paragrafo 3, del *Real decreto* 1620/2011 (regio decreto n. 1620/2011), che esonera il datore di lavoro dall'obbligo di rilevare l'orario di lavoro della lavoratrice» (punto 25 della sentenza in commento).

dignità umana tutelata in modo più ampio nel Titolo I della Carta) (5). Alla luce di tali presupposti, la Corte di Giustizia attesta che le regole enunciate dalla Direttiva n. 2003/88 rivestono un'importanza particolare: esse costituiscono disposizioni della normativa sociale dell'Unione di cui ogni lavoratore deve poter beneficiare quali prescrizioni minime necessarie per garantire la tutela della sua sicurezza e della sua salute (6).

Al fine di garantire la piena efficacia della normativa, è necessario che gli Stati membri garantiscano il rispetto di periodi minimi di riposo e impediscano ogni superamento della durata massima settimanale del lavoro; essi sono liberi di adottare soluzioni diversificate purché garantiscano l'attuazione di tali diritti (7). Nell'esercizio di tale margine di discrezionalità, gli Stati membri possono definire molteplici modalità attuative dei sistemi volti al monitoraggio della durata dell'orario di lavoro, tenendo conto delle specificità proprie dei diversi settori produttivi e delle caratteristiche – specialmente dimensionali – di talune imprese.

All'interno di tale quadro sistematico si inserisce l'art. 17, c. 1, della Direttiva n. 2003/88, il quale consente agli Stati membri, nel rispetto dei principi generali sopra citati, la possibilità di derogare agli obblighi di misurazione dell'orario di lavoro nei casi in cui non sia possibile misurare e/o predeterminare la durata dell'orario, oppure nei casi in cui la durata possa essere determinata dai lavoratori stessi. Questo tipo di «impedimento» alla misurazione dell'orario di lavoro deriverebbe, secondo la disposizione in parola, dalle particolari caratteristiche dell'attività esercitata.

Ebbene, la Corte di Giustizia, mediante la sentenza in commento, offre una rinnovata lettura esattamente della concessione riconosciuta agli Stati membri *ex art.* 17 della Direttiva n. 2003/88.

In primo luogo, la sentenza ribadisce l'importanza rivestita dalla misurazione dell'orario di lavoro e dalla predisposizione di sistemi che garantiscano tale monitoraggio con modalità che siano obiettive e affidabili. L'assenza di un sistema di questo tipo,

(5) A tal proposito, cfr. C. Giust. 14.5.2019, C-15/18, cit., e C. Giust. 29.11.2017, C-214/16, *C. King c. The Sash Window Workshop Ltd e Richard Dollar* (punto 36).

(6) Come precisato dalla Corte di Giustizia nelle sentenze: 9.3.2021, C-580/19, *R.J. c. Stadt Offenbach am Main*; 9.3.2021, C-344/19, *D.J. c. Radiotelevizija Slovenija*; 11.11.2021, C-214/20, *M.G. c. Dublin City Council*. Sul punto, si rimanda a: Bozzao 2022; Delfino 2021; Bellomo, Rocchi 2021; Corso 2020; Leccese 2019.

(7) La sentenza in commento, al punto 34, precisa che, «nell'ambito dell'esercizio di tale margine di discrezionalità, gli Stati membri possono definire le modalità concrete di attuazione di un sistema che consenta di misurare la durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore, in particolare la forma che esso deve rivestire, e ciò tenendo conto, se del caso, delle specificità proprie di ogni settore di attività interessato, e anche delle peculiarità di talune imprese, in special modo delle loro dimensioni, fatto salvo l'articolo 17, paragrafo 1, della Direttiva 2003/88, che consente agli Stati membri, nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, di derogare, segnatamente, agli articoli da 3 a 6 di tale direttiva, quando la durata dell'orario di lavoro, a causa delle particolari caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata e/o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi». Cfr.: C. Giust. 10.12.2015, C-266/14, *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras (CC.OO.) c. Tyco Integrated, Tyco Integrated Fire & Security Corporation Servicios SA* (punto 24); C. Giust. 1.12.2005, C-14/04, *Dellas e altri c. Premier ministre e Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité* (punto 49); C. Giust. 4.3.2011, C-258/10, *Nicusor Grigore* (punto 41); C. Giust. 6.11.2018, C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV c. Tetsuji Shimizu* (punto 52).

avverte la Corte, rischierebbe di limitare i diritti dei lavoratori; per questi ultimi risulterebbe eccessivamente arduo, se non impossibile nella pratica, dimostrare il reale numero di ore lavorate, la loro ripartizione nel tempo nonché il numero di ore di lavoro straordinario. Di conseguenza, i lavoratori rischierebbero di vedersi privati delle garanzie previste dall'art. 31, c. 2, della Carta e dalla Direttiva n. 2003/88 (8).

Per tali ragioni, le modalità definite dagli Stati membri per garantire l'attuazione delle prescrizioni della direttiva in parola – incluse ovviamente quelle contemplate dall'art. 17 – non devono in nessun caso essere tali da svuotare di contenuto i diritti sanciti all'articolo 31, par. 2, della Carta, agli artt. 3 e 5, nonché all'art. 6, lett. *b*, della Direttiva n. 2003/88.

Nella visione della Corte, dunque, anche i datori di lavoro rientranti, in base alle normative nazionali, nelle eccezioni previste dall'art. 17 sono tenuti a fornire strumenti idonei a garantire il rispetto delle norme, e in particolare di quelle relative alla durata massima settimanale del lavoro (9); questi datori, in virtù delle peculiarità derivanti dall'attività lavorativa esercitata dai propri dipendenti, potrebbero certamente sfruttare le deroghe e discostarsi dalla regolamentazione generale, purché non si svuoti di contenuto la normativa inerente all'organizzazione dell'orario di lavoro (10).

Sembrirebbe chiarirsi, mediante lo sforzo interpretativo della Corte di Giustizia, che le eccezioni contemplate dall'art. 17 dovrebbero intendersi riferite alle mere modalità operative di misurazione dell'orario, e non al dovere di misurazione in sé, il quale, invece, resterebbe indiscusso.

Una rinnovata lettura dell'art. 17 che potrebbe rappresentare un vero e proprio cambio di rotta, se teniamo in considerazione che, fino a questo momento, la disposizione in parola aveva aperto la strada a quelle particolari prestazioni rientranti nei cd. lavori «senza orario» (11), e che oggi non sono ammessi dalla giurisprudenza eurounitaria.

Sembra che le indicazioni della Corte di Giustizia avranno, e in parte già stanno avendo, forti ripercussioni nell'ordinamento spagnolo.

L'estensione dell'obbligo di registrazione della giornata lavorativa anche ai collaboratori domestici è stata integrata – a seguito della sentenza in commento – all'interno di un progetto di legge, attualmente in fase di discussione, che introdurrà rilevanti novità esattamente in tema di durata della giornata lavorativa, regolamentazione del registro orario e diritto alla disconnessione (12).

(8) Secondo la Corte, l'assenza di un sistema di misurazione dell'orario non può essere compensata dal fatto che venga consentito al lavoratore di ricorrere ad altri mezzi di prova né dal principio dell'inversione dell'onere della prova. Questi elementi costituiscono indubbiamente un vantaggio processuale, a supporto della parte più debole del rapporto, ma comunque non sufficiente per supplire alla mancata predisposizione di un sistema che stabilisca in modo obiettivo e affidabile il numero di ore di lavoro giornaliero e settimanale effettuate dal lavoratore.

(9) Vedi, al riguardo, il commento di Salido Banús (2025).

(10) Sul punto, vedi Pelliccia 2025.

(11) In riferimento all'ordinamento italiano, si pensi alle eccezioni previste dall'art. 17, c. 5, del d.lgs. n. 66/2003. Per un approfondimento del tema, si rimanda a Cairoli 2020.

(12) Il riferimento è al «*Proyecto de Ley para la reducción de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo y la garantía del registro de jornada y el derecho a la desconexión*» (n. 121/000058), rinvenibile al link: https://www.congreso.es/es/proyectos-de-ley?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=viendo_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XV&_iniciativas_id=121/000058.

Nel frattempo, il *Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*, che mediante rinvio pregiudiziale aveva richiesto l'intervento dei giudici europei (vd. *infra*), si è pronunciato in senso concorde alla Corte di Giustizia. I giudici spagnoli affermano che l'onere della prova dell'orario di lavoro incombe sul datore e che l'obbligo di registrazione della giornata deve intendersi esteso anche ai lavoratori domestici (13); di conseguenza, la sentenza impugnata viene in parte ribaltata riconoscendo alla lavoratrice le ore lavorate pretese e incrementando l'indennità oggetto della condanna.

3. — *La certezza del tempo di lavoro: valore e strumenti della misurazione* — La Corte di Giustizia aveva già avuto modo di esprimersi con riferimento ai sistemi di misurazione oraria della prestazione e alla loro funzione nell'ambito della normativa sull'organizzazione dell'orario di lavoro. Si è così affermato, specialmente negli ultimi anni, il principio della doverosa adozione, da parte dei datori di lavoro, di strumenti che consentano una precisa misurazione dell'orario di lavoro (14).

Stiamo parlando di un filone interpretativo, più volte richiamato nel dispositivo della sentenza in commento, in base al quale la Corte evidenzia come l'assenza di un qualsivoglia strumento di misurazione dell'orario di lavoro privi i soggetti preposti ai controlli di un elemento essenziale per la verifica del rispetto delle regole – giustappunto basate sulla fissazione di limiti temporali – e pertanto non permetta l'accertamento del lavoro effettivamente svolto.

La mancanza di un sistema efficace di rilevazione dell'orario di lavoro, inoltre, renderebbe molto più difficile per il lavoratore tutelare in giudizio i diritti che la Direttiva n. 2003/88 gli conferisce, poiché mancherebbe la possibilità di stabilire con oggettività e certezza la quantità di lavoro effettivamente svolta (15). Invero, qualora il datore di lavoro imponesse prestazioni lavorative in violazione dei limiti dell'orario di lavoro previsti dalla succitata direttiva, per il lavoratore sarebbe oltremodo difficile azionare rimedi efficaci contro tali comportamenti illegittimi. Se è vero, infatti, che il lavoratore può ricorrere ad altri mezzi per dimostrare in giudizio l'inadempimento del datore relativo alla disciplina dell'orario di lavoro (testimoni, *e-mail*, messaggi), «è altrettanto vero che la mancanza di elementi oggettivi sulla durata della propria giornata lavorativa lo priva di una prima traccia probatoria essenziale [...] inoltre, l'efficacia in giudizio della prova testimoniale sconta la debolezza del lavoratore nel rapporto di lavoro e dunque la possibile reticenza di colleghi a testimoniare contro il datore di lavoro per timore di ritorsioni» (16). Di conseguenza, diventerebbe complicato, ad esempio, distinguere tra ore prestate a titolo di lavoro ordinario o di lavoro straordinario e, quindi, verificare se i limiti legali siano o meno rispettati.

Un'impostazione di questo tipo sarebbe desumibile, secondo la Corte, dai principi contenuti nelle Direttive n. 89/391/Cee e n. 2003/88/Ce; esattamente nel rispetto di

(13) Il *Tribunal Superior de Justicia del País Vasco* si è pronunciato il 6.3.2025 con sentenza n. 617.

(14) Vedi, in particolare, C. Giust. 14.5.2019, C-15/18, cit., e 30.5.2013, C-342/12, *Worten – Equipamentos para o Lar, SA c. Autoridade para as Condições de Trabalho (Act)*. In argomento: Tria 2020; Nogueira Guastavino 2019; Gentile 2019; Marinelli 2018; Moscaritolo 2018.

(15) Sulle difficoltà probatorie di questi aspetti nel nostro paese, si veda il commento di Michellini 2025.

(16) Le parole della C. Giust. 14.5.2019, C-55/18, cit. (punto 36).

questi ultimi si configurerebbe in capo ai datori di lavoro l'obbligo di predisporre un sistema che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore, e che tale sistema dovrebbe essere «oggettivo, affidabile e accessibile» (17).

La Corte di Giustizia, dunque, in passato aveva manifestato un'elevata considerazione rispetto ai sistemi destinati alla misurazione dei tempi di lavoro e aveva già prestato particolare attenzione ai rischi derivanti da rapporti di lavoro che sembrano esenti da un controllo in tal senso.

Un filone interpretativo oggi confermato dalla sentenza in commento inerente al lavoro domestico e che potrebbe essere estesa, senza troppe difficoltà, anche ad altre peculiari tipologie di adempimento della prestazione lavorativa; tra esse, si pensi, ad esempio, al lavoro svolto a distanza mediante strumenti digitalizzati. Un profilo, quest'ultimo, già affrontato dalla Spagna – dove è stato esteso l'obbligo del registro orario anche ai lavoratori a distanza –, ma che rimane irrisolto nel nostro ordinamento (18).

A tal proposito, appare opportuno sottolineare come le considerazioni della Corte di Giustizia riassunte in questo paragrafo siano confluite nella Risoluzione sul diritto alla disconnessione (19). Una risoluzione maturata alla luce delle evidenti criticità relazionate al cd. superlavoro da *smart working* e del dibattito a livello globale sulla necessità di garantire, con maggiore incisività, una fascia oraria libera da impegni lavorativi e da collegamenti digitali in virtù della quale il lavoratore viene tutelato da una possibile e rischiosa connessione permanente (20). Un'esigenza comune, stando alla risoluzione, a tutti i lavoratori che utilizzano strumenti digitali, e non solo quelli a distanza.

Unendo tutti i diversi tasselli brevemente richiamati in questa riflessione, potremmo delineare una linea interpretativa e attuativa, che sta prendendo forma a livello eurounitario, tesa a rendere cogente l'obbligo di misurazione della prestazione e, di conseguenza, il puntuale rispetto dei limiti orari legalmente previsti; un obbligo che non ammette eccezioni e che, al contrario, dovrebbe valere per tutti i datori di lavoro (21).

(17) Ancora C. Giust. 14.5.2019, C-15/18, cit. (punti 60, 62 e 65).

(18) La vicenda si considera affrontata in Spagna, poiché la *ley* n. 10/2021 non esenta i lavoratori a distanza dal sistema di registrazione dell'orario; difatti, l'art. 14 della legge sul lavoro a distanza estende esplicitamente anche a questo tipo di lavori il «diritto a un registro orario adeguato», previsto all'art. 34, c. 9, Statuto dei lavoratori. Sul punto, si rinvia a Elmo 2024, 98.

(19) Risoluzione del Parlamento europeo del 21.1.2021, n. 2019/2181, recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione. La risoluzione in parola sottolinea esattamente sia il nesso eziologico organizzazione del lavoro e salute e sicurezza del lavoro, sia lo stretto legame tra il godimento del diritto alla disconnessione e la misurazione dell'orario di lavoro. Ciò emerge con evidenza nella proposta di direttiva allegata alla risoluzione; qui si veda il Considerando n. 13 e l'art. 3 («Diritto alla disconnessione»), dove al c. 2 si legge: «gli Stati membri garantiscono che i datori di lavoro istituiscano un sistema oggettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore, nel rispetto del diritto dei lavoratori alla vita privata e alla tutela dei dati personali. I lavoratori possono richiedere e ottenere il registro del loro orario di lavoro».

(20) La produzione sul tema è vasta; limitatamente agli aspetti che interessano questa riflessione, si vedano: Ferrara 2023; Bavaro 2022; Leccese 2022; Bellomo 2022; Razzolini 2022; Zucaro 2022; Proia 2022; Zoppoli 2020; Lai 2020.

(21) Si veda, da ultimo, Leccese (2025), secondo il quale dalle pronunce delle Corte emerge «un progressivo ridimensionamento della categoria dei lavoratori senza “tempo”».

Tale obiettivo conduce la Corte di Giustizia a valorizzare gli strumenti di monitoraggio, ritenendo pacifico che la misurazione dell'orario di lavoro sia procedimento/strumento ineludibile al fine di ottenere conseguenze positive sulla salute fisica e mentale dei lavoratori nonché un miglioramento della sicurezza sul lavoro.

4. — *Il rischio di discriminazione indiretta* — Il Tribunale spagnolo solleva anche un'ulteriore questione preliminare relativa alla corretta applicazione del principio di parità di trattamento fra uomini e donne.

Più precisamente, viene messo in luce il dato statistico secondo il quale la netta maggioranza dei lavoratori domestici presenti in Spagna risulterebbe essere di genere femminile (22); di conseguenza, sarebbero prevalentemente le donne a subire gli svantaggi derivanti dalle differenze di trattamento riservate a questa particolare categoria di lavoratori. Una differenza di trattamento che rischierebbe di configurare una discriminazione indiretta (23).

In altre parole, l'apparente neutralità della situazione denunciata – ossia l'assenza di controllo/misurazione dell'orario dei lavoratori domestici – potrebbe porre in una posizione di particolare svantaggio le donne, trattandosi di una categoria lavorativa a forte componente femminile.

Su questo aspetto, però, la Corte di Giustizia decide di rinviare la questione ai giudici nazionali; spetterebbe a questi ultimi valutare in quale misura i dati statistici prodotti siano affidabili. Affinché questi dati siano considerati attendibili, è necessario che essi prendano in considerazione tanto l'insieme dei lavoratori soggetti alla normativa nazionale in questione quanto le rispettive percentuali dei lavoratori sui quali incide e sui quali non incide la presunta differenza di trattamento. Vale a dire che «il giudice nazionale deve non soltanto prendere in considerazione l'insieme dei lavoratori assoggettati alla normativa nazionale da cui ha origine la differenza di trattamento, ma altresì comparare le proporzioni rispettive dei lavoratori che sono e che non sono colpiti dall'asserita differenza di trattamento nella categoria della mano d'opera femminile rientrante nell'ambito di applicazione di tale normativa e le medesime proporzioni nell'ambito della mano d'opera maschile ivi rientrante» (24).

Dovrà essere verificato, dunque, se la ricorrente nel procedimento principale faccia parte di un gruppo di lavoratori nel quale è chiaramente prevalente il genere femminile; e se così fosse, ne deriverebbe che l'interpretazione giurisprudenziale di una disposizione nazionale e/o di una prassi amministrativa che si fondi su una siffatta disposizione – in forza della quale i datori di lavoro sono esonerati dal loro obbligo di istituire un sistema che consenta di misurare la durata dell'orario di lavoro domestico – svantaggerebbe particolarmente le lavoratrici rispetto ai colleghi di genere maschile.

(22) Nel caso in commento, i giudici spagnoli si sono avvalsi di dati statistici utilizzati in un precedente giudizio; in base ai quali in Spagna il settore domestico sarebbe composto, per il 95%, da lavoratori di genere femminile. Il riferimento è alla pronuncia C. Giust. 24.2.2022, C-389/20, Tgss, in relazione alla quale si veda il commento di Garofalo 2022.

(23) Un settore che sembra caratterizzato da una forte componente femminile anche nel nostro paese; cfr. il Sesto rapporto annuale sul lavoro domestico, Osservatorio Domina 2024, in <https://associazionedomina.it/wp-content/uploads/2025/05/Rapporto-Annuale-Lavoro-Domestico-2024-DOMINA.pdf>.

(24) Punto 54 della sentenza in commento.

Un'interpretazione di questo tipo accerterebbe la presenza di una discriminazione indiretta fondata sul genere, a meno che tali pratiche differenziate non fossero giustificate da fattori oggettivi ed estranei a qualsiasi tipo di discriminazione. Ciò si verificherebbe qualora il trattamento differenziato in questione rispondesse a un obiettivo legittimo di politica sociale. Tuttavia, la Corte di Giustizia ha ripetutamente precisato che, benché gli Stati membri dispongano di un ampio margine di discrezionalità nella scelta delle misure atte a realizzare gli obiettivi della loro politica sociale e occupazionale, incombe sullo Stato membro, quale autore della disposizione che si presume discriminatoria, dimostrare che tale norma è giustificata da fattori oggettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul genere (25).

Per queste ragioni, spetta in definitiva al giudice spagnolo verificare se la situazione in commento costituisca anche una discriminazione indiretta fondata sul genere.

Investiti della questione, i giudici spagnoli si esprimono sul punto non ravvisando una giustificazione per l'inapplicabilità dell'obbligo di registrazione oraria alle lavoratrici domestiche. Nella pronuncia si legge che tale pratica non risponde a una finalità legittima, né a un imperativo interesse generale; al contrario, impedisce a una categoria lavorativa, ad alta composizione femminile, di provare in modo obiettivo e attendibile la giornata che ha effettivamente svolto. Pertanto, il *Tribunal Superior de Justicia del País Vasco* ravvisa una discriminazione indiretta fondata sul genere, ai sensi dell'art. 2, par. 1, lett. b, della Direttiva n. 2006/54 (26).

Adottando tale prospettiva, l'obbligatorietà di un sistema di registrazione dell'orario lavorativo (incluso quello domestico) potrebbe essere considerata una misura di garanzia anche dal punto di vista della parità di trattamento fra donne e uomini.

5. — *I (possibili) riflessi futuri sulla normativa italiana* — Appare legittimo ipotizzare che le pronunce della Corte di Giustizia in tema di monitoraggio dell'orario di lavoro incideranno, nel prossimo futuro, anche sull'ordinamento italiano.

Abbiamo visto come la sentenza in commento richieda puntuali garanzie in merito al rispetto dell'orario di lavoro nonché, più in generale, una maggiore trasparenza nella gestione del rapporto di lavoro domestico.

In base a quanto espresso da alcune rappresentanze sindacali (27), non sarebbe necessario introdurre novità operative in materia, poiché le regole del Ccnl di settore già prevedono una misurazione oraria dei lavoratori domestici attraverso la durata stabilita nella lettera di assunzione. Eventuali variazioni dell'orario di lavoro, rispetto a quanto inizialmente concordato, vengono riportate all'interno della busta paga che ogni mese il datore di lavoro domestico è tenuto a condividere con il lavoratore. Secondo questa prospettiva, il cedolino paga redatto correttamente già includerebbe tutte le informa-

(25) Sul punto, la giurisprudenza della Corte di Giustizia è copiosa; si riportano di seguito alcune delle principali pronunce che richiamano il passaggio riportato nel testo: 16.10.2007, C-411/05, *Palacios de la Villa*; 20.10.2011, C-123/10, *Brachner*; 16.4.2013, C-202/11, *Las*; 17.7.2014, C-173/13, *Leone*; 13.11.2018, C-33/17, *Čepelnik*; 21.10.2021, C-843/19, *Inss*; 2.4.2020, C-670/18, *Comune di Gesturi*; 24.9.2020, C-223/19, *YS (Pensioni aziendali del personale dirigente)*.

(26) Il riferimento è alla sentenza del *Tribunal Superior de Justicia del País Vasco* 6.3.2025, n. 617.

(27) Il riferimento è a quanto dichiarato da Assindatcolf; notizia riportata da <https://lavoro-domestico.assindatcolf.it/domestici-con-il-cartellino-secondo-assindatcolf-e-sufficiente-la-busta-paga/>.

zioni utili alla «tracciabilità» del rapporto di lavoro, compresi il godimento delle ferie e degli straordinari, le festività, la malattia, nonché la maturazione del Tfr.

Risulta difficile ritenere che tale meccanismo possa soddisfare i requisiti richiesti dalla Corte di Giustizia; in particolare, si pensi alle caratteristiche di idoneità e affidabilità che dovrebbe possedere un sistema di monitoraggio dell'orario di lavoro, nonché alle esigenze di immutabilità delle informazioni ivi raccolte. Un'inadeguatezza che potrebbe essere motivata con diverse ragioni.

In primo luogo, sappiamo che il rapporto di lavoro domestico è un rapporto *intuitu personae*, e, in quanto tale, il datore di lavoro «sceglie» il soggetto a cui affidare determinati incarichi sulla base della fiducia. Questo elemento, unitamente alle caratteristiche proprie di un'attività lavorativa che si svolge presso il domicilio di altre persone, rende difficile immaginare che le modalità e la durata della prestazione inizialmente dedotte nella lettera di assunzione non subiscano variazioni.

Secondariamente, la condivisione della busta paga nemmeno risulta sufficiente a garantire l'esatto riscontro delle ore effettivamente lavorate; ciò sia per i limiti propri di tale sistema, che non potremmo definire come un vero e proprio sistema di «monitoraggio», sia perché risulta doveroso tener conto della particolare debolezza contrattuale che, più che in altri casi, contraddistingue la parte lavoratrice.

La dottrina ha ipotizzato le prime possibili soluzioni; tra esse, la creazione presso l'Inps di una piattaforma dedicata al lavoro domestico, facilmente accessibile tramite un'applicazione da parte dei datori di lavoro e dei collaboratori domestici. La piattaforma, «nella quale dovrebbero essere registrati l'inizio e la fine di ogni singola giornata lavorativa, consentirebbe poi di determinare la retribuzione dovuta per l'eventuale lavoro straordinario. E potrebbe essere utilizzata per la gestione di tutti gli aspetti del rapporto di lavoro, come per esempio i contributi e le agevolazioni fiscali per i datori di lavoro domestico o le misure di accompagnamento al lavoro per le persone che cessano il rapporto: servizi per l'incontro fra domanda e offerta o di formazione professionale specificamente dedicati a questo settore» (28).

Al fine di pervenire a soluzioni che consentano un corretto bilanciamento degli interessi in gioco, non dobbiamo dimenticare le peculiarità di una relazione lavorativa all'interno della quale il datore di lavoro non è un imprenditore bensì, di norma, un nucleo familiare, persone anziane sole e/o disabili: soggetti che potrebbero incontrare notevoli difficoltà nel monitoraggio quotidiano dell'orario di lavoro e nella gestione di una piattaforma digitale. Si consideri anche che, qualora gli obblighi imposti dalla normativa diventassero eccessivamente stringenti e/o onerosi, potremmo ottenere l'effetto opposto a quello desiderato e rischiare di assistere a un'espulsione dei lavoratori domestici dal mercato del lavoro regolare.

Alla luce di quanto detto finora, non vi sono dubbi che le peculiarità proprie del lavoro domestico rendano particolarmente ardua la ricerca di misure adeguate. Vedremo se e in che modo il legislatore italiano deciderà di intervenire su un tema – quello della misurazione oraria vincolante per tutte le categorie di lavoratori – oramai non più rinviabile.

(28) Valente 2025.

Riferimenti bibliografici

- Bavaro V. (2022), *L'orario di lavoro agile «senza precisi vincoli»*, in LDE, n. 1, 1 ss.
- Bellomo S. (2022), *Forme di occupazione «digitale» e disciplina dell'orario di lavoro*, in *Federalismi.it*, n. 19, 166 ss.
- Bellomo S., Rocchi L. (2021), *Orario di lavoro, reperibilità, fruizione del tempo libero. La Corte di Giustizia e il parziale superamento della sentenza Matzak del 2018*, in RIDL, n. 2, II, 341 ss.
- Bozzao P. (2022), *Lavoro subordinato, tempi e luoghi digitali*, in *Federalismi.it*, n. 9, 112 ss.
- Cairolì S. (2020), *Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale*, Jovene, Napoli.
- Corso S. (2020), *La «pronta» reperibilità tra «orario di lavoro» e «periodo di riposo»: una questione che rimane aperta*, in VTDL, n. 1, 185 ss.
- Delfino M. (2021), *La tutela della salute nel diritto dell'Unione europea*, in *Quaderni DLM*, n. 11, 33 ss.
- Elmo M.G. (2024), *Salute, sicurezza e prevenzione nei lavori a distanza digitalizzati*, Cacucci, Bari.
- Ferrara M.D. (2023), *Dalla misurazione alla percezione del tempo di lavoro: riflessioni in tema di time management e valutazione dei nuovi rischi psico-sociali al tempo della digitalizzazione del lavoro*, in G. Calvellini, A. Loffredo, *Il tempo di lavoro tra scelta e imposizione*, Ed. scientifica, Napoli, 87 ss.
- Garofalo C. (2022), *I collaboratori domestici hanno diritto alla prestazione di disoccupazione*, in *Equal Rivista di diritto antidiscriminatorio*, 15 giugno.
- Gentile G. (2019), *Orario di lavoro giornaliero: per la Corte di Giustizia sussiste l'obbligo di misurazione e rilevazione*, in DLM, n. 3, 608 ss.
- Godino Reyes M. (2020), *Claves prácticas. La nueva regulación del Trabajo a distancia y el Teletrabajo*, Lefebvre, Milano, 64 ss.
- Lai M. (2020), *Innovazione tecnologica e riposo minimo giornaliero*, in DRI, n. 3, 662 ss.
- Leccese V. (2019), *Directive 2003/88/EC concerning certain aspects of the organisation of working time*, in E. Ales, M. Bell, O. Deinert, S. Robin Olivier, *International and European Labour Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1285 ss.
- Leccese V. (2020), *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute*, in RGL, n. 3, II, 428 ss.
- Leccese V. (2022), *La misurazione dell'orario di lavoro e le sue sfide*, in LLI, n. 1, vol. 8, 3 ss.
- Leccese V. (2025), *Lavoratori «senza tempo»? Rischi, bisogni di protezione, opportunità*, in LLI, vol. 11, n. 1, 30 ss.
- Marinelli M. (2018), *Orario di lavoro e periodo di riposo: un (potenziale) ripensamento della Corte di Giustizia*, in ADL, n. 4-5, 1174 ss.
- Michellini G. (2025), *Orario di lavoro dei collaboratori domestici, non discriminazione, onere della prova secondo la Corte di Giustizia Ue. La misurazione dell'orario di lavoro delle collaboratrici domestiche deve rispettare il principio di non discriminazione*, in LDE, n. 1, 1 ss.
- Molina Navarrete C. (2017), *Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: «desconexión digital», garantías del derecho al descanso*, in *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n. 138, 249 ss.
- Moreno Romero F. (2021), *Tiempo de (tele)trabajo y descansos*, in J.L. Monereo Pérez, F.

- Vila Tierno, M. Esposito, S. Perán Quesada, *Innovación tecnológica, cambio social y Sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI*, Comares, Granada, 707 ss.
- Moscaritolo I. (2018), *Le ore di guardia trascorse dal lavoratore al proprio domicilio con obbligo di recarsi nel luogo di lavoro in «tempi brevi» costituiscono «orario di lavoro»*, in DRI, n. 3, 959 ss.
- Nogueira Guastavino M. (2019), *La Stjue de 14 de mayo de 2019, CC.OO./Deutsche Bank (C-55/18), relativa a la obligación de llevar un registro de la jornada diaria de trabajo y la aplicación horizontal de obligaciones instrumentales*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 64, 929 ss.
- Pelliccia L. (2025), *Per la Corte di Giustizia anche nel lavoro domestico è obbligatorio predisporre un sistema di misurazione dell'orario di lavoro*, in *Labor*, 30 gennaio.
- Proia G. (2022), *Tempo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *LLJ*, n. 1, 55 ss.
- Razzolini O. (2022), *Lavoro agile e orario di lavoro*, in DRI, n. 2, 371 ss.
- Salido Banús J.L. (2025), *El registro de la jornada de los empleados del hogar. Comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia europeo (TjUe) de 19 diciembre de 2024 (Sala séptima). Asunto C-531/23*, in *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 70, 451 ss.
- Tria L. (2020), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il diritto sociale dell'Unione garantiscono ad ogni lavoratore il diritto a una chiara delimitazione della durata massima dell'orario di lavoro. Tale garanzia vale anche per i dirigenti del Servizio sanitario nazionale?*, in *LDE*, n. 1, 1 ss.
- Valente L. (2025), *Un orario certo anche per il lavoro domestico*, in *Lavoce.info*, 14 maggio.
- Zoppoli L. (2020), *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 421, 1 ss.
- Zucaro R. (2022), *Nuove modalità di tutela della qualità del tempo di vita e di lavoro. Il diritto alla disconnessione*, in *LPA*, n. 2, 311 ss.

Maria Giovanna Elmo
*Ricercatrice di Diritto del lavoro
presso l'Università di Napoli «Federico II»*

CASSAZIONE, 24.3.2025, n. 7826, ord.

Cassa Corte d'Appello di Milano, 17.3.2023.

Licenziamento individuale – Licenziamento disciplinare – Violazione del divieto di fumo – Tolleranza del datore di lavoro – Non esclusione dell'antigiuridicità della condotta del prestatore di lavoro – Sussistenza del fatto.

La tolleranza della datrice di lavoro rispetto all'inadempimento degli obblighi gravanti sui dipendenti e certamente afferenti al rapporto di lavoro (violazione del divieto di fumare in una determinata zona) non è di per sé idonea a far venire meno l'antigiuridicità della condotta, né dal punto di vista oggettivo né dal punto di vista soggettivo. (1)

(1) LA TOLLERANZA DEL DATORE DI LAVORO ESCLUDE L'ANTIGIURIDICITÀ DELLA CONDOTTA DEL LAVORATORE?

SOMMARIO: 1. La vicenda sottoposta all'attenzione della Corte di Cassazione. — 2. Il divieto di fumo nei luoghi di lavoro tra legge, contrattazione collettiva, regolamenti aziendali... — 2.1. *Segue*: ... e attività ermeneutica della giurisprudenza. — 3. Sulla «tolleranza» nel diritto del lavoro e sulla sua rilevanza giuridica nell'esercizio del potere disciplinare. — 4. Considerazioni conclusive.

1. — *La vicenda sottoposta all'attenzione della Corte di Cassazione* — Per cogliere a pieno la portata dell'ordinanza in commento, e soprattutto per tratteggiare i possibili scenari futuri della controversia, appare opportuno soffermarsi preliminarmente sulla vicenda sottoposta all'attenzione della Suprema Corte, ricostruita anche grazie alla lettura delle pronunce dei giudici di merito intervenuti nei precedenti gradi di giudizio (1).

La controversia trae origine dal licenziamento disciplinare irrogato da una società, operante presso un grande aeroporto italiano, nei confronti di un lavoratore per aver questi violato il divieto di fumo sul luogo di lavoro. In particolare, il dipendente, inquadrato al settimo livello del Ccnl trasporto aereo, sezione *handlers*, con mansioni di Operatore unico aeroportuale, veniva sorpreso, dal direttore generale, a fumare dietro gli «uffici rampa» nei pressi dell'area *air-side* insieme a una decina di colleghi, mentre attendeva – a inizio turno – di ricevere le consegne dai *team leaders*. Il direttore generale, accortosi della violazione commessa dai lavoratori, convocava immediatamente presso il proprio ufficio dapprima i *team leaders*, e poi, tramite questi, i lavoratori sorpresi a fumare, dei quali – invero – solo tre si sono presentati alla convocazione. Dopo quasi un mese dal fatto, la società datrice avviava formalmente il procedimento disciplinare contestando l'addebito a due lavoratori, fra cui il ricorrente, nei confronti del quale, dopo aver ascoltato le sue giustificazioni, procedeva con l'irrogazione della sanzione espulsiva.

(1) Il riferimento è a T. Busto Arsizio 3.8.2022, n. 268, e C. App. Milano 17.3.2023, n. 1168, entrambe reperibili in *Banca dati di Merito* del ministero della Giustizia, in *Bdp.giustizia.it*.

Il lavoratore impugnava il licenziamento contestando il carattere ritorsivo e discriminatorio dello stesso, l'intempestività della contestazione e dell'irrogazione della sanzione, nonché l'inidoneità degli addebiti tali da giustificare un provvedimento espulsivo. Egli evidenziava, difatti, come la sanzione massima del licenziamento fosse stata inflitta unicamente a lui e a un suo collega, entrambi iscritti, peraltro, al medesimo sindacato, mentre un terzo collega, iscritto ad altro sindacato, veniva sanzionato con la (sola) sospensione dal servizio per dieci giorni; sanzione, quest'ultima, irrogata anche ai due *team leaders* per mancata vigilanza. Al contempo, nessuna azione disciplinare, sempre secondo la prospettazione di parte ricorrente, risultava essere stata avviata nei confronti degli altri colleghi anch'essi sorpresi a fumare. Tale circostanza – in base a quanto emerge dalla lettura delle pronunce di primo e secondo grado – non risulta essere stata mai smentita dalla società datrice.

Tuttavia, i predetti rilievi non sono stati compiutamente analizzati né dal giudice di prime cure, né in sede d'appello, poiché entrambi gli organi giudicanti – e, di conseguenza, anche la Cassazione – hanno ritenuto, invece, che il «nocciolo della questione» (2) – la cui trattazione ha assorbito quella di tutte le altre questioni – fosse ravvisabile nella individuazione degli effetti da attribuire al comportamento tollerante della società datrice rispetto alla (costante) violazione del divieto di fumo da parte di molti suoi dipendenti. Difatti, come evidenziato già in fase di contraddittorio nell'ambito del procedimento disciplinare, il ricorrente, nell'ammettere che quel giorno stava effettivamente fumando con molti altri colleghi, ha precisato che era convinto che in quel luogo lo si potesse fare, sia perché fumavano tutti, superiori gerarchici compresi (peraltro in una zona all'aria aperta, priva di segnaletica indicante il divieto di fumo, e presso la quale – a suo dire – non vi era materiale infiammabile di alcun genere, trovandosi distante dall'area di parcheggio degli aeromobili), sia perché – ed è questo il profilo che qui rileva – la società datrice aveva sempre tollerato che i propri dipendenti lo facessero.

Ed è proprio il diverso rilievo attribuito alla tolleranza datoriale – sul quale si tornerà più analiticamente *infra* – a caratterizzare l'ordinanza della Cassazione rispetto alle pronunce dei primi due gradi del giudizio. Se, infatti, sia il Tribunale sia la Corte d'Appello hanno ritenuto illegittimo il licenziamento per insussistenza del fatto contestato al lavoratore, in quanto «privo di rilievo disciplinare» (3) proprio perché trattavasi di comportamento (a lungo) tollerato dalla datrice, la Cassazione, invece, ha ritenuto «errato [...] attribuire alla tolleranza datoriale [...] l'effetto di escludere l'antigiuridicità della condotta del dipendente» (4) e, dunque, ha cassato con rinvio la sentenza impugnata (5).

2. — *Il divieto di fumo nei luoghi di lavoro tra legge, contrattazione collettiva, regolamenti aziendali...* — Prima di entrare nel merito del *decisum* della Suprema Corte, si ritiene utile ricostruire, anche per offrirne una valutazione, oltre che per prefigurare i possibili esiti

(2) Cfr. C. App. Milano 17.3.2023, n. 1168, cit., 4, e Cass. 24.3.2025, n. 7826, in commento, punto 13.

(3) Cfr. T. Busto Arsizio 3.8.2022, n. 268, cit., 10, e C. App. Milano 17.3.2023, n. 1168, cit., 5.

(4) Cfr. Cass. 24.3.2025, n. 7826, punto 18.

(5) Per un commento critico all'ordinanza della Cassazione, cfr. Gragnoli 2025, con particolare riferimento alla bibliografia ivi riportata in tema di (in)sussistenza di giusta causa e giustificato motivo di licenziamento.

della vicenda *de qua* – seppur a grandi linee –, il quadro normativo che fa da sfondo al divieto in questione.

In via generale, è con l'art. 51, c. 1, l. n. 3/2003, meglio nota come «legge Sirchia», dal nome dell'allora ministro della Salute proponente, che si è esteso il divieto di fumare (con alcune limitate eccezioni) anche ai locali chiusi privati aperti a utenti o al pubblico. La *ratio* di tale divieto è certamente individuabile nella volontà di tutelare – più in generale – la salute dei non fumatori, esposti al fumo passivo e costretti a «vivere» e «abitare» ambienti chiusi resi insalubri proprio a causa del fumo (6).

Prima della legge del 2003, il divieto di fumo riguardava solo alcuni luoghi pubblici (come, ad esempio, cinema, ospedali, scuole, mezzi di trasporto pubblico ecc.) (7) e alcune particolari attività lavorative per le quali il fumare risultava essere pericoloso (lavoro in sotterraneo, cassoni ad aria compressa, cave e miniere, esposizione ad agenti biologici, chimici pericolosi e cancerogeni) (8). È evidente che, in questi casi, la *ratio* primaria del divieto è ravvisabile non tanto nel voler tutelare la salute dei non fumatori dall'esposizione al fumo passivo, quanto, invece, nel voler garantire livelli di sicurezza tali da non mettere in pericolo l'incolumità dei lavoratori impegnati in attività pericolose per incompatibilità con l'utilizzo di sigarette, proprio per la presenza di rischi specifici d'incendio o di esplosione.

Tuttavia, nonostante una lettura restrittiva e letterale dell'art. 51 della legge del 2003 potrebbe indurre a ritenere non operante il divieto di fumo nei luoghi di lavoro non aperti al pubblico (ad esempio, uffici o magazzini), esso, invece, sussiste, in ogni caso, in tutti i luoghi di lavoro, e il suo fondamento giuridico è rintracciabile nel più generale obbligo di osservanza della normativa in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Difatti, non è un caso che già il d.lgs. n. 626/1994, all'art. 64, c. 1, lett. *b*, imponeva al datore di lavoro di «limita[re] al minimo possibile il numero dei lavoratori esposti o che possono essere esposti ad agenti cancerogeni», tra i quali rientra certamente il fumo da tabacco.

Volgendo lo sguardo alla disciplina attualmente vigente, il riferimento è alle norme contenute nel T.U. in materia di salute e sicurezza sul lavoro (d.lgs. n. 81/2008), laddove, da un lato, si prescrive il divieto di fumo con riferimento ad alcuni luoghi di lavoro specifici nei quali si utilizzano prodotti infiammabili o esplosivi, vale a dire «nelle aziende o lavorazioni in cui esistono pericoli specifici di incendio» (9), o per tutte le

(6) Per una più analitica ricostruzione dell'evoluzione normativa in tema di tutela dei lavoratori dall'esposizione a fumo passivo nei luoghi di lavoro, si rinvia a Gardi 2020, 26 ss.

(7) Cfr. l. n. 584/1975.

(8) Fra le normative speciali di settore, tutte accomunate dal riguardare attività lavorative potenzialmente pericolose e incompatibili con il fumare, cfr., a titolo meramente esemplificativo, i divieti di fumo contenuti nel d.P.R. n. 128/1959, in tema di norme di polizia delle miniere e delle cave (in particolare, cfr. artt. 94, 335, 481, 526, 646), l'art. 43, d.lgs. n. 624/1996, in tema di sicurezza e salute dei lavoratori nelle industrie estrattive per trivellazione e dei lavoratori nelle industrie estrattive a cielo aperto o sotterranee, nonché l'art. 35, c. 1, lett. *b*, d.lgs. n. 272/1999, in tema di sicurezza e salute dei lavoratori nell'espletamento di operazioni e servizi portuali.

(9) Cfr. Allegato IV, punto 4.1.1, d.lgs. n. 81/2008, così come richiamato dall'art. 63 del medesimo testo normativo. Nello stesso senso si colloca il divieto di fumo nei locali di riposo e di refezione così come nei locali chiusi previsto dall'Allegato XIII, punto 4.4, in materia di prescrizioni di sicurezza e di salute per la logistica di cantiere.

attività dove si utilizzano sostanze cancerogene (10), e, dall'altro lato, si impone, più in generale, al datore di lavoro, nell'ambito delle misure tecniche e organizzative da adottare, di «limita[re] al minimo possibile il numero dei lavoratori esposti o che possono essere esposti ad agenti cancerogeni» (11), tra i quali rientra il fumo, e di «fornire ai lavoratori, sulla base delle conoscenze disponibili, informazioni ed istruzioni, in particolare per quanto riguarda [...] gli agenti cancerogeni, mutageni o le sostanze tossiche per la riproduzione presenti nei cicli lavorativi, la loro dislocazione, i rischi per la salute connessi al loro impiego, ivi compresi i rischi supplementari dovuti al fumare» (12).

A ben vedere, anche la Corte costituzionale ha ribadito, con riferimento al previgente quadro normativo, che, anche in assenza di un generale divieto di fumo che riguardasse tutti i luoghi di lavoro e tutte le tipologie di rapporto di lavoro, essendo «la salute [...] un bene primario che assurge a diritto fondamentale della persona [...] tale da operare sia in ambito pubblicistico che nei rapporti di diritto privato» (13), la sua tutela «comprende – oltre che misure di prevenzione – anche il dovere di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui. Pertanto, ove si profili una incompatibilità tra il diritto alla tutela della salute, costituzionalmente protetto, ed i liberi comportamenti che non hanno una diretta copertura costituzionale» (tra i quali rientra il fumare), «deve ovviamente darsi prevalenza al primo» (14).

Ma vi è di più. Proprio con riferimento alla tutela della salute dal fumo passivo nei luoghi di lavoro, sempre il giudice delle leggi, pur rigettando la questione di legittimità costituzionale, chiarisce inequivocabilmente che, se è vero che non è «ravvisabile nel diritto positivo un divieto assoluto e generalizzato di fumare in ogni luogo di lavoro chiuso, è anche vero che nell'ordinamento già esistono disposizioni intese a proteggere la salute dei lavoratori da tutto ciò che è atto a danneggiarla, ivi compreso il fumo passivo. Se alcune norme prescrivono legislativamente il divieto assoluto di fumare in speciali ipotesi, ciò non esclude che da altre disposizioni discenda la legittimità di analogo divieto con riguardo a diversi luoghi e secondo particolari circostanze concrete; è inesatto ritenere, comunque, che altri rimedi voluti dal vigente sistema normativo siano inidonei alla tutela della salute dei lavoratori anche rispetto ai rischi del fumo passivo» (15).

Come anticipato, dunque, è proprio l'addentellato di norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro a fornire fondamento giuridico al più generale divieto di fumo, estendibile, così, a tutti i luoghi di lavoro al chiuso. Sul punto, sia le norme costituzionali (artt. 32 e 41) sia la disciplina di cui al d.lgs. n. 81/2008 assumono una valenza decisiva, al pari di quella attribuibile alla clausola generale di cui all'art. 2087 c.c.: «norma codicistica “cardine” del sistema prevenzionistico» (16). Tale disposizione, «come tutte le

(10) Cfr. art. 238, c. 2, d.lgs. n. 81/2008. Nello stesso senso, si vedano le previsioni, in materia di misure igieniche da adottare da parte del datore di lavoro, di cui agli artt. 252, c. 1, 257 e 273, c. 2, d.lgs. n. 81/2008.

(11) Cfr. art. 237, c. 1, lett. b, d.lgs. n. 81/2008.

(12) Cfr. art. 239, c. 1, lett. a, d.lgs. n. 81/2008.

(13) C. cost. n. 399/1996, punto 2, del *Considerato in diritto*, al quale si rinvia anche per i precedenti ivi richiamati.

(14) *Ivi*.

(15) *Ivi*, punto 4 del *Considerato in diritto*.

(16) Gardi 2020, 33.

clausole generali – riprendendo le efficaci parole della Corte costituzionale nella sentenza *supra* richiamata laddove mutua le parole della Cassazione (17) – ha una funzione di adeguamento permanente dell’ordinamento alla sottostante realtà socio-economica e pertanto vale a supplire alle lacune di una normativa che non può prevedere ogni fattore di rischio, ed ha una funzione sussidiaria rispetto a quest’ultima di adeguamento di essa al caso concreto» (18).

Del resto, come è stato osservato, «anche la giurisprudenza [...], oltre che il ministero della Salute (circolare n. 4/2001 e circolare 17.12.2004), conformemente alle indicazioni dell’Agenzia internazionale per la ricerca sul cancro (Iarc) facente capo all’Organizzazione mondiale della sanità, hanno riconosciuto che l’esposizione al fumo passivo costituisce uno specifico rischio professionale, e determina di conseguenza l’obbligo, per il datore di lavoro, di individuare idonee misure di prevenzione e di protezione, con particolare riguardo a quelle inerenti alla salubrità degli ambienti di lavoro» (19).

Accanto alle fonti di matrice legale rivestono una rilevanza cruciale anche le previsioni della contrattazione collettiva che, proprio con riferimento al divieto di fumo, sanciscono precisi obblighi per i lavoratori, la cui violazione – come avvenuto nella vicenda che si commenta – integrerebbe una condotta rilevante sul piano disciplinare. Non solo. Riferimenti al divieto di fumo, altrettanto vincolanti per i lavoratori, possono, altresì, essere rintracciati nei regolamenti aziendali, nei codici etici e nei regolamenti interni della società datrici.

Se, infatti, si analizza la vicenda sottoposta al vaglio della Cassazione, il quadro regolativo risulta piuttosto articolato: il divieto di fumo in tutti i locali e gli spazi aziendali era, infatti, prescritto contestualmente dal regolamento della società datrice, dal Codice etico, dal Regolamento di scalo e da alcune previsioni del contratto collettivo applicato. In quest’ultime – che si ritiene utile qui richiamare per alcune riflessioni che si condurranno nella parte finale di questo commento –, fra i doveri del dipendente è espressamente previsto che «il lavoratore, fermo restando il rispetto dei Regolamenti/normative adottati o applicati nella propria Azienda [...] non deve assolutamente fumare nei luoghi ove esiste tale divieto» (20). A riguardo, il codice disciplinare prevede che in caso di violazione del «divieto di fumare o di accendere fuochi nelle sedi di lavoro ove ciò sia espressamente vietato mediante apposito avviso o possa provocare pregiudizio all’incolumità delle persone o alla sicurezza degli impianti» (21) sia applicata la sanzione del licenziamento con preavviso.

2.1. — Segue: ... *e attività ermeneutica della giurisprudenza* — Su tale quadro regolativo si è inserita, nel tempo, l’attività ermeneutica della giurisprudenza, che ha fornito un prezioso contributo alla definizione del raggio di incidenza – e, dunque, dell’incisività – del divieto

(17) Cass. n. 5048/1988, reperibile in *DeJure*.

(18) *Ivi*.

(19) Così Soprani (2022, 1), al quale si rinvia per la giurisprudenza di merito ivi richiamata. Per una lettura delle più recenti pronunce della giurisprudenza in materia, si veda la ricostruzione effettuata in Gardi 2020, 35 ss. Con specifico riferimento, invece, ai profili di responsabilità del datore di lavoro, si veda, tra i tanti, Consoli 2007.

(20) Corsivo dell’Autore. Cfr. art. H 35, del Ccnl trasporto aereo, sezione *handlers*, applicato al rapporto di lavoro.

(21) Corsivo dell’Autore. Cfr. art. H 36, punto 7, del Ccnl trasporto aereo, sezione *handlers*.

di fumo nei luoghi di lavoro, con particolare riferimento alla individuazione degli effetti che derivano dalla sua violazione. La giurisprudenza, più nello specifico, ogniqualevolta è stata chiamata a valutare la legittimità della sanzione disciplinare irrogata al lavoratore, si è preoccupata di verificare in concreto se la condotta posta in essere dallo stesso avesse realmente messo in pericolo il bene giuridico protetto dal divieto (22).

Lo stretto legame intercorrente tra graduazione dell'apparato sanzionatorio all'interno dei codici disciplinari e pluralità di funzioni che persegue il divieto di fumo impone una inevitabile verifica delle modalità attraverso le quali è avvenuta la violazione, anche al fine di effettuare la valutazione di proporzionalità che, come noto, permea l'esercizio del potere disciplinare. Difatti, la giurisprudenza ha in più occasioni affermato che, in ogni caso, nella individuazione della sanzione da irrogare, la valutazione della gravità dell'infrazione non può prescindere, per l'appunto, dall'analisi delle «concrete modalità e [del] contesto in cui è stata posta in essere» la violazione, e se, dunque, essa ha, di fatto, creato la «paventata esposizione al pericolo» (23) che il divieto avrebbe evitato se non fosse stato disatteso.

Non è un caso che molte previsioni collettive, al pari di quanto previsto dal Ccnl applicato alla vicenda in commento, prevedano la irrogazione della sanzione espulsiva solo in caso di concreta esposizione a pericolo di persone e cose o se il divieto è espressamente vietato mediante avviso, mentre facciano venire in rilievo sanzioni di tipo conservativo negli altri casi.

Guardando, senza alcuna pretesa di esaustività, alle pronunce più recenti della Cassazione, si segnala una sentenza, di poco successiva all'ordinanza in commento, con la quale la Corte ha dichiarato la illegittimità del licenziamento irrogato a una lavoratrice sorpresa a fumare in un bagno interno all'azienda. La contestazione disciplinare e la lettera di licenziamento facevano riferimento all'art. 54, c. 2, lett. c, del Ccnl gomma e plastica, che prevede il licenziamento per la violazione del divieto di fumo qualora tale infrazione sia suscettibile di provocare incidenti alle persone, agli impianti, ai materiali. Sul punto, dunque, un'attenta valutazione delle modalità attraverso le quali si è manifestata la violazione è divenuta imprescindibile, tanto è vero che nei precedenti gradi di giudizio i giudici hanno fatto ricorso alla Ctu al fine di far valutare la sussistenza o la insussistenza in concreto del pericolo. Difatti, proprio alla luce della valutazione tecnica fornita dal consulente, che, nel caso di specie, ha escluso la pericolosità della condotta della lavoratrice (comunque in violazione del divieto), la Corte territoriale – mutuando le parole della Cassazione – ha «correttamente impostato» la valutazione del caso, preoccupandosi «di verificare se la condotta addebitata in fatto alla lavoratrice, in sé incontestata, fosse tale da indurre pericolo in concreto, cioè “suscettibile di provocare incidenti alle persone, agli impianti, ai materiali”» (24). Richiamando un orientamento ormai consolidato sul punto, la Suprema Corte ha ribadito che «la giurisprudenza [di questa Corte], anche risalente, quando ha affrontato casi nei quali venivano in considerazione norme collettive che in vario modo sanzionavano l'inosservanza del divieto di fumare o

(22) Su questi profili si segnala il contributo di Poso (2022), che, nel commentare tre pronunce di merito, si sofferma proprio sulla tecnica argomentativa attraverso la quale i giudici valutano la legittimità della sanzione irrogata per la violazione del divieto di fumo.

(23) Cass. 16.4.2004, n. 7291, reperibile in *DeJure*.

(24) Cass. 14.4.2025, n. 9743, punto 10, in *DeJure*.

comunque precipui divieti a riguardo, ha sempre sottolineato la necessità che il giudice di merito (in particolare per valutare la sussistenza della giusta causa di licenziamento quale nozione legale) valuti le circostanze concrete che hanno caratterizzato il comportamento del lavoratore incolpato, o che vi sia rischio di incendio; oppure l'esposizione a pericolo di persone e cose» (25).

Il momento valutativo della condotta posta in essere dal lavoratore in violazione del divieto è stato enfatizzato anche in un'altra occasione, assai simile a quella appena riportata, nella quale la Cassazione ha escluso «la ricorrenza dei requisiti costitutivi della fattispecie contrattuale punita con sanzione espulsiva, in particolare rilevando che – alla luce delle circostanze concrete che caratterizzavano la condotta del lavoratore – non poteva ritenersi integrato un pericolo alla salute derivante dalla mera combustione di una sigaretta» (26), chiarendo che «spetta al giudice di merito valutare la congruità della sanzione espulsiva, non sulla base di una valutazione astratta dell'addebito, ma tenendo conto di ogni aspetto concreto del fatto, alla luce di un apprezzamento unitario e sistematico della sua gravità» (27).

Lo stesso approccio ha condotto la Corte, *a contrario*, a dichiarare la legittimità del licenziamento irrogato al lavoratore che, in un caso, «era stato sorpreso a fumare nell'ambiente di lavoro, procurando (indipendentemente dalla verifica di un danno, non avvenuta), per i materiali infiammabili presenti, quali legno e solventi, una situazione di pericolo che il divieto violato mirava a prevenire» (28) e, in un altro caso, aveva posto in essere una condotta di cui i «dati risultanti dalla Ctu esperita in primo grado ha[nno] evidenziato l'alta potenzialità di rischio di incendio nell'ambiente di lavoro e quindi la necessità di un incondizionato e assoluto rispetto del divieto di fumo [...] potenzialmente idoneo ad innescare un incendio» (29).

Tuttavia, di tale approccio ermeneutico non v'è traccia né nella ordinanza in commento, né nelle pronunce dei precedenti gradi di giudizio, poiché, come anticipato, è, invece, divenuta centrale, al punto tale da assorbire tutte le altre, la questione relativa alla tolleranza del datore di lavoro rispetto alle (continue) violazioni del divieto e, più in particolare, alla valenza giuridica da attribuire alla stessa.

3. — *Sulla «tolleranza» nel diritto del lavoro e sulla sua rilevanza giuridica nell'esercizio del potere disciplinare* — Nel rapporto di lavoro è facile riscontrare il verificarsi di ipotesi di tolleranza, cioè di «situazioni caratterizzate dalla mancata reazione di un soggetto di fronte alla violazione di un proprio diritto» (30); situazioni «in cui non entra in considerazione la volontà negoziale del soggetto ma soltanto un suo atteggiamento» (31). Tale atteggiamento può riguardare, a ben vedere, sia il prestatore di lavoro, sia il datore di

(25) Cass. 14.4.2025, n. 9743, punto 9, la quale richiama alcuni suoi precedenti: Cass. n. 12841/2020; Cass. n. 14481/2015; Cass. n. 7291/2004; Cass. n. 2465/1989; Cass. n. 6325/1979, tutte in *DeJure*.

(26) Cass. 26.6.2020, n. 12841, punto 4 della parte *In diritto*, in *DeJure*.

(27) *Ivi*, punto 4.1.

(28) Cass. 23.11.2016, n. 23862, in *DeJure*.

(29) Cass. 10.7.2015, n. 14481, punto 4.4, della parte *In diritto*, in *DeJure*.

(30) Così Patti 1978, 173.

(31) *Ivi*, 176.

lavoro rispetto a violazioni e/o lesioni di propri diritti. Quel che rende molto delicata la questione è, invero, la scelta della valenza giuridica da attribuire al comportamento tollerante, che può ingenerare un affidamento, la cui meritevolezza di tutela va indagata per valutare se possa (l'affidamento) arrivare a limitare l'esercizio di un diritto (32).

In linea generale, le fattispecie di tolleranza datoriale, tra le quali rientra quella sottoposta al vaglio della pronuncia in commento, sono tutte inquadrabili nell'ipotesi di «tolleranza del creditore rispetto ad un inadempimento o ad un adempimento inesatto» (33), e, fra queste, un rilievo particolare può determinarsi proprio in relazione all'esercizio del potere disciplinare. A titolo meramente esemplificativo, si pensi all'ipotesi del datore che decida di punire un comportamento che precedentemente aveva più volte tollerato o al datore che decida, con intento persecutorio e discriminatorio, di interrompere nei confronti di un singolo lavoratore la prassi di tolleranza di una determinata infrazione disciplinare.

Nella maggior parte delle predette ipotesi è ravvisabile il ripetersi di una serie di mancanze del lavoratore non seguite da sanzione, a riprova dell'atteggiamento tollerante del datore di lavoro, e un'ultima mancanza a cui segue, invece, una reazione, che, nei casi più estremi, può culminare con l'irrogazione della sanzione espulsiva.

A ben vedere, si pongono una serie di questioni giuridiche, di non poco conto, legate sia all'affidamento del prestatore di lavoro a che l'attività lavorativa prosegua negli stessi termini in cui è stata precedentemente prestata e, per l'appunto, tollerata, sia a profili di tempestività e immediatezza dell'esercizio del potere disciplinare.

Quanto alla prima questione, occorrerà, dunque, stabilire quali siano le condizioni che consentano di attribuire alla tolleranza una valenza giuridica tale da far venir meno l'anti-giuridicità della violazione posta in essere dal lavoratore al punto da non poter essere, quest'ultimo, sanzionato (nonostante l'inadempimento). Sul punto, c'è chi ha condivisibilmente ritenuto che l'affidamento del prestatore di lavoro «può legittimamente determinarsi soltanto quando l'atteggiamento del datore di lavoro lascia prevedere che la tolleranza riguarderà anche le prestazioni successive; cioè che in definitiva il comportamento del lavoratore, pur essendo inesatto, realizza sostanzialmente il suo interesse» (34).

Non può non evidenziarsi, infatti, che la precedente tolleranza datoriale della condotta realizzata dal dipendente «potrebbe incidere sulla portata soggettiva dell'inadempimento in quanto si potrebbe ritenere che l'inerzia del datore di lavoro nel punire l'illecito e, quindi, la sua tolleranza possano determinare il legittimo affidamento del lavoratore sulla mancanza di connotazione disciplinare dell'illecito» (35). Tuttavia, la tolleranza non può, di per sé, escludere la lesione del vincolo fiduciario e la sussistenza della rilevanza disciplinare del comportamento. In tal senso, si richiama un approdo della Cassazione, la quale, al pari di quanto sostenuto nella ordinanza in commento, aveva cassato una sentenza d'appello proprio perché la Corte distrettuale «non ha valutato

(32) Per una più completa disamina della tolleranza nel diritto privato e per la individuazione della qualificazione giuridica da attribuire alla stessa, si rinvia al lavoro monografico di Patti (1978, spec. cap. III). Con specifico riferimento, invece, alla tolleranza nel rapporto di lavoro, cfr. *ivi*, cap. V.

(33) Patti 1978, 199 ss.

(34) *Ivi*, 201.

(35) Maraga 2022, 1.

[...] che l'esistenza di una prassi tollerata, sulla inosservanza della procedura aziendale [...] andasse comunque indagata con la peculiare esistenza dei fatti storici del caso in concreto» (36); in altre parole perché non ha individuato qualche ulteriore elemento che lasciasse prevedere che analoga tolleranza sarebbe stata assicurata anche alle prestazioni (in violazione di divieti e/o regole) future, al punto da potersi ritenere formata una vera e propria prassi aziendale di tolleranza rispetto a determinati comportamenti che, solo così, perderebbero il carattere della antigiuridicità.

Con riferimento, invece, alla seconda questione, l'atteggiamento tollerante del datore rispetto a una condotta in violazione di un precetto che si ripete nel tempo (come, nel caso di specie, fumare quotidianamente in luoghi dove è vietato farlo) rischia, altresì, di sollevare problemi legati al rispetto del principio di immediatezza della contestazione disciplinare (37). Difatti, proprio la mancata attivazione del procedimento disciplinare, con la (in)tempestiva contestazione dell'addebito a seguito di ciascuna condotta, potrebbe indurre nel lavoratore la convinzione che la parte datoriale abbia tacitamente deciso di rinunciare all'esercizio del potere disciplinare. Profili, questi, che dischiudono «prospettive teoriche più ampie» – e non è questa la sede per indagarle compiutamente – «circa la possibile applicabilità del principio della *verwirkung* nel nostro sistema e, in particolare, nel diritto del lavoro» (38), cioè, della rinuncia tacita all'azione: istituto giuridico caratteristico dell'ordinamento tedesco (39). Quel che è certo è che il prolungato atteggiamento tollerante del datore di lavoro può ingenerare nel lavoratore la convinzione che la condotta vietata non sia più ritenuta tale dal titolare dell'esercizio del potere disciplinare.

Va detto, però, che nel caso del divieto di fumo – per provare a calare queste brevi riflessioni teoriche nella vicenda in commento e arricchirle del contributo fornito dalla Cassazione – la questione risulta essere più complessa, dal momento che il divieto in questione risponde, come visto nella ricostruzione del quadro normativo, a finalità (tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori e degli impianti) che non sono nella disponibilità del datore di lavoro, nella misura in cui egli non può arbitrariamente decidere di non assicurarle anche nella sua azienda. Ciò che, invece, si può valutare è se l'atteggiamento tollerante del datore abbia riguardato condotte che siano sì in violazione del divieto, ma che non ne mortifichino integralmente la funzione: che, cioè, in concreto non vadano a ledere il bene giuridico protetto dalla norma.

Ecco perché diviene ancora più cruciale la verifica in concreto della condotta del lavoratore per stabilire, in linea con l'orientamento consolidato della Cassazione cui si è fatto cenno *supra*, se sia sanzionabile con una sanzione conservativa in luogo di quella espulsiva o se, addirittura, si possa sostenere l'insussistenza del fatto (giuridico) contestato al lavoratore (40). La tolleranza, dunque, anche quando non consente di escludere

(36) Cass. 8.6.2017, n. 14319, punto 12 della parte *In diritto*, in *DeJure*.

(37) Sul principio di immediatezza, con specifico riferimento al legittimo affidamento che l'atteggiamento tollerante del datore fa sorgere in capo al prestatore circa la non illiceità della condotta, si rinvia, tra i tanti, a: De Mozzi 2017, a cui si rinvia anche per i numerosi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali ivi contenuti; Bresciani 2022; Ripepi 2024.

(38) Così Ripepi 2024, 3. Sulla *verwirkung*, nel diritto del lavoro, cfr. Ratti 2010.

(39) Sulla *verwirkung*, in generale, cfr.: Patti 1978, 101 ss.; Patti 1999; Rinaldi 2005; Astone 2005.

(40) Cfr., tra i tanti, Maresca 2019.

l'antigiuridicità della condotta, può, però, incidere sulla valutazione della proporzionalità della sanzione, rendendo eccessivo un provvedimento particolarmente severo per un comportamento a lungo tollerato.

Ma veniamo al caso che ci riguarda.

Sia in primo grado, sia in secondo grado i giudici hanno dichiarato la illegittimità del licenziamento disciplinare per insussistenza del fatto proprio perché il lavoratore «ha provato la tolleranza dell'azienda al comportamento dei lavoratori e dei loro superiori *team leaders* e agenti rampa che quotidianamente fumavano una sigaretta, durante una pausa di lavoro, o prima dell'inizio del turno lavorativo, in attesa delle direttive lavorative giornaliere» (41). Non solo. La presenza quotidiana a terra di mozziconi di sigaretta, da tutti visibili, al pari della presenza di contenitori pieni di mozziconi di sigaretta e, finanche, di sedie per il riposo dei fumatori stessi durante la pausa, ha fatto emergere «la tolleranza aziendale di tale comportamento» (42), confermata anche nelle deposizioni testimoniali, persino di qualche teste indicato dalla società datrice. A ciò si aggiunga che non è mai stata svolta alcuna attività di vigilanza da parte dei preposti, né alcuna comunicazione è stata mai inviata ai lavoratori per invitarli a cessare tale comportamento vietato.

In altre parole, riprendendo il *decisum* del giudice di prime cure, la dimostrata consapevolezza, da parte del datore di lavoro, dell'esistenza di una pratica come quella contestata, e, quindi, «l'aver consentito, nel tempo, ai lavoratori di fumare una sigaretta nell'area posta dietro agli uffici rampa, non può, pertanto, costituire causa di licenziamento», al punto tale da ritenersi essere dinanzi a una ipotesi di «insussistenza del fatto materiale contestato, non avente rilievo disciplinare» (43), che ha consentito al lavoratore di essere reintegrato nel luogo di lavoro.

Nei primi due gradi di giudizio, dunque, gli organi giudicanti hanno, di fatto, attribuito alla tolleranza datoriale l'efficacia «neutralizzante» l'antigiuridicità della condotta, non suscettibile, così, di essere sanzionata, neppure con una sanzione di tipo conservativo.

In sede di ricorso in Cassazione, invece, i giudici hanno operato una diversa valutazione della vicenda e, più in particolare, della tolleranza, fornendo importanti criteri ermeneutici che arricchiscono, come detto, gli orientamenti sul tema.

La Suprema Corte, in linea con suoi precedenti *supra* citati, ha ribadito, preliminarmente, che «la tolleranza della datrice di lavoro rispetto all'inadempimento degli obblighi gravanti sui dipendenti e certamente afferenti al rapporto di lavoro (violazione del divieto di fumare in una determinata zona) non è di per sé idonea a far venire meno l'antigiuridicità della condotta, né dal punto di vista oggettivo né dal punto di vista soggettivo» (44). In ipotesi di tolleranza di condotte illegittime – ha precisato la Corte –, «non bast[a] la mancata reazione del soggetto deputato al controllo a far venire meno l'illiceità della condotta», ma è necessario che ci siano «elementi ulteriori, capaci di ingenerare nel trasgressore la incolpevole convinzione della liceità della condotta, sì che non possa essergli mosso neppure un addebito di negligenza» (45).

(41) T. Busto Arsizio 3.8.2022, n. 268, cit., 6.

(42) *Ivi*, 7.

(43) *Ivi*, 9-10.

(44) Cass. 24.3.2025, n. 7826, punto 15.

(45) *Ivi*, punto 16.

Ad avviso dei giudici della Cassazione, l'errore principale della Corte di merito è stato l'attribuire alla tolleranza l'effetto di escludere l'antigiuridicità della condotta «senza indagare su presenza di elementi ulteriori [...] e senza verificare se il dipendente avesse, in buona fede, fatto il possibile per rispettare il divieto di fumo sì che nessun rimprovero poteva essergli mosso oppure avesse unicamente profittato della mancata reazione di parte datoriale fino a quel momento» (46).

In definitiva, la Suprema Corte fornisce alcuni criteri che possono guidare l'interprete nella valutazione del legittimo affidamento del lavoratore sulla liceità di una condotta generalmente tollerata (47): è necessario che l'errore del lavoratore sulla liceità della condotta risulti incolpevole, cioè non suscettibile di essere impedito dall'interessato con l'ordinaria diligenza; è necessario vi sia un elemento positivo, estraneo all'autore dell'infrazione, idoneo a generare nello stesso la convinzione della liceità della condotta, non essendo sufficiente la semplice inerzia o mancata reazione del datore; occorre ponderare la presenza dell'elemento della consapevolezza dell'esistenza del divieto da parte del lavoratore, che diviene decisiva per sostenere un affidamento (il)legittimo basato sulla sola tolleranza.

Alla luce di siffatta ricostruzione e considerata la «nuova» delimitazione dell'operatività della tolleranza nei rapporti di lavoro, la Cassazione ha accolto il ricorso della società datrice e ha rinviato gli atti alla Corte d'Appello affinché, in diversa composizione, riformuli la sentenza impugnata.

4. — *Considerazioni conclusive* — In sede di rinvio, dunque, i giudici sono chiamati, di fatto, a valutare, dapprima, se siano rintracciabili nella vicenda *de qua* tutti gli elementi ulteriori che – sulla base delle indicazioni dell'ordinanza – andavano verificati in concreto e provati. Tale strada, tuttavia, alla luce delle risultanze istruttorie così come riportate nelle pronunce dei primi due gradi di giudizio, appare poco percorribile.

Però, qualora non si riesca ad attribuire alla tolleranza datoriale la forza di assurgere a scriminante per il lavoratore inadempiente, indubbiamente «tornano in campo» tutte le altre questioni – che qui si riprenderanno – sollevate dal lavoratore ricorrente e che, per le ragioni già dette, non sono state neppure indagate dagli organi giudicanti.

In primo luogo, un'attenta analisi delle previsioni del codice disciplinare potrebbe indurre a escludere l'applicabilità della sanzione del licenziamento ove si consideri che essa è espressamente prevista per le sole ipotesi di trasgressione del divieto di fumo avvenuta in luoghi «ove esiste il divieto» ed esso sia espressamente indicato mediante apposito avviso. Dalle risultanze testimoniali riportate in sentenza non sembra la violazione sia avvenuta in un'area nella quale fosse posizionata cartellonistica riportante espressamente il predetto divieto.

In secondo luogo, le stesse previsioni collettive prevedono il licenziamento per i casi in cui la violazione rischia concretamente di provocare pregiudizio all'incolumità delle persone o alla sicurezza degli impianti. Anche rispetto a questo profilo è stato rilevato che «non risulti con certezza che la zona fosse un'area *air-side*», né la società «ha allegato alcuna documentazione dalla quale evincere la natura di area *air-side* della zona in

(46) *Ivi*, punto 18.

(47) Cfr., sul punto, Cass. 24.3.2025, n. 7826, punti 15-18.

questione» (48). In altre parole, non sembra affatto provato che la violazione sia avvenuta in un'area pericolosa in quanto adibita al passaggio degli aeromobili e, dunque, di carburante e altre sostanze infiammabili incompatibili con il fumare, né è stata commissionata tale valutazione a un consulente tecnico nominato dal Tribunale, come avvenuto in altre occasioni. Non risulterebbe, dunque, provata in concreto – in linea con il consolidato orientamento giurisprudenziale – la effettiva pericolosità della condotta.

In terzo luogo, non appare sia stata sufficientemente affrontata la questione relativa al carattere discriminatorio e ritorsivo della sanzione disciplinare, se è vero, come riportato nella sentenza di primo grado, che solo nei confronti di alcuni lavoratori (tre) è stato avviato il procedimento disciplinare e non anche nei confronti degli altri colti anch'essi in flagranza. Se a questi elementi si aggiunge che due, dei tre lavoratori sanzionati (gli unici, peraltro, a essere stati licenziati), erano entrambi iscritti al medesimo sindacato e che proprio quel sindacato ha assistito il ricorrente in una precedente vertenza poi sfociata in una controversia giudiziale, la sussistenza dell'eventuale carattere discriminatorio del licenziamento merita di essere approfondita (49).

Tutte queste osservazioni inducono a ritenere la sanzione espulsiva comunque sproporzionata rispetto alle modalità concrete con le quali è stata commessa l'infrazione. E se si tiene conto anche del comportamento tollerante del datore, ancorché non idoneo a eliminare l'antigiuridicità della condotta, ma utile a graduare la gravità della stessa, certamente la vicenda potrebbe risolversi con l'irrogazione di una sanzione di tipo conservativo.

In ogni caso, è indubbio che la Suprema Corte abbia fornito importanti chiarimenti sul valore giuridico della tolleranza datoriale, le cui implicazioni, invero, non si riverberano esclusivamente nei confronti degli organi giudicanti che saranno chiamati a valutare casi simili, ma involgono, più in generale, anche i datori di lavoro e i dipendenti rispetto a vicende che quotidianamente vivono nei luoghi di lavoro.

A ben vedere, la pronuncia fornisce, «tra le righe», precise e puntuali indicazioni per i datori di lavoro, il cui atteggiamento tollerante, se prolungato nel tempo, pur non rendendo automaticamente leciti i comportamenti del dipendente a lungo tollerati, può, ad esempio, rendere più difficile l'esercizio del potere disciplinare e la irrogazione delle sanzioni. Non solo. Essi sono, inoltre, sollecitati a comunicare regole e divieti in modo chiaro e inequivocabile (anche con l'ausilio di apposita cartellonistica). O, ancora, qualora si voglia interrompere una prassi tollerata, sarebbe più opportuno procedere con gradualità nella irrogazione delle sanzioni, iniziando con richiami verbali e sanzioni conservative di lieve entità prima di giungere a irrogare provvedimenti più gravi. Parimenti il prestatore di lavoro non potrà limitarsi a invocare il comportamento tollerante quale scriminante della sua condotta illecita, ma per poter invocare un legittimo affidamento dovrà dimostrare di aver agito con la massima diligenza e che il suo errore sulla liceità della condotta era effettivamente inevitabile.

Insomma, l'ordinanza offre un importante contributo alla chiarificazione del rapporto tra tolleranza datoriale e responsabilità disciplinare del lavoratore. L'indicazione di rigorosi

(48) C. App. Milano 17.3.2023, n. 1168, cit., 5.

(49) Sul carattere discriminatorio del licenziamento, con particolare riferimento alla rilevanza della prova statistica nel giudizio antidiscriminatorio, cfr., tra i tanti: Bonardi, Meraviglia 2017; Barbera, Prototapa 2014.

e ben definiti criteri ermeneutici assume, peraltro, una rilevanza non secondaria specie nei casi in cui si tratta di violazioni – riprendendo le parole della Corte costituzionale *supra* citata – di norme poste a tutela di interessi primari. La maggiore consapevolezza delle rispettive responsabilità che la pronuncia implicitamente impone abbiano datori di lavoro e lavoratori su questi temi è, in questi termini, anche un prezioso contributo all'effettività della tutela in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

Riferimenti bibliografici

- Astone F. (2005), *Ritardo nell'esercizio del credito, verwirkung e buona fede*, in RDC, n. 2, 603 ss.
- Barbera M., Protopapa V. (2014), *Il caso Fiat: come la tutela antidiscriminatoria riformula il conflitto sindacale*, in RGL, n. 2, I, 163 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.
- Bresciani I. (2022), *Le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla violazione della regola di immediatezza della contestazione d'addebito*, in Labor, n. 5, 605 ss.
- Consoli I. (2007), *Il fumo passivo nei luoghi di lavoro e la responsabilità del datore di lavoro*, in LG, n. 6, 585 ss.
- De Mozzi B. (2017), *Le conseguenze sanzionatorie della violazione del principio di immediatezza nel licenziamento disciplinare*, in DRI, n. 4, 1108 ss.
- Gardi V. (2020), *La tutela dei lavoratori dall'esposizione a fumo passivo nei luoghi di lavoro*, in DSL, n. 2, 26 ss.
- Gragnoli E. (2025), *Il licenziamento e la tolleranza del datore di lavoro*, in GI, n. 7, 1596 ss.
- Maraga R. (2022), *Tolleranza della condotta contestata al lavoratore e giusta causa di licenziamento*, in *IusLabor*, 9 settembre.
- Maresca A. (2019), *Licenziamento disciplinare e sussistenza del fatto contestato nella giurisprudenza della Cassazione*, in LDE, n. 2, 1 ss.
- Patti S. (1978), *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Jovene, Napoli.
- Patti S. (1999), voce *Verwirkung*, in DDPciv., vol. XIX, 722 ss.
- Poso V.A. (2022), *«Vietato fumare» nei locali aziendali, ma per licenziare non basta il cartello. Le conseguenze sul rapporto di lavoro della violazione del divieto di fumare dipendono (anche) dalle previsioni del contratto collettivo e dalla prova del pericolo di incendio e di danno, anche solo potenziale*, in *Rivitalabor.it*, 22 maggio.
- Ratti L. (2010), *Profili di rilevanza della verwirkung nel rapporto di lavoro: l'inerzia del lavoratore alla luce dei principi di correttezza e buona fede*, in RIDL, n. 3, II, 595 ss.
- Rinaldi F. (2005), *Verwirkung, ritardato esercizio del diritto e giudizio di buona fede*, in NGCC, n. 1, 448 ss.
- Ripepi A. (2024), *L'immediatezza della contestazione disciplinare: una lettura di sistema*, in *Rivitalabor.it*, 30 novembre.
- Soprani P. (2022), *Divieto di fumo nei luoghi di lavoro. Il punto del giurista fra normativa e giurisprudenza*, in *Ambientesicurezzaweb.it*, 13 luglio.

Donato Marino

*Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Bari «Aldo Moro»*

CASSAZIONE, 9.3.2025, n. 6221, ord.

Licenziamento individuale – Contratto a tutele crescenti – Licenziamento per giustificato motivo oggettivo – Motivo illecito – Onere della prova – Insussistenza del fatto posto a base del licenziamento – Conseguenze sanzionatorie – Reintegrazione attenuata.

In tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato ai sensi del d.lgs. n. 23 del 2015, ove risulti giudizialmente accertata l'insussistenza del fatto materiale posto a base del recesso, deve applicarsi la tutela reintegratoria attenuata di cui all'art. 3, c. 2, del medesimo decreto, come risultante a seguito della pronuncia di incostituzionalità n. 128 del 2024. (1)

(1) QUANDO IL FATTO ORGANIZZATIVO NON SUSSISTE: LA REINTEGRAZIONE COME RIMEDIO NECESSARIO DOPO C. COST. N. 128/2024

SOMMARIO: 1. Le prime risposte della Cassazione all'indomani di C. cost. n. 128/2024. — 2. L'incostituzionalità sopravvenuta dell'art. 3, c. 2, d.lgs. n. 23/2015, e l'impatto sui giudizi pendenti. — 3. Insussistenza del fatto materiale, pretestuosità del licenziamento e motivo illecito. — 4. La pretestuosità del licenziamento come elemento accidentale dell'insussistenza del fatto. — 5. Insussistenza del fatto e «diretta dimostrazione in giudizio». — 6. L'esclusione del *repêchage* e il possibile impatto sull'interpretazione dell'art. 18, c. 7, St. lav. — 7. Una chiosa finale a proposito del *referendum sul Jobs Act*.

1. — *Le prime risposte della Cassazione all'indomani di C. cost. n. 128/2024* — Con l'ordinanza in epigrafe, la Corte di Cassazione si è uniformata alla sentenza n. 128/2024 della Corte costituzionale, confermando che i lavoratori assoggettati alla disciplina del *Jobs Act* hanno diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro qualora la ragione organizzativa posta a base di un licenziamento per g.m.o. risulti insussistente (1).

Si tratta di una delle prime applicazioni del «nuovo» art. 3, c. 2, d.lgs. n. 23/2015, che adesso consente l'accesso alla tutela reale attenuata anche nell'ambito dei licenziamenti economici «di cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale allegato dal datore di lavoro», in simmetria con quanto avviene nel caso dei licenziamenti disciplinari affetti dal medesimo vizio, ma con la significativa esclusione del *repêchage*, che fa il paio con l'inapplicabilità della reintegra nell'ipotesi di difetto di proporzionalità del recesso per colpa del lavoratore (2).

(1) Sulla sentenza n. 128/2024, *ex multis*: Giubboni 2024, 1314 ss.; Speciale 2024, 657 ss.; Mazzotta 2024, 631 ss.; Cester 2024, 475 ss.; Ferraresi 2024, 624 ss.; Caruso B., Caruso C. 2024, 323 ss. e 532 ss.; Pisani 2024, 761 ss.; Luciani 2025, 37 ss.

(2) La prima pronuncia della S.C. che ha dato applicazione al *dictum* della Consulta è Cass. 8.12.2024, n. 31505, su cui Tomiola 2025, 1 ss.

Nel caso di specie, un'impiegata assunta con contratto a tutele crescenti presso una struttura alberghiera veniva licenziata per effetto di una «riorganizzazione aziendale finalizzata a ottenere una maggiore efficienza ed economicità di gestione», che aveva condotto alla formale soppressione del suo posto di lavoro.

L'allontanamento della ricorrente si inseriva nel quadro di una pluralità di licenziamenti individuali che avevano interessato tutto lo *staff* selezionato da un dirigente entrato in contrasto con la società in ordine alle modalità di gestione della struttura, il quale era stato parimenti estromesso dall'azienda per il mancato raggiungimento degli obiettivi assegnati.

La lavoratrice impugnava il recesso allegandone il carattere ritorsivo e deducendo che il provvedimento espulsivo sarebbe stato determinato unicamente dalla sua appartenenza al *team* del dirigente sfiduciato, così come desumibile dal licenziamento a catena di tutte le altre persone che erano state reclutate su indicazione di quest'ultimo. In subordine, contestava l'esistenza di una valida giustificazione, chiedendo l'applicazione della sanzione indennitaria *ex art. 3, c. 1, d.lgs. n. 23/2015*, quale unica forma di tutela applicabile *ratione temporis* al momento della proposizione dell'azione.

La Corte d'Appello di Roma, in parziale riforma del provvedimento del Tribunale capitolino, accoglieva le domande proposte dalla ricorrente, accertando l'illegittimità del licenziamento per assenza di giustificazione, ma escludendone la natura ritorsiva.

La lavoratrice ricorreva pertanto in Cassazione, riproponendo le doglianze in ordine al dedotto intento ritorsivo e censurando la sentenza della Corte territoriale nella parte in cui non aveva applicato la tutela reale piena *ex art. 2, d.lgs. n. 23/2015*, quale conseguenza dell'asserita nullità del recesso.

Contestualmente, impugnava la pronuncia di secondo grado per aver fornito una motivazione generica con riguardo alla quantificazione del risarcimento del danno liquidato *ex art. 3, c. 1, del medesimo decreto*, in relazione all'accertata ingiustificatezza dell'atto risolutivo.

In sede decisoria, la S.C. ha escluso che il licenziamento intimato alla lavoratrice classe una ritorsione rispetto all'esercizio di un diritto e confermato la pronuncia d'appello nella parte in cui aveva dichiarato la sua illegittimità per assenza di giustificazione.

La sentenza impugnata è stata tuttavia cassata con rinvio al giudice di merito per la rideterminazione delle conseguenze sanzionatorie connesse all'accertata insussistenza del fatto organizzativo indicato dal datore di lavoro, ormai da ricondurre all'*art. 3, c. 2, d.lgs. n. 23/2015*, nella versione resa conforme alla Carta fondamentale.

La pronuncia presenta molteplici profili di interesse, che coinvolgono sia il tema degli effetti dello *ius superveniens* sui giudizi pendenti, sia l'esatta perimetrazione del concetto di insussistenza del fatto materiale posto a base di un licenziamento per motivo oggettivo, che oggi dà accesso alla tutela ripristinatoria laddove il legislatore delegato l'aveva intenzionalmente esclusa, attenendosi al criterio direttivo di cui all'*art. 1, c. 7, lett. c, l. 10.12.2014, n. 183*.

2. — *L'incostituzionalità sopravvenuta dell'art. 3, c. 2, d.lgs. n. 23/2015, e l'impatto sui giudizi pendenti* — In ossequio al principio generale secondo cui la fondatezza dell'impugnazione deve essere valutata secondo la disciplina vigente al momento della decisione, e non a quello di proposizione del gravame, la Corte di Cassazione ha correttamente

tenuto conto dell'efficacia *ex tunc* della sentenza n. 128/2024 della Corte costituzionale, ritenendo non più applicabile la disciplina dell'art. 3, c. 1, d.lgs. n. 23/2015, che prevedeva l'applicazione della tutela meramente indennitaria a fronte di qualsiasi *vulnus* attinente al presupposto giustificativo dei licenziamenti per g.m.o.

La massima estensione della decisione di incostituzionalità, che ha ricomposto nel segno del principio di eguaglianza il regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali intimati per un fatto privo di riscontro (sia esso di natura organizzativa o disciplinare), va tuttavia garantita compatibilmente con i principi generali dell'ordinamento in materia di impugnazioni, facendo salve le situazioni giuridiche ormai intangibili o consolidate (3).

Affinché le pronunce di accoglimento della Consulta possano spiegare efficacia nei giudizi pendenti, occorre infatti che i rapporti giuridici sorti anteriormente non siano esauriti a causa degli eventi che l'ordinamento ritiene idonei a produrre un tale effetto (4): nel caso di interventi manipolativi o additivi di regole – come quello di cui si discute –, la norma emendata può fare ingresso nelle controversie *in fieri*, e in particolare nelle fasi di impugnazione, qualora non si siano verificati fatti impeditivi sul piano sostanziale o processuale, come la prescrizione, la decadenza, l'intervento di una transazione o la formazione di giudicato interno (5), dovendosi temperare l'effetto retroattivo della declaratoria di incostituzionalità con «l'esigenza di conservare situazioni che, avendo già prodotto effetti definitivi sul piano sostanziale o processuale, hanno ingenerato affidamento» (6).

Nello specifico caso in cui la pronuncia della Consulta sopravvenga nelle more del giudizio di Cassazione, peraltro, lo *ius superveniens* trova applicazione «alla condizione, necessaria, che la normativa sopraggiunta sia pertinente rispetto alle questioni agitate nel ricorso» (7).

Tale indirizzo presuppone che la parte ricorrente abbia ritualmente censurato la disciplina oggetto dell'incidente di costituzionalità, articolando un motivo di ricorso che investa, anche indirettamente, il tema sotteso alla disciplina del rapporto controverso (8).

Nel caso in commento, la lavoratrice aveva impugnato la sentenza d'appello limitatamente all'ammontare dell'indennità risarcitoria liquidata in forza dell'art. 3, c. 1, d.lgs. n. 23/2015, senza invocare l'art. 3, c. 2, in quanto inapplicabile all'epoca dei fatti.

Ciò nondimeno, la Corte di Cassazione ha ritenuto che la questione della tutela reintegratoria dovesse ritenersi ancora *sub iudice*, osservando come le doglianze della ricorrente investissero, nella sostanza, il problema della corretta individuazione del regime sanzionatorio conseguente all'accertata insussistenza della ragione organizzativa posta a base del licenziamento.

(3) Zagrebelsky, Marcenò 2018, 185 ss.

(4) Cass. 19.9.2019, n. 23335, in *DeJure*; Cass. 2.3.2022, n. 6940, in *DeJure*; Cons. Stato 28.12.2021, n. 1984, S. I, in www.giustizia-amministrativa.it.

(5) Cass. 7.7.2016, n. 13884, in *DeJure*. Vd. anche Dalfino 2019, 15 ss., cui si rinvia per l'analisi dei limiti entro cui le parti possono modulare le proprie attività difensive nei diversi gradi del processo, in seguito allo *ius superveniens*.

(6) Dalfino 2019, 27; De Angelis 2019, 657 ss.

(7) Cass. 26.7.2011, n. 16266; Cass. 1.10.2012, n. 16642; Cass. 2.7.2020, n. 13556, tutte in *DeJure*.

(8) Deve trattarsi di censure specifiche, tempestive e ammissibili; diversamente, le statuizioni in contestazione dovranno considerarsi consolidate e la disciplina sopravvenuta sarà inapplicabile. Cfr.: Cass. 26.7.2011, n. 16266; Cass. 24.6.2022, n. 20446, entrambe in *DeJure*.

Si tratta di una lettura estensiva e non meramente formalistica dei motivi di ricorso, che si rende necessaria ogni qualvolta occorra garantire «il seguito» delle sentenze additive del giudice delle leggi, le quali si caratterizzano per un alto tasso di creatività (9): diversamente, il frammento di norma introdotto *ex novo* dalla Corte costituzionale non potrebbe mai fare ingresso nei giudizi pendenti, non potendosi pretendere che la parte interessata a giovarsene formuli una specifica censura basata su una disciplina ancora ignota al momento della proposizione dell'impugnazione.

Nel futuro giudizio di riassunzione dinnanzi alla Corte territoriale, la lavoratrice potrà dunque modificare il *petitum* inizialmente delineato con il ricorso *ex art.* 414 c.p.c., rivendicando l'applicazione della tutela reale attenuata di cui all'art. 3, c. 2, d.lgs. n. 23/2015, in luogo di quella meramente compensativa di cui all'art. 3, c. 1, precedentemente riconosciuta.

3. — *Insussistenza del fatto materiale, pretestuosità del licenziamento e motivo illecito* — Sul piano dei contenuti, il caso deciso dall'ordinanza in commento si presta a essere letto come applicazione paradigmatica della nuova linea interpretativa tracciata dalla Consulta in ordine al concetto di insussistenza del fatto materiale posto a base del licenziamento per g.m.o. e delle sue modalità di accertamento in sede processuale.

In merito all'integrazione del presupposto giustificativo, la S.C. ha considerato immune da vizi il ragionamento compiuto dalla Corte territoriale, la quale aveva ritenuto, per un verso, che il datore di lavoro non aveva assolto l'onere della prova circa l'effettiva sussistenza del processo di riorganizzazione aziendale che aveva condotto alla soppressione del posto della lavoratrice e, per altro verso, che quest'ultima era stata licenziata a causa della valutazione negativa riguardante l'andamento aziendale e il piano di riaménagement che era stato affidato al dirigente e al suo *staff*.

Alla base del licenziamento si poneva dunque una ragione del tutto pretestuosa, che l'impresa aveva cercato di occultare evocando una motivazione tecnico-organizzativa rimasta indimostrata, ma non per questo capace di assurgere, di per sé sola, a motivo illecito determinante del provvedimento espulsivo.

Si tratta di uno scenario che ricalca esattamente la prospettiva ermeneutica fatta propria dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 128/2024: tra le molteplici ragioni addotte per censurare il diverso trattamento sanzionatorio riservato dal *Jobs Act* ai licenziamenti per g.m.o. e a quelli disciplinari accomunati dal medesimo vizio (l'insussistenza del fatto materiale), la Consulta ha infatti incluso anche l'esigenza di evitare che il datore di lavoro potesse addurre una motivazione artificiosa per avvantaggiarsi del più favorevole regime di tutela riservato al recesso di natura economica, eludendo in tal modo l'obbligo di reintegra.

Al riguardo, la Consulta ha affermato che, «nella misura in cui è possibile per il datore di lavoro estromettere il prestatore dal posto di lavoro allegando un fatto materiale insussistente e qualificandolo come ragione d'impresa, la tutela reintegratoria prevista nei casi più gravi di licenziamento (quello nullo, quello discriminatorio, quello disciplinare fondato su un fatto materiale insussistente) risulta fortemente indebolita, in quanto aggirabile *ad libitum* dal datore di lavoro, seppur a fronte del “costo” della compensazione indennitaria» (10).

(9) Cfr. Lamarque 2002, 225.

(10) Punto 15 della sentenza.

Per tale motivo, «il licenziamento fondato su un fatto insussistente, allegato dal datore di lavoro come ragione d'impresa, è, nella sostanza, un licenziamento pretestuoso (senza causa), che si colloca a confine con il licenziamento discriminatorio (che è viziato da un motivo, appunto, discriminatorio)» (11).

Di fatto, la vicenda scrutinata dalla Corte di Cassazione sembra riflettere l'ipotesi descritta dalla Consulta, avendo a oggetto un licenziamento mascherato dietro la parvenza di una scelta organizzativa rivelatasi inesistente e collocata al confine col motivo illecito: un recesso arbitrario, possibilmente animato da ragioni futili o «capricciose», ma non per questo esclusivamente punitive o di rappresaglia avverso la ricorrente.

Comprendere quando una motivazione economica apparente possa dirsi solo pretestuosa e quando invece assuma i tratti della vera e propria illiceità diviene dunque cruciale nelle dinamiche giudiziarie successive alla sentenza n. 128/2024, tenuto conto che alle due fattispecie invalidanti corrisponde un diverso riparto degli oneri probatori, ma soprattutto una diversa articolazione dei trattamenti sanzionatori applicabili (tutela reale attenuata *ex art.* 3, c. 2, d.lgs. n. 23/2015, nel primo caso; tutela reale piena *ex art.* 2, nel secondo) (12).

Sul punto, va osservato che il licenziamento pretestuoso è stato spesso accostato a quello illecito o discriminatorio (13), ma la sovrapposizione tra queste figure è solo eventuale e non automatica: affinché esse coincidano, è necessario che il lavoratore allegli e provi che la motivazione del provvedimento risolutivo non sia soltanto futile, ma nasconda tecnicamente una discriminazione, un motivo ritorsivo o sia comunque utilizzata per eludere una norma imperativa, mentre tale incombenza non è richiesto quando questi si limiti a dedurre la sola assenza del presupposto giustificativo del recesso, la cui dimostrazione compete al datore di lavoro *ex art.* 5, l. n. 604/1966.

Nel caso di specie, lo spartiacque tra motivo illecito e motivo apparente (dunque pretestuoso) è ben chiaro alla Corte di Cassazione, che sul punto giunge a conclusioni del tutto condivisibili.

Innanzitutto, il Supremo Collegio osserva che «l'allegazione, da parte del lavoratore, del carattere ritorsivo del licenziamento intimatogli non esonera il datore di lavoro dall'onere di provare, ai sensi dell'art. 5 della legge n. 604 del 1966, l'esistenza della giusta causa o del giustificato motivo del recesso» (14).

È questa la ragione per cui, sul versante processuale, l'accertamento riguardante l'esistenza del g.m.o. assume priorità logico-giuridica rispetto alla verifica dell'intento ritorsivo dedotto dal lavoratore (15): poiché il motivo illecito rende nullo il licenzia-

(11) *Ibidem*.

(12) Se la tutela reale attenuata è stata estesa da C. cost. n. 128/2024 ai licenziamenti per g.m.o. viziati dall'insussistenza del fatto organizzativo allegato dal datore di lavoro, l'applicabilità della tutela reale piena a quelli affetti da motivo illecito determinante è stata sancita, fugando qualsiasi dubbio, da C. cost. 22.1.2024, n. 22, che ha rimosso l'avverbio «espressamente» dai casi di nullità sanzionati con il suddetto rimedio ai sensi dell'art. 2, d.lgs. n. 23/2015. Cfr. Bavaro, D'Onghia 2024, 330 ss.

(13) Ponterio (2015, 23 ss.), che considera il licenziamento economico pretestuoso non ingiustificato, ma come affetto da nullità sulla base delle categorie civilistiche.

(14) Cass. 19.12.2023, n. 35480, in *Labor*, 8.4.2024, con nota di Aiello. Cfr., altresì, Garofalo 2020, 497 ss.

(15) Cfr. Cass. 4.4.2019, n. 9468, in *DeJure*.

mento solo se esclusivo e determinante (art. 1345 c.c.), l'esistenza della ragione economica indicata dal datore di lavoro deve essere vagliata per prima, atteso che, ove questi fornisca la prova a suo carico, il recesso sarà valido a prescindere dall'eventuale concorrenza di ulteriori finalità antiggiuridiche (16).

Per converso, laddove il datore di lavoro non riesca a offrire tale prova, il licenziamento, ancorché illegittimo, non dovrà per forza considerarsi anche illecito: al riguardo, l'ordinanza in esame precisa correttamente che l'«accertata ingiustificatezza del recesso non consente di presumere il motivo illecito, se non ricorrono ulteriori fatti, anche indizianti, diversi, che provano la ritorsione del datore di lavoro rispetto all'esercizio di un diritto del dipendente» (17).

Si tratta di indicazioni particolarmente utili, che permettono di non confondere l'illiceità col mero arbitrio, suggerendo di ascrivere il licenziamento pretestuoso al novero dei provvedimenti risolutivi di cui sia impossibile accertare la reale motivazione in sede istruttoria. Il che è quanto si verifica quando entrambe le parti del giudizio abbiano fallito l'onere della prova a loro carico: il datore di lavoro rispetto all'effettiva sussistenza del presupposto tecnico-organizzativo che determina la soppressione del posto; il lavoratore rispetto alla prospettata ricorrenza di una finalità discriminatoria o esclusivamente punitiva nei suoi confronti, di cui non sia riuscito a fornire un riscontro univoco e preciso.

4. — *La pretestuosità del licenziamento come elemento accidentale dell'insussistenza del fatto* — Acclarato che il licenziamento pretestuoso non è necessariamente illecito, occorre chiedersi, da altra e speculare angolazione, se l'insussistenza del fatto materiale debba essere sempre collegata a una motivazione economica pretestuosa, cioè costruita ad arte per liberarsi di un lavoratore sgradito.

La tesi secondo cui il licenziamento economico intimato per un fatto insussistente deve necessariamente nascondere una motivazione soggettiva è stata prospettata al fine di comprimere la *vis expansiva* della reintegrazione sprigionata dagli effetti della sentenza n. 128/2024: per salvaguardare il disegno politico sotteso alla disciplina originaria del contratto a tutela crescente (cioè quello di riservare la sanzione economica a tutti i licenziamenti dettati da ragioni oggettive rivelatesi infondate), si è sostenuto che l'operatività della tutela reale attenuata di cui al «nuovo» art. 3, c. 2, d.lgs. n. 23/2015, andrebbe circoscritta ai soli casi in cui il recesso datoriale, oltre a essere ingiustificato, risulti anche pretestuoso (18).

In questa prospettiva, il lavoratore interessato a conseguire il rimedio forte dovrebbe

(16) Cass., 3.8.2023, n. 23702, in *Labor*, 6.2.2024, con nota di Aiello. Va altresì precisato che tale modalità di scrutinio della validità del licenziamento opera solo quando sia dedotto un intento ritorsivo, e non anche per l'ipotesi del recesso dettato da ragioni discriminatorie. E infatti, il motivo illecito è connotato dalla rilevanza dell'elemento soggettivo ed è assorbito dalla eventuale compresenza di una valida giustificazione dell'atto risolutivo; la discriminazione è legata a fattori tipizzati che operano in chiave oggettiva e comparativa, determinando la nullità del recesso datoriale quand'anche eventualmente giustificabile *aliunde*. Diverso è, peraltro, anche il regime probatorio, che in tema di discriminazioni prevede specifiche agevolazioni in favore del lavoratore. Sul tema, cfr.: Lassandari 2010, 331 ss.; Santagata De Castro 2019, 1 ss. Cfr. Cass. 5.4.2016, n. 6575, S.U., in *RIDL*, 2016, n. 3, II, 714 ss., con nota di Carinci.

(17) Cass. 8.7.2024, n. 18547, in *DeJure*.

(18) B. Caruso, C. Caruso 2024, 338 ss.

allegare i fatti che disvelino l'esistenza di una ragione recondita e diversa da quella formalmente comunicata con la lettera di licenziamento, «per consentire al datore di lavoro di replicare dovutamente e adeguatamente [...] introducendo prove (negative) circa l'assoluta mancanza di ogni pretesto a copertura del fatto organizzativo»: «con la conseguenza che, se la prova della sussistenza del fatto organizzativo non fosse comunque data del tutto, ovvero risultasse insufficiente la prova del nesso di causalità, e tuttavia l'assenza di ogni pretesto soggettivo dovesse risultare dall'attività istruttoria, il rimedio non potrebbe che essere l'indennità» (19).

Una simile lettura, tuttavia, non appare condivisibile, giacché la Consulta non ha mai affermato che l'insussistenza del fatto organizzativo è tale solo se il datore di lavoro ricorra a un pretesto per dissimulare l'intento di espellere un lavoratore indesiderato.

Com'è stato efficacemente obiettato, la possibilità che il datore di lavoro «costruisca a tavolino» una motivazione artificiosa, ricorrendo a tale espediente per sfuggire al rischio della reintegra, è stata evocata dalla Corte costituzionale come «concorrente ragione» ai fini della complessiva fondatezza delle censure di legittimità costituzionale sollevate dal giudice remittente: un argomento volto a rafforzare la valutazione di complessiva incoerenza della disciplina sanzionatoria del contratto a tutele crescenti, ma non l'unico (20).

Va infatti rammentato che l'illegittimità dell'art. 3, c. 2, d.lgs. n. 23/2015, è dipesa in primo luogo dall'irrragionevolezza della scelta legislativa di differenziare le risposte sanzionatorie collegate all'integrazione di un requisito neutro e strutturalmente identico sia nell'area dei licenziamenti per colpa del lavoratore, sia in quella dei licenziamenti per g.m.o., vale a dire l'insussistenza del fatto materiale (allegato o contestato) dal datore di lavoro (21).

La pretestuosità del licenziamento può dunque emergere come connotato aggiuntivo della fattispecie, ma non rappresenta un requisito indispensabile per l'accesso alla tutela reale attenuata: per ottenere quest'ultima, è sufficiente che manchi il riscontro sull'effettività della ragione economico-organizzativa invocata dal datore di lavoro per giustificare il recesso, ovvero che sia assente il nesso causale fra quest'ultima e la posizione del lavoratore licenziato, restando esclusa la sola valutazione in ordine al *repêchage*, che la Consulta ha ritenuto estranea alla nozione di fatto materiale (cfr. par. 6).

5. — *Insussistenza del fatto e «diretta dimostrazione in giudizio»* — L'ordinanza in commento non fornisce indicazioni sulla necessità che l'insussistenza del fatto materiale sia «direttamente dimostrata in giudizio», come sancito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 128/2024, in linea con quanto prevede l'art. 3, c. 2, d.lgs. n. 23/2015, avuto riguardo ai licenziamenti disciplinari.

Sul significato da attribuire a tale requisito, la giurisprudenza pronunciata sul testo originario della citata disposizione non ha offerto risposte univoche.

Secondo alcune pronunce, l'inciso andrebbe inteso nel senso che l'onere di provare la giustificatezza del licenziamento spetterebbe al datore di lavoro, secondo la regola

(19) *Ibidem*.

(20) Cfr. Speciale 2024, 669 ss.

(21) Punto 13 della sentenza n. 128/2024.

ordinaria di cui all'art. 5, l. n. 604/1966, mentre quello di dimostrare l'insussistenza del fatto contestato ricadrebbe sul lavoratore interessato a ottenere la reintegra: mancando tale dimostrazione, il licenziamento, ancorché ingiustificato, dovrebbe essere sanzionato con la sola tutela economica (22).

Questo orientamento, che potrebbe essere riproposto *mutatis mutandis* anche nell'area dei licenziamenti per g.m.o., non è però convincente, atteso che la legge si limita a stabilire che l'insussistenza del fatto materiale deve essere «direttamente dimostrata in giudizio», ma non prescrive che tale onere competa al lavoratore. D'altronde, se è vero che il fatto materiale è una componente intrinseca del giustificato motivo oggettivo – come ribadito anche dalla Corte costituzionale –, non si vede perché la prova della sua esistenza debba ricadere su una parte diversa dal datore di lavoro, che tra l'altro è l'unico a disporre degli elementi indispensabili per paralizzare la pretesa del lavoratore, in forza del criterio della vicinanza dell'onere probatorio (23).

Pare dunque più persuasivo l'indirizzo secondo cui la disposizione in esame comporti unicamente che il giudice, valutati gli atti e i documenti di causa, possa ritenere in modo univoco che il fatto materiale sia insussistente, senza alterare le consolidate regole di riparto *ex* art. 5, l. n. 604/1966 (24).

Sulla portata della locuzione in esame, peraltro, si è tornati a discutere anche dopo la sentenza n. 128/2024 della Corte costituzionale, ancora una volta nell'intento di recuperare margini di impiego della sanzione meramente indennitaria a discapito di quella reale, nonostante la sua legittimazione anche nell'area dei licenziamenti per g.m.o.

In questa prospettiva, è stato sostenuto che la prova diretta dell'insussistenza del fatto materiale si avrebbe nelle sole ipotesi in cui il giudice maturi il pieno convincimento in ordine all'assenza del presupposto economico/organizzativo invocato per giustificare la soppressione del posto di lavoro: l'operatività del rimedio ripristinatorio andrebbe dunque circoscritta a questa specifica evenienza, mentre nei casi dubbi, cioè quelli in cui il datore di lavoro fornisca una «prova traballante» sulla motivazione comunicata al lavoratore, l'invalidità del recesso potrebbe essere solo monetizzata (25).

Il punto è che il fatto materiale posto alla base del licenziamento o c'è o non c'è, anche perché all'esito dell'attività istruttoria si forma un'unica verità processuale, la quale si considera esistente senza temperamenti (26). In altri termini, l'insussistenza del fatto è un requisito che si pone in un rapporto di logica binaria con il suo contrario, sicché, laddove il datore di lavoro fallisca l'onere della prova a suo carico, la scelta organizzativa che ha condotto al licenziamento dovrà intendersi univocamente non verificata, senza che vi sia spazio per alternative in ordine al rimedio da applicare in base alle prescrizioni della Consulta.

(22) C. App. Venezia 27.2.2024, n. 109, in *Labor*, 3 maggio, con nota di Lamari; C. App. Roma 25.9.2023, n. 3225, e T. Napoli 27.6.2017, n. 5158, in *DeJure*, ove viene chiarito che la locuzione «direttamente dimostrata in giudizio» non è sinonimo di prova diretta, giacché ciò limiterebbe il diritto di difesa di una delle parti del giudizio. Il requisito di legge può dunque essere soddisfatto anche mediante la prova indiretta, ad esempio quella presuntiva.

(23) Borghesi 2016, 1 ss.

(24) T. Milano 28.6.2017, n. 1882, in *DeJure*.

(25) Pisani 2024, 767.

(26) Calamandrei 1939, 105 ss.

6. — *L'esclusione del repêchage e il possibile impatto sull'interpretazione dell'art. 18, c. 7, St. lav.* — È estraneo al *thema decidendum* dell'ordinanza in commento il problema del *repêchage*, che, anche laddove affrontato, non avrebbe potuto essere risolto in modo diverso da quanto stabilito *ab origine* dal legislatore del *Jobs Act*. Ciò in quanto la Corte costituzionale, come già detto, ha espunto la verifica circa l'impossibilità di ricollocazione del lavoratore dal concetto di insussistenza del fatto materiale, pur mantenendola all'interno della nozione di g.m.o. Ne consegue che, quando si verifica tale violazione, non opera la tutela reale attenuata, ma rimane ferma quella indennitaria di cui all'art. 3, c. 1, d.lgs. n. 23/2015.

La scelta di non mettere in discussione il rimedio economico in caso di violazione del *repêchage* risponde a una logica compensativa rispetto all'avanzata della *restitutio in integrum* in un'area dov'era stata volutamente esclusa dalla legge, in modo da non stravolgere del tutto il disegno originario del decreto. Essa, tuttavia, si pone in tensione con quanto affermato nelle precedenti pronunce n. 59/2021 e n. 125/2022, riferite all'art. 18 St. lav., dove la stessa Corte costituzionale aveva precisato che il fatto che è all'origine del licenziamento per giustificato motivo oggettivo include le ragioni tecnico-produttive di cui all'art. 3, l. n. 604/1966, e, «in via prioritaria, il nesso causale tra le scelte organizzative del datore di lavoro e il recesso dal contratto, che si configura come *extrema ratio*, per l'impossibilità di collocare altrove il lavoratore» (27).

Alla luce di queste premesse, il ripensamento operato dalla sentenza n. 128/2024 è stato accolto con diversità di accenti dalla dottrina: i critici dei precedenti arresti lo hanno condiviso (28); molti ne hanno criticato il fondamento (29); qualcuno si è perfino spinto a suggerire soluzioni creative, nello sforzo di far rientrare l'onere di ricollocazione nel perimetro di operatività della tutela reale, anche a costo di forzare il *dictum* della Consulta (30).

A ogni modo, poiché la sentenza n. 128/2024 ha effetti vincolanti nei confronti degli organi giudicanti, la questione può ritenersi sostanzialmente chiusa, almeno per quanto riguarda il contratto a tutele crescenti.

Il nodo del trattamento sanzionatorio da collegare all'insorgere di tale *vulnus*, semmai, rimane aperto per le controversie riguardanti i lavoratori assunti prima del 7.3.2015 e assoggettati al regime di tutela di cui al novellato art. 18 St. lav. In quest'ambito, infatti, la mancata prova dell'inutilizzabilità del lavoratore su mansioni diverse ed eventualmente anche inferiori è stata fino a oggi sanzionata, per «diritto vivente», con la tutela reale attenuata di cui al c. 7 della citata disposizione statutaria, che rinvia al c. 4 (31).

Sebbene la pronuncia della Consulta non produca effetti conformativi nei giudizi riguardanti i «vecchi assunti», è inevitabile attendersi un confronto tra la soluzione

(27) C. cost. 19.5.2022, n. 125, punto 8; C. cost. 1.4.2021, n. 59, punto 5.

(28) Pisani 2024, 770; Luciani 2025, 48. La soluzione era stata auspicata anche da Maresca (2022, 738 ss.).

(29) Carinci 2024, 365 ss.; Cester 2024, 501 ss.; Speciale 671 ss.

(30) Nuzzo (2024, 383 ss.; sul punto, 393-394), secondo cui la concreta possibilità di ripescaggio del lavoratore è sintomatica della pretestuosità del licenziamento, e dunque, in questa accezione, da sanzionare con la tutela reale attenuata. In termini simili anche Tomiola 2025, 6 ss.

(31) Cass. 30.1.2024, n. 2739, in *MGL*, n. 2, 393 ss., con nota di Tamburro; Cass. 12.4.2024, n. 9937, in *DeJure*.

proposta dal giudice delle leggi con riguardo alla disciplina del contratto a tutele crescenti e quella consolidata nella giurisprudenza di legittimità in ordine alla concezione del licenziamento per g.m.o. quale *extrema ratio*, con conseguente radicamento del *repêchage* tra gli elementi costitutivi del «fatto che è all'origine del licenziamento», da sanzionarsi con la tutela reale *ex art. 18, c. 7, St. lav.*, per il caso della sua insussistenza.

Sul punto, si possono ipotizzare due scenari alternativi.

Il primo consiste nel *revirement* dell'indirizzo elaborato dal giudice della nomofilachia con riferimento al regime delle tutele statutarie, al quale farebbe da *pendant* l'arretramento delle garanzie sinora riconosciute ai lavoratori licenziati in violazione del tentativo di ricollocazione su altre posizioni libere (32). Si tratta dell'epilogo prospettato da chi ritiene difficile «accreditare due costruzioni diverse, una per ciascuno dei contesti normativi, perché la nozione di fatto sul quale si fonda il licenziamento non può essere che unitaria» (33). Qualche avvisaglia in tal senso sembra potersi cogliere dalla primissima applicazione della sentenza n. 128/2024 a opera della Corte di Cassazione, laddove si precisa che il concetto di fatto materiale di cui all'art. 3, c. 2, d.lgs. n. 23/2015, non va inteso in termini di mero accadimento storico, ma deve esse valutato «nella sua rilevanza giuridica come possibile giustificato motivo oggettivo», esattamente come avviene nel campo di applicazione dell'art. 18 St. lav. (34). Detto altrimenti, «fatto materiale» e «fatto *tout court*» sono considerati concetti pienamente assimilabili: ragion per cui non potrebbe che esservi una completa corrispondenza fra vizi e rimedi correlati alla loro insussistenza, anche avuto riguardo alla violazione del *repêchage*.

Il secondo scenario, auspicato anche da chi scrive (35), sarebbe quello di preservare la differenza fra i trattamenti sanzionatori applicabili a «vecchi» e «nuovi assunti», pure a fronte dell'inosservanza dell'obbligo di *repêchage*, mantenendo ferma la tutela reale attenuata nel regime normativo a esaurimento e quella esclusivamente monetaria nel campo di applicazione del contratto a tutele crescenti. Un assetto del genere, pur se diversificato, non porrebbe problemi di irragionevolezza o di a-sistematicità nel raffronto tra i due provvedimenti normativi succedutisi nel tempo, dovendosi osservare che la Corte costituzionale, con riferimento al caso della violazione dei criteri di scelta nei licenziamenti collettivi, ha già legittimato la scelta legislativa di sancire rimedi diversi in base alla data di assunzione dei lavoratori (ripristinatori nel caso dell'art. 18 St. lav.; economici nel caso del *Jobs Act*) (36). Una simile soluzione avrebbe il pregio di inserirsi in modo armonico nella trama dei principi finora elaborati dalle Alte Corti, ma soprattutto sarebbe fedele al disegno di politica del diritto sotteso alle riforme del 2012 e del

(32) Ferraresi 2024, 641 ss.

(33) Cester 2024, 503.

(34) Cass. 8.12.2024, n. 31505, cit., punto 2, che però non affronta la questione del *repêchage*, ma solo quella dell'insussistenza del fatto materiale. Va altresì segnalata la più recente Cass. 3.7.2025, n. 18063, in *DeJure*, che, in un caso di violazione dell'obbligo di *repêchage* nel campo di applicazione dell'art. 18 St. lav., ha ribadito che «l'impossibilità di collocare altrove il lavoratore completa la valutazione sul "fatto" che sorregge la decisione di recesso, la cui insussistenza determina, nel regime della l. n. 92 del 2021, l'operare della tutela reintegratoria *ex art. 18, comma 7 e 4 St. lav.*», dando atto, contestualmente, degli esiti della sentenza n. 128/2024 della Corte costituzionale, con riguardo ai rapporti di lavoro assoggettati alla disciplina del d.lgs. n. 23/2015.

(35) Riccobono 2024, 605 ss.

(36) C. cost. 22.1.2024, n. 7, su cui criticamente Ballestrero 2024, 3 ss.

2015, graduando diversamente il concetto di insussistenza del fatto e le corrispondenti sanzioni nell'impianto sanzionatorio del *Jobs Act* e dell'art. 18 *post* legge Fornero, dove il rimedio della stabilità reale ha una portata più ampia. Alcuni Autori danno tale conclusione per scontata (37), ma la posta in gioco è molto alta (ancorché la platea dei lavoratori assoggettati all'art. 18 St. lav. si stia numericamente riducendo), sicché è difficile azzardare previsioni (38).

7. — *Una chiosa finale a proposito del referendum sul Jobs Act* — Mentre questo commento era in fase di redazione, si è celebrato il referendum abrogativo del d.lgs. n. 23/2015, che, se approvato, avrebbe segnato il *de profundis* del contratto a tutele crescenti. Il mancato raggiungimento del *quorum* — incoraggiato anche dalle forze politiche che sostengono l'attuale maggioranza — ha tenuto fermo il quadro normativo segnato dalla convivenza di due regimi sanzionatori diversi per lavoratori assunti in momenti diversi: un «non sistema» a cui la Corte costituzionale ha dato il proprio *placet* fin dalla sentenza n. 194/2018, valorizzando in modo un po' disinvolto l'astratto obiettivo di incremento occupazionale perseguito dal legislatore attraverso l'assioma economico-liberale (mai dimostrato empiricamente) secondo cui a licenziamenti più facili corrispondono assunzioni più numerose.

In questo panorama, il diritto sanzionatorio dei licenziamenti mantiene l'attuale fondamento costruito sull'anagrafe contrattuale, ricordando certi condomini litigiosi dove ciascuno vive secondo un regolamento diverso, patendone le conseguenze.

Certo, non si può negare che le distanze tra il d.lgs. n. 23/2015 e il novellato art. 18 St. lav. si siano sensibilmente ridotte grazie allo straordinario ciclo di revisione costituzionale che ha interessato entrambi i provvedimenti legislativi: un «repulisti» che non solo ha riportato in auge la tutela reale laddove era stata irragionevolmente esclusa, ma che ha perseguito soprattutto l'obiettivo di assicurare la coerenza del sistema rimediale all'interno dei singoli plessi normativi e nella loro speculare comparazione, sul presupposto comune del principio della graduazione delle tutele a seconda della gravità del vizio da cui è affetto il licenziamento.

Resta il fatto che il traguardo della riunificazione normativa sotto l'egida dell'art. 18 St. lav. — che costituiva il fine ultimo del naufragato referendum — avrebbe condotto a un rafforzamento complessivo delle tutele contro i licenziamenti illegittimi, aumentando il tasso di deterrenza avverso gli abusi (39).

Molti immaginavano che la consultazione popolare sarebbe rimasta ancora una volta impantanata nelle secche dell'astensionismo generalizzato, e così effettivamente è andata. L'esito infruttuoso della campagna referendaria, tuttavia, non va drammatizzato, né può essere ridotto a una battuta d'arresto della democrazia partecipativa o a un segnale di disinteresse collettivo verso le politiche del lavoro. Piuttosto, esso si presta a

(37) Giubboni 2024, 1328.

(38) Le sentenze di merito intervenute dopo C. cost. n. 128/2024 non hanno affrontato *ex professo* il problema, continuando a sanzionare la violazione del *repêchage* con la tutela reale attenuata *ex art. 18, c. 7, St. lav.*

(39) Sul punto, vd. le condivisibili osservazioni di Carinci, nell'intervista a due con B. Caruso, condotta da V.A. Poso e pubblicata sul sito *Giustiziasieme.it*, ma già per questa prospettiva Bellavista 2021, 44 ss.

una lettura più profonda e strutturale, manifestandosi come sintomo della tensione irrisolta tra diritto del lavoro e dinamiche del potere politico-istituzionale nel governo delle trasformazioni sociali ed economiche. Non è un caso che la necessità di restituire a tutti i lavoratori lo stesso metro di protezione non sia all'ordine del giorno nelle agende degli attuali *policy makers*, ma rimanga circoscritta alle riflessioni della comunità scientifica, dove si alimenta grazie all'impegno di studiosi e giuristi della materia (vd., ad esempio, la proposta del Gruppo Frecciarossa) (40).

D'altra parte, è indubitabile che i quesiti sottoposti al voto popolare abbiano comunque assolto una funzione di mobilitazione culturale, riattivando il confronto pubblico sul senso delle tutele contro il licenziamento illegittimo e sul ruolo del diritto del lavoro nella costruzione della cittadinanza economica. È da qui che occorre ripartire non solo per interrogarsi sul senso costituzionale della stabilità occupazionale, oggi appannato da anni di retorica sulla flessibilità «buona», ma soprattutto per rilanciare le politiche del lavoro all'interno di una visione più coerente con i principi fondamentali e con la funzione di regolazione sociale propria della materia. I referendum sul lavoro dignitoso sono ormai alle spalle e, per usare le parole di Norberto Bobbio, bisogna sempre mettere in conto che, «a volte, il costo che si deve pagare per l'impegno di pochi è l'indifferenza di molti» (41). Ma questo non è un buon motivo per smettere di provarci.

Riferimenti bibliografici

- Ballestrero M.V. (2024), *I licenziamenti collettivi e il «valore» dei soldi*, in RIDL, n. 1, I, 3 ss.
- Bavaro V., D'Onglia M. (2024), *Nullità del licenziamento e reintegrazione secondo la Corte costituzionale*, in RGL, n. 3, II, 330 ss.
- Bellavista A. (2021), *Le prospettive del diritto del lavoro dopo la pandemia*, in Biblioteca XX maggio, 1, 38 ss.
- Bobbio N. (1984), *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta*, in Id. (a cura di), *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 24 ss.
- Borghesi D. (2016), *L'onere della prova nei licenziamenti disciplinari e discriminatori*, in *Judicium*, 1 ss.
- Calamandrei, P. (1939), *Il giudice e lo storico*, in RTDPC, n. 2, 105 ss.
- Carinci M.T. (2024), *Licenziamento per «fatto materiale insussistente» nel «Jobs Act»: la Corte costituzionale ri-orienta il sistema o dis-orienta il sistema? Una prima analisi di C. cost. 128 e 129 del 2024*, in RIDL, n. 3, I, 366 ss.
- Caruso B., Caruso C. (2024), *Licenziamento e «politiche» giurisdizionali del lavoro. (Riflessioni interdisciplinari a partire dalle sentenze nn. 128 e 129/2024 della Corte Costituzionale)*, in RIDL, n. 3 e n. 4, rispettivamente 323 ss. e 532 ss.
- Cester C. (2024), *La disciplina rimediale dei licenziamenti illegittimi: una risistemazione sempre più problematica*, in VTDL, n. 3, 475 ss.
- Dalfino D. (2019), *L'incostituzionalità del contratto a tutele crescenti*, in ADL, n. 1, 15 ss.
- De Angelis L. (2019), *Sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e giudizi pendenti: prime riflessioni*, in VTDL, n. 2, 657 ss.

(40) Su cui Zoppoli 2025, 1 ss.

(41) Bobbio 1984, 24 ss.

- Ferraresi M. (2024), *I licenziamenti economici nella giurisprudenza, dalla legge n. 604/1966 a Corte costituzionale n. 128/2024*, in *VTDL*, n. 2, 624 ss.
- Garofalo C. (2020), *Il perverso ad ostacoli del licenziamento per motivo illecito*, in *ADL*, n. 2, 497 ss.
- Giubboni S. (2024), *La disciplina del licenziamento dopo le sentenze 128 e 129 del 2024 della Corte costituzionale*, in *GCost.*, n., 1314 ss.
- Lamarque E. (2002), *Il seguito giudiziario alle decisioni della Corte costituzionale*, in E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Giappichelli, Torino, 200 ss.
- Lassandari A. (2010), *Le discriminazioni nel lavoro. Nozioni, interessi, tutele*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 1 ss.
- Luciani V. (2025), *Il licenziamento per motivi oggettivi dopo la sentenza n. 128/2024 della consulta: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *RIDL*, n. 1, I, 37 ss.
- Maresca A. (2022), *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e reintegrazione (questa volta non più «recessiva», ma) espansiva*, in *RIDL*, n. 3, II, 738 ss.
- Mazzotta O. (2024), *La Corte costituzionale e i licenziamenti: fra diritto civile e diritto del lavoro*, in *Labor*, n. 2, 631 ss.
- Nuzzo V. (2024), *Anatomia del repêchage: una indagine su pretestuosità ed extrema ratio*, in *RIDL*, n. 2, I, 383 ss.
- Pisani C. (2024), *Le sentenze gemelle della Consulta 2024 ampliative della reintegrazione: contenuti e criticità*, in *LG*, n. 8-9, 761 ss.
- Ponterio C. (2015), *Licenziamento illegittimo per assenza di giustificato motivo oggettivo e licenziamento pretestuoso*, in *QG*, n. 4, 23 ss.
- Riccobono A. (2024), *La tutela reale e la coperta corta: note a margine di C. cost. n. 128/2024*, in *DML*, n. 2, 605 ss.
- Santagata De Castro R. (2019), *Le discriminazioni sul lavoro nel diritto vivente*, Esi, Napoli, 1 ss.
- Speziale V. (2024), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo nel d.lgs. n. 23/2015 dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 128 del 2024*, in *RGL*, n. 2, I, 657 ss.
- Tomiola C. (2025), *Il repêchage dopo Corte costituzionale n. 128/2024: quali prospettive?*, in *LDE*, n. 1, 1 ss.
- Zagrebel'sky G., Marcenò V. (2018), *Giustizia costituzionale*, vol. II, il Mulino, Bologna, 185 ss.
- Zoppoli L. (2025), *Sulla proposta del Gruppo Freccia Rossa di riordino delle sanzioni per i licenziamenti illegittimi*, in *LDE*, n. 1, 17 marzo, 1 ss.

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

I

[CASSAZIONE, 6.3.2025, n. 5936.](#)

Conf. Corte d'Appello di Firenze, 12.2.2021.

**Licenziamento individuale – Licenziamento disciplinare – WhatsApp
– Chat privata – Diritto alla libertà e segretezza della corrispondenza privata – Diritto di critica.**

In tema di licenziamento disciplinare, i messaggi scambiati in una chat privata di WhatsApp, seppur contenenti commenti offensivi, non costituiscono giusta causa di licenziamento a prescindere dal mezzo e dai modi con cui il datore di lavoro ne sia venuto a conoscenza poiché, essendo diretti unicamente agli iscritti a un determinato gruppo e non a una moltitudine indistinta di persone, vanno considerati alla stregua della corrispondenza privata, la cui libertà e segretezza sono tutelate dall'art. 15 Cost. (1)

II

[CASSAZIONE, 28.2.2025, n. 5334.](#)

Cassa Corte d'Appello di Venezia, 6.11.2020.

**Licenziamento individuale – Licenziamento disciplinare – WhatsApp
– Chat privata – Diritto alla libertà e segretezza della corrispondenza privata – Diritto di critica.**

In tema di licenziamento disciplinare, i messaggi scambiati in una chat privata di WhatsApp, seppur contenenti commenti offensivi, non costituiscono giusta causa di licenziamento a prescindere dal mezzo e dai modi con cui il datore di lavoro ne sia venuto a conoscenza poiché, essendo diretti unicamente agli iscritti a un determinato gruppo e non a una moltitudine indistinta di persone, vanno considerati alla stregua della corrispondenza privata, la cui libertà e segretezza sono tutelate dall'art. 15 Cost. (2)

(1-2) «WHAT HAPPENS IN WHATSAPP STAYS IN WHATSAPP»: ILLEGITTIMO IL LICENZIAMENTO DETERMINATO DALLA DIFFUSIONE DI MESSAGGI DENIGRATORI VIA CHAT

SOMMARIO: 1. I fatti in causa. — 2. La soluzione offerta dalla Cassazione. — 3. Il (discutibile) mancato contemperamento fra il diritto del lavoratore alla libertà e segretezza della corrispondenza privata e altri diritti costituzionalmente rilevanti. — 4. Il rilievo dell'accessibilità del profilo *social* e delle *chat* private del dipendente. — 5. Cenni sull'omessa presa di posizione del dipendente sul fatto contestato quale dichiarazione di natura confessoria.

1. — *I fatti in causa* — Le sentenze in commento riguardano il possibile rilievo disciplinare della condivisione da parte del lavoratore di messaggi (testi, video, foto ecc.) denigratori con una comunità virtuale «chiusa» per il tramite dei *social network* (nel caso di specie, tramite WhatsApp) (1).

Nel primo caso, una lavoratrice era stata licenziata per giusta causa per aver postato, all'interno di una *chat* privata di WhatsApp che condivideva con alcuni colleghi di lavoro, un video ove figurava una cliente particolarmente corpulenta all'interno del negozio nel quale essi lavoravano, con l'intento di denigrarne le fattezze fisiche. Il video era poi giunto, per mano di un partecipante alla *chat*, all'attenzione del datore di lavoro, che, ritenendo essenzialmente che la diffusione dello stesso potesse nuocere all'immagine dell'azienda e della cliente, aveva disposto il recesso in tronco della lavoratrice per averlo condiviso nella *chat*.

Nel secondo caso, un lavoratore aveva postato, ancora una volta all'interno di una *chat* privata di WhatsApp condivisa con un gruppo di colleghi, alcuni messaggi vocali riferiti al superiore gerarchico dai contenuti offensivi, denigratori, minatori e razzisti. Per tale motivo, il dipendente era stato licenziato per giusta causa, allo scopo di tutelare e difendere l'onore del dirigente oggetto delle frasi in questione, dopo che i messaggi erano stati trasmessi al datore di lavoro da un collega partecipante alla *chat*.

2. — *La soluzione offerta dalla Cassazione* — Le due pronunce affrontano questioni in gran parte analoghe e sviluppano il medesimo *iter* argomentativo.

Anzitutto, la ricostruzione della Cassazione muove dall'art. 15 Cost., che afferma il diritto all'inviolabilità e alla segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione. Per poter ricadere sotto l'ombrello protettivo della disposizione, tuttavia, le comunicazioni devono essere veicolate attraverso «mezzi di trasmissione convenzionalmente riconoscibili come segreti» (si pensi, ad esempio, alla classica lettera in busta chiusa), poiché altrimenti si sarebbe di fronte a una forma di manifestazione del pensiero non segreta, ma diretta a un gruppo indefinito di persone.

Ebbene, nell'ampia nozione di corrispondenza alla quale fa riferimento la Cassazione possono essere certamente ricondotti anche «nuovi mezzi e forme della comunicazione riservata», ivi compresi i messaggi inviati tramite WhatsApp. Tale conclusione si poggia su quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 170/2023 (2).

(1) Del Punta 2019. Da un punto di vista strettamente giuslavoristico, possono essere considerati *social network* anche strumenti come WhatsApp, che, per i cultori di altre discipline, non rientrano in tale categoria, dal momento che essi non sono pensati come «motori dinamici di socialità», limitandosi a supportare le relazioni esistenti senza generare nuove relazioni. Mentre, infatti, tramite WhatsApp è solo possibile gestire i contatti già posseduti, attraverso Facebook o Instagram l'utente può accrescere incrementalmente la sua rete sociale, generando «socialità algoritmica»: cfr. Taddeo 2024, 8-10.

(2) C. cost. 27.7.2023, n. 170, in *FI*, 2023, n. 9, I, 2297 ss., con cui la Consulta è stata principalmente chiamata a decidere se e in che misura le conversazioni WhatsApp salvate sul cellulare di un non parlamentare siano soggette all'applicazione del principio di inviolabilità della corrispondenza del parlamentare ex art. 68, c. 3, Cost. nel momento in cui includono messaggi provenienti da un membro delle Camere (nel caso di specie, il senatore Matteo Renzi). In tale sede, con specifico riferimento alla questione *de qua*, essa ha affermato che «posta elettronica e messaggi inviati tramite l'applicazione WhatsApp [...] rientrano [...] a pieno titolo nella sfera di protezione

In tale sede, la Consulta ha ritenuto che il concetto di corrispondenza abbracci ogni comunicazione di pensiero umano tra due o più persone determinate, attuata in modo diverso dalla conversazione in presenza e a prescindere dalle caratteristiche del mezzo tecnico utilizzato ai fini della trasmissione del pensiero. Essa può essere, di conseguenza, veicolata attraverso tutti gli strumenti che l'evoluzione tecnologica mette a disposizione a fini di comunicazione interpersonale, compresi i messaggi di posta elettronica e quelli scambiati via WhatsApp.

La Corte costituzionale richiama, a tale proposito, anche la nozione di corrispondenza fatta propria dalla Corte Edu. I giudici di Strasburgo, difatti, hanno condotto sotto il cono protettivo dell'art. 8 Cedu – che afferma il diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza (3) – anche i messaggi di posta elettronica (4), gli Sms (5) e la messaggistica istantanea inviata e ricevuta tramite internet (6).

Rifacendosi alla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte Edu, la Cassazione afferma che le forme di comunicazione in discorso «rientrano a pieno titolo nella sfera di protezione dell'art. 15 Cost.» (e ciò anche per il periodo successivo alla loro ricezione, quantomeno fintanto che permanga l'interesse alla riservatezza del messaggio), «apparendo del tutto assimilabili a lettere o biglietti chiusi»; tali messaggi, difatti, sono visibili solo da parte di coloro che sono espressamente individuati come destinatari degli stessi (nel caso di specie, attraverso l'inserimento nella *chat*).

Il secondo passaggio dell'argomentazione punta a valutare se i messaggi scambiati all'interno di una *chat* privata, quando anche contenenti commenti denigratori od offensivi nei confronti del datore di lavoro e/o di terzi, debbano essere considerati rientranti nell'ampio concetto di corrispondenza privata ricostruito dalla Corte o se, viceversa, possano essere ritenuti comportamenti illeciti e, in quanto tali, meritevoli di sanzione disciplinare. Per fare ciò, la Cassazione richiama un proprio – per molti aspetti

dell'art. 15 Cost., apparendo del tutto assimilabili a lettere o biglietti chiusi. La riservatezza della comunicazione, che nella tradizionale corrispondenza epistolare è garantita dall'inserimento del plico cartaceo o del biglietto in una busta chiusa, è qui assicurata dal fatto che la posta elettronica viene inviata a una specifica casella di posta, accessibile solo al destinatario tramite procedure che prevedono l'utilizzo di codici personali; mentre il messaggio WhatsApp, spedito tramite tecniche che assicurano la riservatezza, è accessibile solo al soggetto che abbia la disponibilità del dispositivo elettronico di destinazione, normalmente protetto anch'esso da codici di accesso o altri meccanismi di identificazione». Sulla pronuncia, cfr., fra i molti: D'Andrea 2023; Curtotti 2023; e, in chiave comparata, Zeno-Zencovich 2023.

(3) La Corte Edu, pur non essendosi finora mai espressa su casi riguardanti licenziamenti intimati in ragione di messaggi diffusi via WhatsApp, ha comunque delineato un quadro di riferimento per la tutela della *privacy* nelle comunicazioni private del dipendente, inclusi i messaggi scambiati tramite sistemi di messaggistica istantanea. Per un approfondimento, cfr.: Mangan 2022, spec. 43 ss.; Pinto de Albuquerque, Sitzia 2022. Sulle tecnologie che rientrano nel campo d'applicazione dell'art. 8 Cedu, cfr. Corte Edu 2021, par. 512.

(4) C. Edu 5.9.2017, ric. n. 61496/08, *Bărbulescu c. Romania*, Grande Camera, par. 72, in relazione alla quale cfr. Sitzia 2017; C. Edu 3.4.2007, ric. n. 62617/00, *Copland c. Regno Unito*, S. IV, sent., par. 44, sulla quale si veda Golisano 2007.

(5) C. Edu 17.12.2020, ric. n. 459/18, *Saber c. Norvegia*, Sez. V, par. 48.

(6) C. Edu 5.9.2017, ric. n. 61496/08, *Bărbulescu c. Romania*, Grande Camera, par. 74.

criticabile, cfr. *infra* – precedente del 2018, al quale fanno riferimento in vario modo anche i ricorrenti nelle due controversie in esame (7).

In quell'occasione, essa aveva avuto modo di affermare che i messaggi scambiati in una *chat* privata (in quel caso, di Facebook), seppure contenenti commenti offensivi nei confronti del datore di lavoro, non costituiscono giusta causa di recesso poiché, essendo diretti unicamente agli iscritti a un determinato gruppo, e non a una moltitudine indistinta di persone, vanno considerati alla stregua della corrispondenza privata. Nella medesima occasione, la Corte aveva altresì specificato che tali commenti sono inidonei a realizzare una condotta diffamatoria in quanto, ove la comunicazione con più persone avvenga in un ambito riservato, non solo vi è un interesse contrario alla divulgazione, anche colposa, dei fatti e delle notizie, ma si impone anche l'esigenza di tutela della libertà e segretezza della comunicazione stessa. Di conseguenza, essa aveva escluso la legittimità del licenziamento intimato a un lavoratore che, in una *chat* sindacale su Facebook, aveva offeso l'amministratore delegato dell'azienda.

Sulla base di tali premesse, i giudici di legittimità ritengono che le condotte contestate ai lavoratori nelle due controversie in esame ricadano nel raggio d'applicazione dell'art. 15 Cost., trattandosi di comunicazioni private trasmesse a gruppi ristretti di persone con l'intento di mantenerle segrete, e ciò a prescindere dal mezzo e dalla modalità con le quali il datore ne sia successivamente venuto a conoscenza: neppure il fatto che quest'ultimo le abbia apprese per il tramite di un partecipante alla *chat*, difatti, fa venir meno lo statuto protettivo della disposizione costituzionale, violando tale comportamento il diritto costituzionale alla segretezza e riservatezza della corrispondenza (8).

Di conseguenza, secondo la Corte, tali condotte non possono essere considerate riprovevoli, e in particolare riconducibili alla nozione di giusta causa di licenziamento, dal momento che il datore di lavoro non può disporre di «un potere sanzionatorio di tipo meramente morale nei confronti dei dipendenti, tale da comprimere o limitare spazi di libertà costituzionalmente protetti, come quello concernente la corrispondenza privata». Il licenziamento intimato su tali basi è stato, pertanto, ritenuto illegittimo.

3. — *Il (discutibile) mancato contemperamento fra il diritto del lavoratore alla libertà e segretezza della corrispondenza privata e altri diritti costituzionalmente rilevanti* — Il fatto che le condotte contestate ai dipendenti siano state riportate sotto l'ambito applicativo del diritto costituzionale di segretezza della corrispondenza ha, quindi, giocato un ruolo determinante ai fini di ritenere illegittimo il licenziamento su di esse fondato: tale ricostruzione ha, di conseguenza, impedito alla Cassazione di valutare la rilevanza disciplinare dei comportamenti addebitati ai lavoratori.

Le condotte di cui si tratta non sono state accostate all'esercizio del diritto di critica; accostamento che sarebbe stato certamente ultroneo nel primo caso, e che invece avrebbe potuto essere plausibile nel secondo. Ciò nonostante, la soluzione cui sono

(7) Cass. 10.9.2018, n. 21965, in *FI*, 2018, n. 12, I, 3927 ss., in relazione alla quale cfr. Tosi, Puccetti 2019.

(8) Sull'utilizzabilità in giudizio del video postato su un gruppo chiuso di Facebook e acquisito grazie alla segnalazione di un dipendente iscritto al gruppo, cfr. T. Venezia 16.7.2019, n. 480; nello stesso senso, Cass. 12.10.2018, n. 28878, entrambe in *DeJure*.

pervenute le sentenze in commento è sostanzialmente analoga a quella cui è giunta la giurisprudenza chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'esercizio, da parte del dipendente, del diritto di critica nei confronti del datore di lavoro. Tale diritto, che pure trova il proprio fondamento in una norma di rango costituzionale (in questo caso, l'art. 21), è stato ricostruito come espressione del principio di libera manifestazione del pensiero (9).

Sia il diritto alla libertà e segretezza della corrispondenza, sia quello di critica, tuttavia, non possono essere intesi quali situazioni giuridiche assolute. Essi devono, pertanto, essere esercitati alla luce dei limiti rilevanti in quanto discendenti da interessi e beni protetti dalla stessa Costituzione (10).

Con particolare riferimento al diritto di critica, i limiti esterni al suo esercizio sono stati desunti anzitutto dai principi costituzionali alla luce dei quali i giudici procedono al bilanciamento dei reciproci interessi delle parti (11). Tali principi sono stati essenzialmente individuati nella salvaguardia dei diritti fondamentali del lavoratore e del datore di lavoro (art. 2 Cost.) e nella libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), dal momento che la critica del lavoratore non può spingersi sino a ledere la reputazione e l'onore del datore di lavoro, producendo a quest'ultimo un danno.

Con riferimento alla legge ordinaria, l'esercizio del diritto di critica è stato principalmente temperato con il dovere di fedeltà ex art. 2105 c.c., ricostruito – come è noto – dalla giurisprudenza in termini decisamente ampi. Quest'ultima, difatti, è giunta a dilatare l'obbligo posto in capo al dipendente sino a concepirlo non solo come obbligo di non concorrenza e riservatezza, ma anche come obbligo generale di tenere un leale comportamento nei confronti del datore per tutelarne gli interessi, a garanzia della conservazione del rapporto di fiducia che intercorre fra le parti, facendo talvolta ricorso alle clausole generali della correttezza e della buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.) (12).

Sul piano giudiziario, in altre parole, la questione delle esternazioni del dipendente, anche a mezzo *social*, pur espressive della libertà di pensiero, è tradizionalmente fatta confluire nella possibile compromissione del rapporto di fiducia con il datore di lavoro per talune condotte potenzialmente lesive dell'obbligo di fedeltà, da cui spesso consegue l'irrogazione di sanzioni disciplinari, non di rado espulsive (13).

In sostanza, una volta ricostruita in termini così ampi la nozione di fedeltà contenuta

(9) Da ultimo, Avondola 2025.

(10) Ciancimino 2022, 366. Per una rassegna della giurisprudenza recente, cfr. Bandelloni 2025.

(11) C. cost. 8.7.1975, n. 188; C. cost. 30.1.1974, n. 65; C. cost. 4.5.1970, n. 65; C. cost. 23.3.1968, n. 11, tutte in *Giurcost.org*.

(12) *Ex multis*, Cass. 28.1.2020, n. 1892, in *DeJure*. «la rilevanza del conflitto di interessi è indubbiamente sintomatica della violazione dell'obbligo di fedeltà posto dall'art. 2105 c.c., in collegamento con i principi generali di correttezza e buona fede previsti dagli artt. 1175 e 1375 c.c., dai quali si evince l'obbligo del lavoratore di astenersi non solo dai comportamenti espressamente vietati dalla prima norma citata, ma anche da qualsiasi altra condotta che, per la natura e le possibili conseguenze, risulti in contrasto con i doveri connessi all'inserimento del lavoratore nella struttura e nell'organizzazione dell'impresa, ovvero crei situazioni di conflitto con le finalità e gli interessi della medesima o sia comunque idonea a ledere irrimediabilmente il presupposto fiduciario del rapporto». In dottrina, cfr.: Tullini 1988; Rossi 2023, 75 ss.

(13) Tenore 2019, 17.

nell'art. 2105 c.c., i giudici tendono a considerare rilevanti, sul piano della violazione degli obblighi posti in capo al prestatore, non solo i comportamenti direttamente vietati dalla norma, ma anche ogni altra condotta suscettibile, per natura e per modalità di esecuzione, a ledere i generali principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto (14). Questa tendenza espansiva ha così condotto la giurisprudenza a ritenere illegittimo ogni comportamento contrastante con gli obblighi scaturenti dall'inserimento nell'organizzazione d'impresa o in conflitto, anche solo potenziale, con le finalità e gli interessi della stessa (15).

Se, quindi, la giurisprudenza si è abbondantemente confrontata con il contemperamento fra il diritto di critica del lavoratore e altri diritti costituzionalmente rilevanti, quali la reputazione, l'onore, la dignità del criticato o dell'offeso – contemperamento che rappresenta, peraltro, un «terreno elettivo per il ricorso alla tecnica del bilanciamento in sede interpretativa, in quanto non coperto da una specifica opzione normativa» (16) –, altrettanto non è stato fatto, dalle pronunce in esame, per bilanciare il diritto del lavoratore alla libertà e segretezza della corrispondenza con altri diritti costituzionalmente rilevanti di cui è titolare il datore di lavoro; né, in particolare, è stata valutata un'eventuale lesione da parte del dipendente del dovere di fedeltà affermato dall'art. 2105 c.c.

Ciò che è mancato nelle pronunce in esame, in definitiva, è stato il tentativo di perimetrare i limiti all'esercizio dei poteri datoriali, con particolare riferimento, in questo caso, all'esercizio del potere disciplinare, al fine di trovare un contemperamento fra i diritti fondamentali del lavoratore-utente delle piattaforme sociali, fra i quali rientra anche quello alla libertà e segretezza della corrispondenza, da un lato, e (principalmente) la libertà di iniziativa economica del datore di lavoro, dall'altro (17).

Le sentenze in commento, una volta riconosciuta la natura privata della *chat*, con conseguente applicazione a essa dei principi sanciti dall'art. 15 Cost., hanno omesso di procedere oltre con l'indagine, al fine di verificare se, nel caso di specie, i limiti all'esercizio del diritto di libertà e segretezza della corrispondenza fossero stati in qualche modo travalicati. Ciò di cui non si è adeguatamente tenuto conto è il fatto che la natura confidenziale o riservata della comunicazione non implica necessariamente la liceità del comportamento tenuto dal lavoratore. La riservatezza della comunicazione, in particolare, di per sé non esclude, né tantomeno legittima, la diffamazione, che mantiene comunque evidenti risvolti disciplinari (18).

Peraltro, le conclusioni cui sono giunte le sentenze in commento si discostano da quanto la stessa Cassazione aveva già affermato in precedenza sempre a proposito di licenziamenti irrogati a causa della trasmissione di *e-mail* o messaggi WhatsApp denigratori.

(14) Cass. 1.6.1988, n. 3719, in *RIDL*, 1988, n. 4, II, 978 ss.; Cass. 17.2.1987, n. 1711, in *GC*, 1987, n. 3, I, 1437 ss.; Cass. 29.7.1986, n. 4868, in *RIDL*, 1987, n. 1, II, 127 ss.

(15) Cass. 30.10.2017, n. 25759, in *D&G online*, 31 ottobre; Cass. 18.9.2014, n. 19684, in *DeJure*; Cass. 4.4.2005, n. 6957, in *RIDL*, 2005, n. 4, II, 916 ss.; Cass. 21.7.2004, n. 13526, in *OGL*, 2004, n. 3, I, 669 ss.; Cass. 14.6.2004, n. 11220, in *MGL*, 2004, n. 3, 813 ss.

(16) De Luca Tamajo 2024, 359.

(17) Chiaromonte 2024, spec. 24 ss.

(18) Tenore 2019, 5.

In alcune pronunce degli scorsi anni, difatti, la Suprema Corte non si è limitata a valutare la natura riservata della corrispondenza e l'assenza di volontà divulgativa, ma è andata oltre, considerando, in modo maggiormente condivisibile, anche la portata denigratoria delle espressioni utilizzate dal dipendente (oltre che, nei casi presi in esame, l'eventuale riconducibilità delle stesse al legittimo esercizio del diritto di critica) (19). Così facendo, essa ha riconosciuto la potenziale rilevanza disciplinare delle affermazioni del lavoratore veicolate dai *social network* e offensive nei confronti del datore di lavoro o comunque lesive dell'immagine aziendale; valutazione che è, invece, rimasta estranea alle sentenze in commento, le quali si sono limitate ad affermare la liceità di comportamenti offensivi o denigratori per il solo fatto che essi erano stati diffusi a un numero limitato di persone (elemento che, al più, avrebbe potuto essere utilizzato per valutare la gravità della condotta del dipendente o la potenziale lesione dell'immagine aziendale, e non anche per legittimare *tout court* l'operato del lavoratore).

4. — *Il rilievo dell'accessibilità del profilo social e delle chat private del dipendente* — La riconduzione delle condotte contestate al legittimo esercizio del diritto alla libertà e segretezza della corrispondenza ha, inoltre, consentito alla Cassazione di sorvolare sul tema, ugualmente importante, dell'utilizzabilità o meno delle informazioni raccolte dal datore di lavoro, alla cui attenzione sono state portate, in entrambi i casi, da lavoratori che partecipavano alla *chat*.

La questione della relativa facilità con cui le informazioni mediate dai *social* possono giungere all'attenzione del datore, che può essere ridotta a quella del rilievo dell'accessibilità del profilo *social* del dipendente, merita invece qualche battuta ulteriore, proprio alla luce del quadro giurisprudenziale che si è andato delineando negli ultimi anni (20).

Nel caso del profilo «aperto», ossia visibile a tutti, si ritiene generalmente che il datore possa liberamente fruire dei contenuti pubblicati e offerti alla consultazione di un'ampia cerchia di persone da parte del dipendente, che, quindi, li colloca – intenzionalmente o meno – in uno spazio pubblico e al di fuori della propria sfera privata. In altre parole, la «condivisione spontanea» di informazioni da parte del lavoratore, che presuppone un consenso (pur implicito) alla visione e alla conoscenza da parte di terzi, è come se sottintendesse una rinuncia alla tutela riconosciuta dalle rilevanti disposizioni dello Statuto dei lavoratori (si pensi, anzitutto, agli artt. 4 e 8), ferma restando, in ogni caso, l'applicazione della normativa in materia di protezione della riservatezza dei dati, da un lato, e del diritto antidiscriminatorio, dall'altro.

Qualora, invece, il profilo sia «chiuso», come si è visto, il lavoratore beneficerà in linea di massima della copertura del più volte menzionato principio costituzionale di libertà e segretezza della corrispondenza privata, poiché la condivisione di contenuti all'interno di un profilo «chiuso» (ma lo stesso discorso vale, *mutatis mutandis*, anche in relazione alle informazioni contenute in *chat private*) è solitamente considerata dai

(19) Tosi, Puccetti (2019), i quali si riferiscono, fra le altre, a: Cass. 24.4.2004, n. 8254, in *MGC*, 2004, n. 4; Cass. 7.9.2012, n. 14995, in *GL*, 2012, n. 50, 32 ss.; Cass. 20.9.2016, n. 18404, in *DeG online*, 20 settembre; Cass. 10.11.2017, n. 26682, in *GDir.*, 2018, n. 5, 77 ss.; Cass. 28.9.2018, n. 23601, in *DeJure*. Con particolare riferimento ai messaggi trasmessi via WhatsApp, cfr. Cass. 6.9.2018, n. 21719, in *DeJure*.

(20) Chiaromonte 2024, 147 ss.

giudici equivalente a una conversazione confidenziale (21), in ragione del fatto che tale comportamento non dimostra la medesima capacità di diffusione di un commento condiviso a mezzo stampa (22).

Pertanto, la scelta di impostare il proprio profilo come «chiuso» rappresenta un importante strumento a disposizione del lavoratore per ridurre i rischi di un'indebita intrusione datoriale nella propria sfera privata (mentre – stando alle pronunce in commento – non si realizzerebbe il medesimo livello di protezione in relazione a informazioni condivise all'interno di una *chat* privata); anche se neppure tale accortezza, che talvolta è accompagnata dalla redazione di *social media policy* aziendali (23), è in grado di mettere il dipendente totalmente al riparo da inopportune ingerenze datoriali.

Un recente orientamento giurisprudenziale tende, invece, a valutare il contenuto delle esternazioni del dipendente a prescindere dal fatto che esse siano state divulgate attraverso un profilo «aperto» o «chiuso», sulla base della considerazione secondo cui anche i commenti inizialmente condivisi con un numero limitato di persone possono, poi, essere diffusi, sia venendo «ripostati» da ogni utente collegato con il lavoratore da un rapporto di «amicizia virtuale», sia venendo divulgati da chi ne viene altrimenti a conoscenza anche a prescindere da tale rapporto di «amicizia virtuale» (si pensi al caso dello *screenshot*) (24).

Tale impostazione, che equipara le affermazioni esternate su una pagina o su un gruppo «chiuso» a una presa di posizione pubblica del dipendente, lascia, però, perplessi. Ritenere che un'espressione pubblicata sui *social* sia sempre capace di raggiungere un numero indeterminato di persone, difatti, implica non trascurabili effetti negativi, a iniziarsi dall'esclusione dell'applicabilità dell'art. 8 dello Statuto in tutti i casi in cui il datore compia indagini dalla norma vietate sulle pagine *social* dei dipendenti (25).

5. — *Cenni sull'omessa presa di posizione del dipendente sul fatto contestato quale dichiarazione di natura confessoria* — Merita, infine, una battuta conclusiva un ulteriore passaggio della prima pronuncia in commento.

(21) Ad esempio, T. Milano 29.11.2017, in *DeJure*. In senso analogo: T. Firenze 16.10.2019, in *LG*, 2020, n. 4, 645 ss., con nota di Pezzini 2020; Cass. 10.9.2018, n. 21965, cit.

(22) Bandelloni 2022, I.7.

(23) Si tratta di un insieme di indicazioni riguardanti il corretto utilizzo dei *social network* da parte dei dipendenti, che possono essere contenute all'interno di un regolamento aziendale unilaterale o essere oggetto di negoziazione con le parti sociali: si pensi, a titolo d'esempio, alle *Precisazioni sull'uso dei social network da parte del personale dell'amministrazione penitenziaria*, contenute nella circolare del ministero della Giustizia del 20.2.2015. Attraverso le *social media policy* è possibile specificare il contenuto dell'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c., disegnando i confini del corretto utilizzo dei *social* nell'ambito di una specifica realtà aziendale. Esse possono, inoltre, essere utili anche in una fase successiva, indirizzando il giudice nell'eventuale valutazione del presunto comportamento inadempiente del dipendente alla luce del principio di proporzionalità fra l'infrazione contestata e il provvedimento applicato di cui all'art. 2106 c.c., un po' come accade in relazione ai codici disciplinari rinvenibili nella contrattazione collettiva. Cfr.: Biasi 2021; Dagnino 2019, spec. 147 ss.; Chiaromonte 2024, 81 ss.

(24) Sull'acquisizione dello *screenshot* nei processi civile e penale e sulla valutazione dello stesso da parte dei giudici, cfr. Cass. 27.4.2023, n. 11197, S.U., in *GI*, 2023, n. 9, 2623 ss., con nota di Gioia 2023.

(25) Ingrao 2021, 704.

La Corte d'Appello di Venezia, riformando la sentenza di primo grado, ha considerato illegittimo il licenziamento oggetto della prima delle due vicende in esame. In particolare, i giudici veneziani hanno ritenuto che la lavoratrice avesse ammesso l'addebito a essa contestato poiché non aveva dimostrato che la diffusione del video era avvenuta a opera di terzi mediante un utilizzo indebito del suo cellulare. L'omessa presa di posizione, da parte della dipendente, sul fatto addebitato (l'aver postato il video sulla *chat*) è stata, in altre parole, considerata alla stregua di una dichiarazione di natura confessoria.

La Cassazione non si è pronunciata sulla questione, avendo ritenuto assorbito il relativo motivo di ricorso. Vale, tuttavia, la pena ricordare che la giurisprudenza – a dire il vero, piuttosto scarsa – sinora intervenuta tende a presumere che il contenuto del messaggio postato sui *social* sia riconducibile al dipendente sul cui profilo esso è stato pubblicato (26). Grava, quindi, sul lavoratore, che intende eventualmente disconoscerne la paternità, l'onere di dimostrare che sia occorso un accesso abusivo di terzi al suo profilo (27); prova che, nel caso di specie, non è stata fornita.

Riferimenti bibliografici

- Avondola A. (2025), *Libertà di pensiero e diritto di critica del lavoratore*, Giappichelli, Torino.
- Bandelloni G. (2022), *Il diritto di critica alla prova dei social network*, in *LLI*, n. 2, I, 3 ss.
- Bandelloni G. (2025), *I limiti all'esercizio del diritto di critica*, in *RGL*, n. 2, II, 145 ss.
- Biasi M. (2021), *Riflessioni sull'attualità dell'art. 8 St. lav. al tempo dei social media*, in *LG*, n. 1, 40 ss.
- Chiaromonte W. (2024), *Il social networking del lavoratore. Limiti e tecniche di tutela*, Giappichelli, Torino.
- Ciancimino M. (2022), *La libertà di espressione nel mondo digitale: alcune coordinate civilistiche in tema di contenuti controversi sui social network*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, n. 1, 360 ss.
- Corte Edu (2021), *Guida all'art. 8 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo – Diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza*, in https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/guida_cedu_articolo8_agg31ago2021.pdf.
- Curtotti D. (2023), *La sentenza costituzionale n. 170 del 2023 e le comunicazioni «apparenti»: quando un eccesso di garanzie non sempre è un moltiplicatore di garanzie*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2, 567 ss.
- D'Andrea A. (2023), *I fatti dietro gli emoticon: la Corte «copre» qualsiasi condotta del parlamentare veicolata consapevolmente tramite Whatsapp*, in *GCost.*, n. 4, 1739 ss.
- Dagnino E. (2019), *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt University Press, Bergamo.

(26) T. Taranto 26.7.2021, inedita a quanto consta, richiamata da Franza (2022, 1758), ha accertato la paternità della comunicazione in quanto postata sulla bacheca *social* del dipendente.

(27) T. Busto Arsizio 20.2.2018, n. 62, inedita a quanto consta, alla quale rinvia Sonnati (2020, 499). La pronuncia ha anche rilevato la carenza di proporzionalità fra la portata diffamatoria del messaggio postato dal lavoratore su Twitter e il licenziamento per giusta causa di conseguenza irrogatogli. Si vedano anche: T. Palermo 4.10.2019; C. App. Potenza 14.3.2017; C. App. Roma 17.2.2017, inedite a quanto consta, tutte richiamate da Riccobono, Bologna 2020, 843. Peraltro, l'accesso abusivo all'*account social* di un collega, protetto da *password*, è stato ritenuto di gravità tale da giustificare la sanzione espulsiva: T. Milano 1.1.2019, n. 285, in *DeG online*, 6 febbraio.

- De Luca Tamajo R. (2024), *Le tecniche interpretative nel diritto del lavoro tra cognitivismo e bilanciamento «creativo»*, in W. Chiaromonte, M.L. Vallauri (a cura di), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro*, vol. 3, *Scritti per Riccardo Del Punta*, tomo I, Firenze University Press, Firenze, 347 ss.
- Del Punta R. (2019), *Social media and workers' rights: what is at stake?*, in *IJCLLIR*, 79 ss., nonché, ora, in W. Chiaromonte, M.L. Vallauri (a cura di), *Riccardo Del Punta. Trasformazioni, valori e regole del lavoro*, vol. II, *Scritti scelti di diritto del lavoro*, Firenze University Press, Firenze, 2024, 533 ss.
- Franza G. (2022), *Lavoro e social media*, in *GI*, n. 7, 1752 ss.
- Gioia G. (2023), *Il valore probatorio dello screenshot tra processo civile e processo penale*, in *GI*, n. 12, 2623 ss.
- Golisano G. (2007), *Posta elettronica e rete internet nel rapporto di lavoro. Usa, Unione europea e Italia*, in *ADL*, n. 7, 1310 ss.
- Ingrao A. (2021), *Licenziamento disciplinare, libertà di espressione e social network: quando un post fa perdere ingiustamente il posto*, in *RIDL*, n. 4, II, 699 ss.
- Mangan D. (2022), *Guidance from the EU Courts: privacy in the workplace*, in C. Pisani, G. Proia, A. Topo (a cura di), *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Lefebvre Giuffrè, Milano, 32 ss.
- Pezzini G. (2020), *Sulla rilevanza disciplinare delle opinioni espresse in un gruppo WhatsApp*, in *LG*, n. 6, 645 ss.
- Pinto de Albuquerque P., Sitzia A. (2022), *Lavoro e monitoraggio: il «test di proporzionalità» nella giurisprudenza della Cedu*, in C. Pisani, G. Proia, A. Topo A. (a cura di), *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Lefebvre Giuffrè, Milano, 52 ss.
- Riccobono A., Bologna S. (2020), *«A cosa stai pensando?». Libertà di pensiero e diritto del lavoro ai tempi dei social network*, in *VTDL*, n. 3, 819 ss.
- Rossi N. (2023), *Contratto di lavoro e vita privata. Profili problematici del controllo sui lavoratori subordinati*, Giappichelli, Torino.
- Sitzia A. (2017), *I limiti del controllo della posta elettronica del lavoratore: una chiara presa di posizione della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *NGCC*, n. 12, 1656 ss.
- Sonnati S. (2020), *Sub art. 2105 c.c.*, in R. Del Punta, F. Scarpelli (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Wolters Kluwer, Milano, 486 ss.
- Taddeo G. (2024), *Social. L'industria delle relazioni*, Einaudi, Torino.
- Tenore V. (2019), *La libertà di pensiero tra riconoscimento costituzionale e limiti impliciti ed espliciti: i limiti normativi e giurisprudenziali per giornalisti, dipendenti pubblici e privati nei social media*, in *LDE*, n. 2, 2 ss.
- Tosi P., Puccetti E. (2019), *Chat Facebook: se la riservatezza legittima la denigrazione del datore di lavoro*, in *GI*, n. 1, 139 ss.
- Tullini P. (1988), *Su una nozione «allargata» di fedeltà*, in *RIDL*, n. 3, II, 978 ss.
- Zeno-Zencovich V. (2023), *La «corrispondenza digitale»: notazioni comparate da oltre-Atlantico*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 4-5, 744 ss.

William Chiaromonte
Professore associato di Diritto del lavoro
presso l'Università di Firenze

CORTE D'APPELLO ROMA, 27.1.2025.

Patto di prova – Genericità delle mansioni assegnate al lavoratore – Nullità – Tutela reintegratoria in forma cd. «attenuata» – Sussiste.

Al licenziamento nullo per violazione del patto di prova in quanto sottoscritto con indicazione meramente generica delle mansioni assegnate al lavoratore e dunque da ritenersi illegittimo perché il fatto materiale che vi ha dato luogo è «insussistente», corrisponde l'applicazione della tutela reintegratoria in forma cd. «attenuata». (1)

(1) LA NULLITÀ DEL PATTO DI PROVA NEL RAPPORTO DI LAVORO
E LA TUTELA REINTEGRATORIA CD. «ATTENUATA»

SOMMARIO: 1. Breve inquadramento della fattispecie giuridica. — 2. Le regole in materia di cd. «patto di prova». — 3. Il caso di specie e la genericità del riferimento alle mansioni assegnate al lavoratore per misurarne grado di competenza e affidabilità funzionali all'assunzione in servizio. — 4. Patto di prova invalido e tutele applicabili nell'evoluzione giurisprudenziale. — 5. L'impatto della decisione della Corte costituzionale n. 128/2024. — 6. Conclusioni.

1. — *Breve inquadramento della fattispecie giuridica* — La sentenza della Corte d'Appello di Roma del 27.1.2025, n. 138, in commento, si sofferma, con un'importante lettura interpretativa che merita di essere segnalata, sulle conseguenze sanzionatorie del licenziamento intimato per mancato superamento del patto di prova dichiarato nullo, interpretandole anche alla luce delle recenti e significative decisioni in tema adottate dalla Corte costituzionale e, in particolare, con riferimento a quanto stabilito dal giudice delle leggi con la sentenza n. 128 del 16.7.2024.

La decisione in commento, infatti, si inserisce nel solco di un acceso dibattito giurisprudenziale e dottrinale riguardante l'applicazione delle tutele previste dal d.lgs. n. 23/2015, il cd. *Jobs Act*, per i lavoratori assunti con il cd. «contratto a tutele crescenti», che numerosi dubbi interpretativi continua a generare.

D'altra parte, la tensione presente su questi argomenti, oltre che da un'elevata conflittualità sul tema, che ha generato la produzione di numerose pronunce ormai succedutesi nel tempo, è confermata anche dalla mobilitazione sociale e dal contenuto dei quesiti referendari sottoposti agli elettori nell'estate 2025, che tuttavia non hanno raggiunto il *quorum* per la validità della consultazione, con lo scopo di allargare l'ambito di applicazione dei regimi di tutela previsti dalla legge.

2. — *Le regole in materia di cd. «patto di prova»* — Per comprendere appieno la rilevanza della pronuncia, è utile, in via principale, richiamare i principi consolidati in materia di patto di prova.

La dottrina maggioritaria qualifica il patto di prova in termini di condizione sospen-

siva potestativa (1), dove la causale deve essere reciprocamente individuata nel gradimento delle parti (2).

La giurisprudenza, pur restando immune alla trattazione dottrinale, si allinea a questa tesi, affermando che l'apposizione del patto subordina il rapporto di lavoro a una condizione sospensiva potestativa (3).

Pertanto, il nucleo sul quale si regge l'accordo deve risiedere nell'interesse comune delle parti a verificare la reciproca convenienza del contratto attraverso lo svolgimento di una verifica in concreto, che permetta al datore di lavoro di accertare le capacità del lavoratore e a quest'ultimo di valutare la prestazione dovuta nonché le condizioni di svolgimento del rapporto (4).

Quanto alla forma del patto, l'art. 2096, c. 1, c.c. prescrive chiaramente che l'assunzione in prova avvenga tramite un atto scritto.

Questa modalità, richiesta *ad substantiam*, rafforza le garanzie per le parti, ma soprattutto offre maggiori tutele al prestatore, che si ritiene parte debole nel rapporto di lavoro (5).

Difatti, l'inosservanza del requisito formale comporta la nullità del patto, il quale viene considerato come non apposto al contratto di lavoro, con la conseguente automatica e immediata conversione dell'assunzione in via definitiva, sin dall'inizio del rapporto (6).

A ulteriore conferma della funzione di tutela della «parte debole» del rapporto di lavoro subordinato, vi è la necessaria sussistenza del requisito formale, che deve sussistere sin dall'inizio del rapporto.

(1) Assanti 1957; Bettini 2023, 151; Bonaretti 1987; Carinci *et al.* 2003; Cassì 1950; Chiaromonte 2020, 454; Del Punta 1990; Ghera, 2002; Gragnoli 2019, 669; Menghini 1998; Montuschi 1986; Pisani 2023a, 294; Rauseri 2016, 2479; Riva Sanseverino 1977; Santoro Passarelli 1976; Suppiej 1982; Varesi 1995, 423; Zangari 1965; Zoppoli 2001, 399.

(2) Cfr. Cassì 1950, 139.

(3) Cass. 29.7.2005, n. 15960, in *RFI online*, 2005, voce *Lavoro (Rapporto di)*, n. 1105, 11.8.2025; Cass. 2.12.2004, n. 22637, in *MGI online*, 2004, 11.8.2025; Cass. 5.5.2004, n. 8579, in *GLav.*, 2004, n. 28, 22 ss.; Cass. 11.3.2004, n. 5016, in *DPL*, 2004, n. 37, 2158 ss.

(4) In modo conforme, si vd. Cass. 8.1.2008, n. 138, in *D&G online*, 2008, 11.8.2025, secondo la quale il patto di prova apposto al contratto di lavoro mira a tutelare l'interesse di entrambe le parti contrattuali a sperimentare la reciproca convenienza al contratto, sicché deve ritenersi illegittimamente apposto un patto in tal senso che non sia funzionale alla suddetta sperimentazione per essere questa già avvenuta con esito positivo nelle specifiche mansioni e per avere in precedenza il lavoratore prestato per un congruo tempo la propria opera per il datore di lavoro.

(5) È stato sottolineato, a sostegno di tale indirizzo, che il requisito di forma sia imposto dal legislatore a tutela della parte meno forte del rapporto (il lavoratore), rispetto alle conseguenze di una clausola che ne sottolinea la debolezza. Così parafrasando Amoroso *et al.* 2007, 613.

(6) Cass. 29.7.2011, n. 16806, in *GLav.*, 2011, n. 38, 59 ss.; Cass. 11.1.2011, n. 458, in *NGL*, 2011, n. 2, 195 ss.; Cass. 14.4.2001, n. 5591, in *MGI online*, 2001, 11.8.2025; Cass. 13.10.2000, n. 13700, in *OGL*, 2000, n. 1, 988 ss.; Cass. 26.5.1995, n. 5811, in *MGI*, 1996, n. 1, 27 ss.; Cass. 24.1.1994, n. 681, in *RFI online*, 1994, voce *Lavoro (Rapporto di)*, n. 508, 11.8.2025; Cass. 19.11.1993, n. 11427, in *DL*, 1994, n. 2, 48 ss. Dottrina minoritaria ha ritenuto che la forma richiesta per legge avesse una valenza unicamente *ad probationem*; cfr.: Assanti 1957, 50; Pergolesi 1949, 93; e in giurisprudenza vd. Cass. 25.5.1982, n. 3192, in *MGI online*, 1982, 11.8.2025, e Cass. 24.5.1979, n. 3015, in *FI*, 1980, I, 2089 ss.

Non sono ammesse, infatti, né equipollenze né sanatorie successive che possano in qualche modo rendere indeterminato il termine della prova (7).

Oltre alla forma scritta, la giurisprudenza richiede che il patto di prova contenga la specifica indicazione delle mansioni affidate al lavoratore e oggetto della prova, quale elemento indispensabile in grado di identificare con chiarezza il contributo apportato dal lavoratore e di analizzarne specificamente il contenuto per effettuare una valutazione del proprio operato (8). Questo requisito è infatti ritenuto di fondamentale importanza perché costituisce, in concreto, il fulcro su cui si concentra la facoltà del datore di lavoro di esprimere una valutazione sull'esito della prova, che, sebbene discrezionale e non sindacabile nel merito, presuppone tuttavia la necessità dell'esperimento puntuale della prestazione sulle mansioni esattamente identificate (9).

Un riferimento generico potrebbe infatti determinare la «confusione» dell'oggetto su cui si basa l'esperimento della prova.

La determinazione puntuale dell'alveo del giudizio permette ad ambo le parti la conoscenza di quale sia il parametro su cui misurare il «gradimento» dell'esecuzione della mansione.

In alcuni casi, tuttavia, la giurisprudenza ha ritenuto che il «generico» riferimento alla qualifica di assunzione e al sistema classificatorio della contrattazione collettiva possa essere sufficiente (10).

(7) Cass. 14.4.2001, n. 5591, in *MGC online*, 2001, 794 ss., 11.8.2025, secondo cui «... in linea con il consolidato orientamento giurisprudenziale di questa Corte (Cass. 24.8.1991 n. 9101) secondo il quale, la forma scritta necessaria, a norma dell'art. 2096 codice civile, per il patto di assunzione in prova è richiesta “*ad substantiam*” e tale essenziale requisito di forma – la cui mancanza comporta nullità assoluta dell'assunzione in prova e la sua immediata ed automatica conversione in assunzione definitiva – deve sussistere sin dall'inizio del rapporto di lavoro, senza alcuna possibilità di equipollenti o sanatorie, potendosi ammettere soltanto la non contestualità della sottoscrizione di entrambe le parti prima dell'esecuzione del contratto ma non anche la successiva documentazione della clausola orale mediante la sottoscrizione, originariamente mancante, di una delle parti, atteso che ciò si risolverebbe nell'ammissibile convalida di un atto nullo, con sostanziale diminuzione della tutela del lavoratore». Conformi: Cass. 22.10.2010, n. 21758, in *MGC*, 2010, n. 10, 1361 ss.; Cass. 26.7.2002, n. 11122, in *LG*, 2003, n. 4, 356 ss., con nota di Girardi; Cass. 3.1.1995, n. 25, in *MGC online*, 1995, n. 3, 11.8.2025.

(8) Cfr., tra le più recenti, Cass. 27.2.2023, n. 5881, in *RIDL*, 2023, n. 2, II, 307 ss., con nota di Valenti, secondo la quale l'indicazione da parte del datore di lavoro delle mansioni oggetto del patto di prova può essere effettuata anche mediante il semplice rinvio *per relationem* alle declaratorie contrattuali, a condizione che il richiamo sia sufficientemente specifico. In tal senso, non si ravvisa l'illegittimità del licenziamento del lavoratore per mancato superamento della prova qualora il rimando al Ccnl contenuto nel patto consenta di individuare, soprattutto in presenza di una pluralità di profili appartenenti alla stessa categoria e livello, la nozione classificatoria più dettagliata ed esaustiva.

(9) Sul tema, si vedano, *ex multis*: Cass. 19.3.2015, n. 5509, in *DeG online*, 2015, 16.8.2025; Cass. 25.2.2015, n. 3852, in *DPL*, 2016, n. 1, 268 ss.; Cass. 23.5.2014, n. 11582, in *MGI online*, 2014, 11.8.2025; Cass. 19.8.2005, n. 17045, in *DPL*, 2006, n. 3, 474 ss.; Cass. 22.3.2000, n. 3451, in *MGI*, 2000, 622 ss.

(10) Si vd., ad es., Cass. 9.4.2008, n. 9249, inedita a quanto consta, secondo cui «la specifica indicazione delle mansioni oggetto del patto di prova, può essere operata anche “*per relationem*” alla qualifica di assunzione, ove questa corrisponda ad una declaratoria del contratto collettivo che definisca le mansioni comprese nella qualifica».

Da ciò ne deriva che la facoltà di identificare le mansioni all'interno del patto è attribuita al datore di lavoro nell'unica ipotesi in cui la contrattazione collettiva applicabile al caso di specie definisca in modo dettagliato le mansioni comprese nella qualifica oggetto di prova. La mancata specificazione delle mansioni oggetto della prova è, dunque, un requisito di validità del patto di prova, la cui assenza ne comporta la nullità.

Sotto il profilo processuale, va poi anche evidenziato che la nullità del patto di prova per mancata indicazione specifica delle mansioni può essere rilevata anche d'ufficio dal giudice, sia in primo grado che in grado di appello (11).

3. — *Il caso di specie e la genericità del riferimento alle mansioni assegnate al lavoratore per misurarne grado di competenza e affidabilità funzionali all'assunzione in servizio* — Nel caso esaminato dalla Corte d'Appello di Roma, il lavoratore era stato assunto con contratto a tempo indeterminato, il 12.11.2019, al quale era stata apposta una clausola di prova.

Successivamente, il 18.6.2020, era stato intimato il licenziamento per mancato superamento del medesimo patto.

Il Tribunale di Roma, con sentenza n. 1836/2022, aveva annullato il licenziamento e condannato la società alla reintegrazione nel posto di lavoro.

Il Tribunale principiava le proprie motivazioni dichiarando che l'indicazione generica dell'inquadramento contrattuale non era sufficiente a rendere valido il patto di prova per due motivi principali. In primo luogo, riteneva che la formulazione di «tecnico commerciale» presente nel testo della clausola fosse eccessivamente generica e non offrisse al lavoratore un sufficiente grado di certezza in merito alle mansioni concrete che sarebbero state oggetto della prova. In secondo luogo, il giudice di prime cure affermava che tale vaghezza rendeva la clausola nulla perché inadatta a garantire la finalità essenziale del patto, ovvero la valutazione reciproca e oggettiva delle capacità e attitudini del lavoratore.

Il giudice di prime cure, evidenziando come tale parziale nullità del contratto non rendesse nullo l'intero contratto di lavoro, *ex art.* 1419 c.c., aveva sottolineato che il rapporto sotteso tra le parti dovesse essere trattato fin da subito come un contratto di lavoro non sottoposto a condizione.

Tale argomentazione, sempre secondo il giudice del lavoro di Roma, aveva una diretta implicazione sulla gestione del licenziamento, che pertanto doveva essere ricondotta al regime ordinario del licenziamento, applicando *ratione temporis* l'art. 3, c. 2, del d.lgs. n. 23/2015, data l'assunzione del lavoratore successiva all'entrata in vigore del *Jobs Act*.

Difatti, il Tribunale, dopo aver accertato la nullità del patto di prova e che il recesso datoriale fosse basato unicamente sul mancato superamento dello stesso, aveva stabilito che la nullità della clausola rendeva il licenziamento privo di giustificatazza. Il recesso basato unicamente sul mancato superamento di una «prova inesistente» doveva, per-

(11) Cfr. Cass. 4.12.2007, n. 25264, in *DeJure*, 15.8.2025. Nel giudizio di appello, ai fini della rilevanza d'ufficio della nullità occorre che il lavoratore abbia richiesto in primo grado l'attuazione del contratto (sia nella forma del risarcimento del danno sia nella forma della domanda di inadempimento) e il datore di lavoro abbia contrastato tale domanda, facendo valere gli effetti impeditivi connessi all'esercizio da parte sua di una facoltà di recesso fondata sul patto di prova, e facendo così valere il patto di prova stesso.

tanto, considerarsi un licenziamento viziato dalla insussistenza del fatto materiale contestato e, per questo, rendeva applicabile la tutela reintegratoria attenuata prevista per i licenziamenti illegittimi per fatti insussistenti.

Con la sentenza in commento, la Corte d'Appello di Roma ha dunque confermato la nullità del patto di prova, ritenendo che il riferimento alla sola qualifica di inquadramento nel contratto individuale – nel caso di specie, quella di «tecnico commerciale» con qualifica di quadro di 8° livello di cui al Ccnl metalmeccanici Confapi applicato – fosse eccessivamente generico e, quindi, inidoneo a consentire l'identificazione *ex ante* delle mansioni di concreta adibizione e delle attività lavorative oggetto della prova.

Come già osservato dal Tribunale, il patto di prova contenuto nel contratto individuale non era specifico e, dunque, affetto da nullità, in quanto il riferimento operato nel contratto individuale alla sola qualifica di inquadramento è da ritenersi, in difetto di altre specificazioni, inidoneo «a consentire la identificazione *ex ante* delle mansioni di concreta adibizione del dipendente e quindi le attività lavorative oggetto della prova».

Di conseguenza, la nullità del patto di prova, non estendendosi all'intero contratto, avrebbe determinato l'automatica conversione dell'assunzione in via definitiva, sin dall'inizio del rapporto.

4. — *Patto di prova invalido e tutele applicabili nell'evoluzione giurisprudenziale* — Il cuore del dibattito e della decisione in commento risiede nell'individuazione delle tutele applicabili in caso di licenziamento intimato sulla base di un patto di prova nullo nel regime del vigente d.lgs. 4.3.2015, n. 23.

Il cd. *Jobs Act* – d.lgs. n. 23/2015 – ha modificato l'assetto delle tutele in caso di licenziamento illegittimo rispetto al sistema precedente, basato sull'art. 18, l. 20.5.1970, n. 300, come modificato dalla l. 28.6.2012, n. 92, introducendo una tendenziale graduazione delle sanzioni in funzione della gravità del vizio (12).

La tutela reintegratoria è stata quindi limitata a casi specifici in una gradazione dei rimedi ai licenziamenti illegittimi che ha assunto un significato diverso e, a volte, difficile da contestualizzare nella cornice costituzionale (13).

Con l'adozione del d.lgs. n. 23 del 2015 – che ha introdotto un sistema sanzionatorio fortemente differenziato a seconda della tipologia di licenziamento –, la corretta qualificazione del vizio del recesso datoriale assume una rilevanza cruciale.

Il sistema delineato dal legislatore distingue, infatti, in modo netto, tra licenziamento disciplinare e licenziamento per giustificato motivo oggettivo, riservando a quest'ultimo esclusivamente una tutela di tipo economico (art. 3, c. 1) (14).

(12) Per una disamina della materia dei licenziamenti dopo il *Jobs Act*, tra i numerosissimi, si vd.: Carinci 2024, 365; *Ead.* 2017; Carinci, Tursi 2020; B. Caruso, C. Caruso 2024, 323; De Falco 2024, 821; Franza 2024, 479; Mazzotta 2024, 631; *Id.* 2017; Perulli 2017; *Id.* 2015, 413; Pessi 2024, 813; Pessi *et al.* 2015; Saracini 2018; Tosi, Puccetti 2023, 303; Visonà 2024, 667.

(13) Zoli 2017, 426. Vd. anche C. cost. 7.2.2000, n. 46, in *FL* 2000, I, 1401 ss., secondo cui la tutela reintegratoria non rappresenta «l'unico possibile paradigma attuativo dei principi» previsti dagli artt. 4 e 35 Cost.

(14) Sulla tutela indennitaria prevista dal *Jobs Act*, cfr. Ghera 2022, 3 ss. Circa l'inapplicabilità della reintegrazione attenuata e la riduzione a metà degli importi previsti dagli artt. 3 e 4, cfr.: Magnani 2021, 169; Pisani 2023b, 252.

Alla luce di siffatto quadro normativo, la giurisprudenza ha chiarito che, anche dopo il d.lgs. n. 23 del 2015 – che non ha inciso sulla necessaria causalità del licenziamento già stabilita dalla l. n. 604/1966 –, il recesso privo di giustificazione, intimato in assenza di un patto di prova valido, non determina una «nullità radicale», bensì integra un'ipotesi di «licenziamento ingiustificato», estraneo alle fattispecie di nullità di cui all'art. 2 (15).

La verifica della misura applicabile deve, dunque, certamente concentrarsi sull'art. 3, all'interno del quale emerge con chiarezza l'intento del legislatore di rendere residuale la reintegrazione, come segnalato dal primo cpv. del c. 1, che subordina l'erogazione dell'indennità al mancato ricorrere dei presupposti per l'applicazione del c. 2.

Quest'ultimo, com'è noto, vincola la reintegrazione all'accertamento dell'insussistenza del fatto materiale, in assenza di ulteriori margini valutativi.

L'architettura del cd. *Jobs Act* riflette, in tal senso, una precisa scelta di politica legislativa, orientata a privilegiare la tutela indennitaria come strumento ordinario di protezione del lavoratore licenziato illegittimamente.

Tale opzione è stata ritenuta compatibile con i precetti costituzionali dalla Consulta, che ha riconosciuto al legislatore ampia discrezionalità nella definizione delle misure di tutela, pur nel rispetto dei principi di eguaglianza e ragionevolezza (16).

Sulla base di tali presupposti logico-argomentativi, la giurisprudenza di legittimità, con la sentenza del 14.7.2023, n. 20239, ha ritenuto che il licenziamento *ad nutum* intimato in assenza di un valido patto di prova non rientrasse tra le ipotesi per cui è prevista la reintegrazione *ex art.* 3, c. 2, e, pertanto, ha fatto ricadere la fattispecie nel regime generale dell'indennizzo economico (17).

Tale soluzione risultava certamente coerente con la logica graduata che informava il testo del d.lgs. n. 23/2015 precedente all'intervento della Corte costituzionale del 2024, secondo cui l'intensità della sanzione va comunque rapportata alla gravità del vizio che inficia l'atto espulsivo (18).

Tuttavia, questo appariva coerente con l'impianto normativo del 2015, che riservava la reintegrazione a fattispecie obiettivamente connotate da maggiore gravità (19).

(15) Secondo tale indirizzo, ciò rende non rilevante, ai fini della decisione, l'eventuale questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 in relazione al profilo dell'eccesso di delega, laddove esso limitava la tutela reintegratoria ai soli casi di nullità espressamente previsti. Vd. Armone 2024, 239. Vd. anche Cass. 14.7.2023, n. 20239, in *RIDL*, 2023, n. 4, II, 708 ss., secondo la quale la nullità della clausola che contiene il patto di prova determina l'automatica conversione dell'assunzione in definitiva sin dall'inizio e il venir meno del regime di libera recedibilità sancito dall'art. 1 della l. n. 604 del 1966, con la conseguenza che il recesso *ad nutum*, intimato in assenza di valido patto di prova, equivale a un ordinario licenziamento – soggetto alla verifica giudiziale della sussistenza o meno della giusta causa o del giustificato motivo –, il quale, nel regime introdotto dal d.lgs. n. 23 del 2015, è assoggettato alla regola generale della tutela indennitaria di cui all'art. 3, c. 1, del predetto decreto legislativo, non essendo riconducibile ad alcuna delle specifiche ipotesi, di cui al successivo c. 2, nelle quali è prevista la reintegrazione.

(16) Cfr.: C. cost. 8.11.2018, n. 194, in *FI*, 2019, n. 1, I, 70 ss., con nota di Giubboni; C. cost. 19.5.2022, n. 125, in *FI*, 2022, n. 9, I, 2612 ss.; C. cost. 1.4.2021, n. 59, in *DLRI*, 2021, n. 2, 522 ss., con nota di Pisani.

(17) Seppure alcuno aveva sostenuto la prevalenza della tutela indennitaria, ritenendo che la nullità del patto di prova non comportasse necessariamente la radicale nullità del recesso. Cfr. Rusciano 2018, 211.

(18) Vd. Pisani 2024a, 557.

(19) Per un commento sulla sentenza Cass. n. 20239/2023, si vd.: Biasi 2024, 455; Di Meo 2023, 715; Fiorelli 2024, 196.

5. — *L'impatto della decisione della Corte costituzionale n. 128/2024* — La presa di posizione della Cassazione n. 20239/2023 deve ritenersi tuttavia superata a seguito della sentenza n. 128/2024 della Corte costituzionale, che, come noto, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, c. 2, d.lgs. n. 23/2025, nella parte in cui non prevedeva l'applicazione della tutela reintegratoria attenuata anche nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo in cui fosse direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale allegato dal datore di lavoro (20).

La motivazione si basa sulla violazione degli artt. 3, 4 e 35 della Costituzione. La Corte ha ritenuto irragionevole e sproporzionata la differenziazione tra le tutele previste per il licenziamento disciplinare, che prevede la reintegra in caso di insussistenza del fatto, e per quello per giustificato motivo oggettivo, che prevede solo un indennizzo.

L'insussistenza del fatto su cui si fonda l'atto di recesso datoriale rende le due fattispecie «identiche o, se non altro, assolutamente omogenee».

La sentenza qualifica il licenziamento per Gmo basato su un fatto insussistente come un recesso «pretestuoso» e «senza causa». Un simile atto lede la dignità del lavoratore e si colloca in una posizione «a confine con un licenziamento discriminatorio». L'esclusione della reintegra in queste ipotesi indebolisce la tutela e consente al datore di lavoro di aggirare la disciplina sui licenziamenti illegittimi, a fronte del solo costo di un indennizzo.

Orbene, tale soluzione ermeneutica, seppure qui estremamente sintetizzata, non è stata esente da critiche (21).

Parte della dottrina ha, infatti, osservato che la costruzione giurisprudenziale che assimila un comportamento sanzionato con misura conservativa a un fatto inesistente o lecito — che pure prevede una sanzione — potrebbe essere forzatamente interpretata dalla Consulta al fine di ricondurre la fattispecie nell'alveo applicativo della tutela reintegratoria (22).

Si tratta, in sostanza, di una lettura che spinge ai limiti estremi l'uso dell'interpretazione conforme a Costituzione, trasformando la disposizione normativa per adeguarla ai parametri costituzionali (23).

Sul piano sistematico, è significativo rilevare che, in assenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato, è stata la stessa Corte costituzionale a formulare una lettura della norma volta a renderla compatibile con i principi evocati dal giudice rimettente.

(20) Giubboni 2024, 1314.

(21) Sulle criticità relative all'applicazione del *repêchage*, si vd. Riccobono 2024b, 605 ss.

(22) Già Pisani 2023b, 255. Per le diverse critiche sulle cd. «sentenze gemelle», si vd. anche: Carinci 2024, 365 ss.; Cester 2024, 1263; Pisani 2023b, 255 ss.; Pisani 2024b; Tosi, Puccetti 2024, 303 ss.; Tosi 2024, 1042.

(23) Secondo alcuni, la Corte, con la sentenza n. 128/2024, ha operato un'analogia «affrettata» tra il licenziamento disciplinare e quello economico, poiché non vi è alcuna corrispondenza logica o giuridica tra le due fattispecie. Il concetto di «fatto materiale» non può essere «neutro» rispetto alla causa del licenziamento, e l'assimilazione confonde la giustificazione del licenziamento con la sua «causa» civilistica. La sentenza, pur correggendo una «disarmonia» del *Jobs Act*, si inserisce in un quadro di «cronico disallineamento» tra legislatore e interpreti. Questo divario ha spinto il legislatore a posizioni più radicali, che sono state a loro volta corrette dalla Corte costituzionale attraverso un'attività «manipolativa» che riscrive la disciplina delle tutele crescenti. Di tale avviso è Tursi (2024, 1213).

Si tratta di un approccio che impone all'interprete un obbligo di conformarsi alla lettura costituzionalmente orientata dell'art. 3, c. 2, del d.lgs. n. 23/2015 ogniquale volta debba essere applicata la disciplina relativa ai licenziamenti (24).

Il risultato delle pronunce costituzionali – in particolare delle sentenze n. 128/2024 e n. 129/2024 – è dunque quello di una sensibile estensione del perimetro applicativo della reintegrazione attenuata, anche in situazioni in cui, in base al tenore letterale della norma, essa appariva preclusa.

All'esito di questo duplice intervento correttivo, il lavoratore assunto con contratto a tutele crescenti può oggi beneficiare della reintegrazione, accompagnata da un risarcimento fino a dodici mensilità, sia nei casi in cui venga accertata l'inesistenza del fatto materiale addotto dal datore di lavoro per giustificare un licenziamento per motivo oggettivo, sia quando, in ambito disciplinare, il fatto contestato sia previsto dalla contrattazione collettiva come punibile con sanzione conservativa e non espulsiva (25).

In questo modo, la Consulta ha realizzato un parziale riavvicinamento tra la disciplina del d.lgs. n. 23/2015 e quella risultante dalla nuova formulazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, determinando una riemersione – per quanto limitata – dello spazio applicativo della tutela reale all'interno del sistema delle tutele crescenti (26).

La Corte d'Appello di Roma applica la logica interpretativa della sentenza costituzionale n. 128/2024 al caso del licenziamento basato su un patto di prova nullo rilevando che, in tale ipotesi, il fatto posto alla base del licenziamento – ovvero l'asserito mancato superamento della prova – è da ritenersi «insussistente» proprio perché la clausola della prova stessa era nulla e, quindi, invalida (27).

(24) Cfr. ancora Giubboni 2024, 1316.

(25) La Corte costituzionale, con la sentenza n. 129/2024, ha affrontato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, c. 2, del d.lgs. n. 23/2015, sollevata dal Tribunale di Catania. La Corte ha affermato che il licenziamento intimato per un fatto che, in base alla contrattazione collettiva, è passibile di una sanzione solo conservativa deve essere equiparato alla fattispecie di «insussistenza del fatto materiale». La *ratio* di questa interpretazione risiede nel riconoscimento del ruolo essenziale dell'autonomia negoziale delle parti sociali, a sua volta espressione dell'autonomia collettiva, nella disciplina del rapporto di lavoro.

(26) A tale affermazione corre l'obbligo di chiarire che, dalla lettura della sentenza del giudice delle leggi, la violazione dell'obbligo di *repêchage* non rientra più nel concetto di «fatto» e, di conseguenza, l'inosservanza attiva solo la tutela indennitaria. In effetti, l'obbligo di «trovare un posto» dove ricollocare il «licenziando economico» deve essere inteso per la Consulta come momento successivo e diverso dalla causa del licenziamento. Il motivo oggettivo su cui si fonda la scelta del datore di porre fine al rapporto, infatti, si colloca su elementi diversi e preordinati, a cui si aggiunge la ricostruzione giurisprudenziale del ricollocamento come tentativo di evitare la risoluzione del contratto. La mendace assenza di una posizione dove ricollocare il dipendente, quindi, si pone in un momento successivo e diverso rispetto al fatto principale (magari sussistente). Tale modifica trova applicazione unicamente nei confronti della tutela reintegratoria prevista dall'art. 3 del *Jobs Act* e, pertanto, vedrebbe una disparità applicativa con i lavoratori assunti prima del marzo 2015 (vd. Riccobono 2024b, 605). Questa interpretazione rovescia il precedente «*totem* giurisprudenziale» che tendeva a equiparare le due situazioni, sanzionando entrambe con la reintegrazione. Su tale ultima posizione, si vd. Tursi 2024, 1212.

(27) Il fatto posto alla base del licenziamento – ovvero un patto di prova nullo – è da ritenersi «insussistente» e, in quanto tale, è da considerare «senza causa»; il licenziamento è, cioè, privo di una causa atta *ex lege* a giustificarlo, collidendo con il principio «della necessaria natura causale del

Un licenziamento fondato su un «fatto insussistente» è quindi da ritenersi un licenziamento «senza causa», privo dunque di una causa legittimante, e rappresenta, pertanto, un recesso illegittimo.

Come si è detto, alla luce degli insegnamenti della Corte costituzionale n. 128/2024, che estende la tutela reintegratoria attenuata di cui all'art. 3, c. 2, ai casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo basato su un fatto materiale insussistente, la Corte d'Appello di Roma condivisibilmente conclude che questa medesima tutela debba applicarsi al caso di specie. Poco importa, infatti, che il datore di lavoro imputi il mancato superamento della prova a fattispecie di natura economica o disciplinare.

Se il licenziamento è basato sull'insussistenza del fatto materiale, come nel caso di un licenziamento per mancato superamento di un patto di prova nullo, la conseguenza è l'applicazione della tutela reintegratoria attenuata di cui all'art. 3, c. 2, d.lgs. n. 23/2015.

Questo perché la nullità del patto di prova rende insussistente l'evento (il mancato superamento della prova) che il datore di lavoro ha posto a base del recesso.

In breve, non è possibile ritenere che possa esservi un «fatto materiale» che possa essere posto a fondamento del licenziamento, in quanto, non essendovi il patto, l'atto dismissivo del datore di lavoro risulta essere in violazione della prescrizione dell'art. 2096 c.c., sì che la fattispecie va equiparata a quella dell'«insussistenza del fatto materiale», con conseguente applicabilità della tutela reintegratoria attenuata.

Il Collegio osserva, quindi, che tale conclusione, nel sistema normativo delineato dalla sentenza della Corte costituzionale, «ha fatto, in qualche modo, rivivere la situazione precedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015».

Infatti, sotto il regime previgente, la giurisprudenza di legittimità riteneva che il licenziamento basato sul mancato superamento della prova in assenza di un valido patto fosse viziato per assenza di causa giustificatrice e comportasse l'applicazione della tutela reintegratoria (28).

6. — *Conclusioni* — La decisione della Corte d'Appello di Roma, dunque, recependo pienamente la portata innovativa della sentenza della Corte costituzionale n. 128/2024, ridefinisce il regime delle tutele in un'importante fattispecie di licenziamento illegittimo, dichiarando superato l'orientamento precedente, che relegava il licenziamento basato su patto di prova nullo alla sola tutela indennitaria di cui all'art. 3, c. 1, del d.lgs. 23/2015.

La condivisibile affermazione della Corte romana, allargando l'ambito di protezione del lavoratore in ipotesi di recesso datoriale fondato su un presupposto invalido, ribadisce che l'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento – ovvero il mancato

recesso», cui consegue, a favore del lavoratore, quale «unica tutela adeguata» secondo gli insegnamenti della citata sentenza n. 128/2024 della Consulta, «da tutela reintegratoria attenuata» ex art. 3, c. 2, d.lgs. n. 23/2025.

(28) Vd. Cass. 3.8.2016, n. 16214, in *ADL*, 2016, n. 6, 1274 ss., secondo la quale la cessazione unilaterale del rapporto per mancato superamento della prova rientra nell'eccezionale fattispecie del recesso *ad nutum* di cui all'art. 2096 c.c., sottratto all'ordinaria disciplina di controllo delle ragioni del licenziamento, fermo restando, peraltro, che il richiamo al mancato superamento di un patto di prova non validamente apposto è inidoneo a costituire giusta causa o giustificato motivo di licenziamento e giustifica l'applicazione della tutela reintegratoria e risarcitoria, prevista dall'art. 18, c. 4, St. lav., come modificato dalla l. n. 92 del 2012, applicabile *ratione temporis*.

superamento di una prova svolta in modalità non conforme ai principi di legge – va considerata alla stregua dell'insussistenza del fatto materiale, e di conseguenza sanzionata con la tutela reintegratoria attenuata prevista dall'art. 3, c. 2, d.lgs. n. 23/2015, alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale.

Tale interpretazione ristabilisce, per il licenziamento basato su patto di prova nullo, un livello di tutela, consistente nella reintegrazione, seppur attenuata, che è maggiormente in linea con la gravità del vizio, rappresentato dalla mancanza radicale della causa del recesso.

La decisione della Corte d'Appello di Roma è dunque di particolare importanza, in quanto segna un ulteriore passo nel percorso di adeguamento del d.lgs. 23/2015 ai principi costituzionali in materia di stabilità del rapporto di lavoro, confermando la necessità della validità formale e sostanziale del patto di prova quale presupposto per il legittimo esercizio del recesso datoriale *ad nutum*.

Riferimenti bibliografici

- Amoroso G., Di Cerbo V., Maresca A. (2007), *Il diritto del lavoro, Costituzione, codice civile e leggi speciali*, vol. I, Giuffrè, Milano, 613 ss.
- Armone G. (2024), *Licenziamenti e nullità virtuali: spunti di riflessione all'indomani di C. cost. n. 22 del 2024*, in RIDL, n. 2, I, 239 ss.
- Assanti C. (1957), *Il contratto di lavoro a prova*, Giuffrè, Milano.
- Bettini M.N. (2023), *Patto di prova e specificazione delle mansioni*, nota a Cass. 20.2.2023, n. 5264, in MGL, n. 1, 151 ss.
- Biasi M. (2024), *Sulle conseguenze del licenziamento intimato sull'errato presupposto della validità del patto di prova nel regime sanzionatorio del Jobs Act*, nota a Cass. 14.7.2023, n. 20239, in DRI, n. 2, 455 ss.
- Bonaretti L. (1987), *Il patto di prova nel rapporto di lavoro privato*, Giuffrè, Milano.
- Carinci F., De Luca Tamajo R., Tosi P., Treu T. (a cura di) (2023), *Diritto del lavoro*, vol. II, *Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Torino, 66 ss.
- Carinci M.T. (2017), *L'evoluzione della disciplina del licenziamento. Giappone ed Europa a confronto*, Giuffrè, Milano.
- Carinci M.T. (2024), *Licenziamento per «fatto materiale insussistente» nel Jobs Act: la Corte costituzionale riorienta o disorienta il sistema? Una prima analisi di C. cost. 128 e 129 del 2024*, in RIDL, n. 3, I, 365 ss.
- Carinci M.T., Tursi A. (2020), *Licenziamento, subordinazione e lavoro agile, tra diritto giurisprudenziale e diritto emergenziale*, Giappichelli, Torino.
- Cassì V. (1950), *Il rapporto di lavoro in prova*, Giuffrè, Milano.
- Cester C. (2024), *Le sentenze n. 128 e 129 del 2024 della Corte costituzionale: il ritorno (moderato) della tutela reale*, in ADL, n. 6, 1263 ss.
- Chiaromonte W. (2020), *Ritenta, (non) sarai più fortunato! L'illegittimità per difetto di causa dell'apposizione del patto di prova a contratti successivi*, nota a Cass. 9.3.2020, n. 6633, in RIDL, n. 3, II, 454 ss.
- De Falco F. (2024), *Licenziamento, depotenziamento della reintegrazione ed «anti-corpi» generati dal sistema*, in DML, n. 3, 821 ss.
- Del Punta R. (1990), voce *Lavoro in prova*, in EGT, vol. XVIII, Istituto Enciclopedia italiana, Roma, 2 ss.

- Di Meo R. (2023), *Sull'area di libera recedibilità datoriale nel patto di prova (nullo): stessa soluzione, due problemi diversi*, nota a Cass. 14.7.2023, n. 20239, in RIDL, n. 4, II, 715 ss.
- Fiorelli L. (2024), *Nullità del patto di prova e recesso illegittimo: tutele applicabili*, nota a Cass. 14.7.2023, n. 20239, ord., in MGL, n. 1, 196 ss.
- Franza F.G. (2024), *Cinque sentenze per un sistema. La nuova giurisprudenza costituzionale sui licenziamenti illegittimi*, in MGL, n. 3, 479 ss.
- Ghera E. (2002), *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari.
- Ghera E. (2022), *Le tre sentenze della Corte costituzionale sul regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. Interrogativi e prospettive*, in RIDL, n. 1, I, 3 ss.
- Giubboni S. (2024), *La disciplina del licenziamento dopo le sentenze 128 e 129 del 2024 della Corte costituzionale*, in GC, n. 4, 1314 ss.
- Gragnoli E. (2019), *L'illegittimità del licenziamento intimato in pendenza del periodo di prova e le conseguenze sanzionatorie*, nota a Cass. 3.12.2018, n. 31159, in DRI, n. 2, 669 ss.
- Magnani M., (2021), *Il terribile diritto. Riflessioni sull'attuale regime del licenziamento tra giurisprudenza e legislatore*, in RIDL, n. 1, II, 169 ss.
- Mazzotta O. (2017), *Il recesso. La giustificazione del licenziamento. La tutela reale*, Giuffrè, Milano.
- Mazzotta O. (2024), *La Corte costituzionale e i licenziamenti: fra diritto civile e diritto del lavoro*, in Labor, n. 6, 631 ss.
- Menghini L. (1998), *La clausola di prova*, in C. Cester (a cura di), *Diritto del lavoro, Commentario* diretto da F. Carinci, vol. II, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Utet, Torino.
- Montuschi L. (1986), *La costituzione del rapporto di lavoro e il collocamento*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di Diritto privato*, vol. XV, tomo I, Utet, Torino, 273 ss.
- Pergolesi F. (1949), *Diritto del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 93 ss.
- Perulli A. (2015), *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. profili critici*, in RIDL, n. 3, I, 413 ss.
- Perulli A. (2017), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino.
- Pessi R. (2024), *Aidlass forense 2024: alcune sintetiche considerazioni sulla disciplina dei licenziamenti*, in MGL, n. 4, 813 ss.
- Pessi R., Pisani C., Proia G., Vallebona A. (2015), *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, Torino.
- Pisani C. (2021), *La riforma dei regimi sanzionatori del licenziamento per mano della Consulta*, in DLRI, n. 2, 522 ss.
- Pisani C. (2023a), *La specificità del patto di prova e il rinvio alla contrattazione collettiva*, nota a Cass. 14.1.2022, n. 1099, in LG, n. 3, 294 ss.
- Pisani C. (2023b), *La controriforma della Corte costituzionale della disciplina rimediale per il licenziamento ingiustificato: tra sconfinamenti e nuove disarmonie*, in DML, n. 2, 255 ss.
- Pisani C. (2024a), *Ruolo e tecniche della consulta nella disciplina rimediale dei licenziamenti: custode della ragionevolezza o decisore sovrano?*, in RIDL, n. 4, II, 557 ss.
- Pisani C. (2024b), *Le sentenze gemelle della Consulta 2024 ampliative della reintegrazione: contenuti e criticità*, in LG, n. 8-9, 761 ss.
- Rausei R. (2006), *Nullità della prova, illegittimità e conseguenze del licenziamento*, in DPL, n. 33, 2479 ss.
- Riccobono A. (2024a), *Riforme dei licenziamenti ed impatto sulle cause di giustificazione: lo stato dell'arte dopo Corte costituzionale n. 128/2024 e n. 129/2024*, in A. Occhino (a cura di), *Licenziamento e scienze sociali: una ricerca*, 241 ss.

- Riccobono A. (2024b), *La tutela reale e la coperta corta. Nota a margine di C. cost. n. 128/2024*, in *DML*, n. 2, 605 ss.
- Riva Sanseverino R. (1977), *Dell'impresa in generale*, in A. Scialoja, G. Branca (diretto da), *Commentario al codice civile, Sub artt. 2060-2134*, Bologna-Roma, 3 ss.
- Rusciano M. (2018), *Nullità del patto di prova e disciplina delle tutele crescenti*, in *MGL*, n. 1, 211 ss.
- Santoro Passarelli F. (1976), *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli.
- Saracini P. (2018), *Reintegra monetizzata e tutela indennitaria nel licenziamento ingiustificato*, Giappichelli, Torino.
- Suppiej G. (1982), *Il rapporto di lavoro*, Cedam, Padova.
- Tosi P., Puccetti E. (2023), *Le differenti tutele in caso di licenziamenti economici e disciplinari di nuovo al vaglio della Consulta*, in *RIDL*, n. 4, II, 810 ss.
- Tosi P., Puccetti E. (2024), *I licenziamenti disciplinari ed economici nel Jobs Act «riscritto» dalla Consulta*, in *RIDL*, n. 3, II, 303 ss.
- Tursi A. (2024), *L'ipertrofia dell'insussistenza del fatto e l'irrilevanza del repêchage ai fini della reintegrazione*, in *DRI*, n. 4, 1205 ss.
- Varesi P.A. (1995), voce *Prova (Patto di)*, in *DDPComm.*, vol. XI, Utet, Torino, 423 ss.
- Visonà S. (2024), *La disciplina dei licenziamenti, oggi, e la sua conformità ai principi costituzionali: profili generali*, in *Labor*, n. 6, 667 ss.
- Zangari G. (1965), *Il contratto di lavoro con clausola di prova*, Giuffrè, Milano.
- Zoli C. (2017), *L'evoluzione del sistema rimediale: privato e pubblico a confronto*, in *LD*, n. 3-4, 426 ss.
- Zoppoli A. (2001), *Il licenziamento del lavoratore in prova torna all'esame della Corte costituzionale: un'occasione perduta?*, nota a C. cost. 4.12.2000, n. 541, in *DML*, n. 2, 399 ss.

Marcello D'Aponte
Professore associato di Diritto del lavoro
presso l'Università di Napoli «Federico II»

CORTE D'APPELLO FIRENZE, 26.2.2025.

Discriminazioni – Discriminazione collettiva – Azione ex art. 37, d.lgs. n. 198/2006 – Discriminazione indiretta – Particolare svantaggio – Carichi di cura e assistenza – Orario di lavoro – Onere della prova – Mancata dimostrazione di una finalità legittima.

Integra una discriminazione indiretta collettiva l'imposizione da parte del datore di lavoro di un orario di lavoro rigido uguale per tutti i dipendenti (con pausa pranzo di un'ora e mezza) che non tiene conto delle esigenze delle lavoratrici con carichi di cura e assistenza e della loro richiesta di accorciare la pausa pranzo per anticipare l'orario di uscita, laddove non sia sorretta dal perseguimento di una finalità legittima e dall'uso di uno strumento appropriato e necessario. (1)

(1) GUTTA CAVAT LAPIDEM.

LE ESIGENZE PERSONALI (DI CURA E ASSISTENZA)
E LA LENTA EROSIONE DELLE PREROGATIVE DATORIALI

SOMMARIO: 1. Le ragioni dell'impresa e la marginalizzazione delle esigenze personali. — 2. La discriminazione indiretta e le misure organizzative non necessarie. — 3. La discriminazione collettiva e la nozione di particolare svantaggio. — 3.1. La ripartizione dell'onere della prova.

1. — *Le ragioni dell'impresa e la marginalizzazione delle esigenze personali* — La vicenda giudiziaria alla base della sentenza della Corte d'Appello di Firenze che si commenta trae origine dal ricorso presentato dalla Consigliera di parità della Regione Toscana ai sensi dell'art. 37 del d.lgs. n. 198/2006, volto ad accertare una discriminazione indiretta di carattere collettivo (su cui *infra*, par. 2), attuata dalla società nei confronti di dipendenti, madri di figli minori o con anziani da assistere.

Tale condotta consisteva nell'aver imposto un orario di lavoro uniforme e respinto la richiesta di modifica o riduzione della pausa pranzo, fissata dalle 13:00 alle 14:30 per tutti i dipendenti della società, formulata dalle tre addette dell'Ufficio amministrazione al fine di consentire l'anticipazione dell'orario di uscita, a fronte della conservazione di un numero invariato di ore di prestazione giornaliera.

Il Tribunale, in primo grado, ha ritenuto che la condotta datoriale non integrasse una ipotesi di discriminazione indiretta, poiché non era stato provato in giudizio il particolare svantaggio, richiesto dalla definizione legislativa, che non poteva semplicemente esaurirsi «in un mero disagio, o nella perdita della generica convenienza pratica di essere più presenti in famiglia», affermando, inoltre, che la lunga durata della pausa pranzo fosse compatibile con le esigenze di cura e assistenza ed equivalesse alla possibilità di anticipare l'orario di uscita.

In secondo grado, la Corte d'Appello ha, invece, ritenuto che l'imposizione di uno schema orario rigido da parte del datore di lavoro, accompagnata dal rifiuto di differen-

ziare l'orario per accogliere la richiesta delle lavoratrici onerate da carichi di cura e assistenza di accorciare la pausa pranzo di un'ora finalizzata ad anticipare l'uscita e, quindi, a favorire una migliore conciliazione tra i tempi di vita e i tempi di lavoro, costituisca una discriminazione indiretta, poiché idonea a produrre un particolare svantaggio (su cui cfr. *infra*, par. 3), in mancanza, altresì, di una prova relativa all'esistenza di un obiettivo legittimo perseguito dall'azienda (par. 3.1).

La sentenza presenta certamente diversi profili di interesse relativi all'interpretazione della nozione di discriminazione e dei suoi elementi costitutivi, alla disciplina della distribuzione dell'onere probatorio, all'indicazione dell'orario di lavoro flessibile come strumento inteso a favorire la conciliazione vita-lavoro, ai confini del potere datoriale. Ma si tratta di una pronuncia degna di nota soprattutto per il fatto che, a ben vedere, essa non riguarda la discriminazione di genere né l'equilibrio tra vita professionale e vita familiare, e nemmeno i limiti all'esercizio del potere direttivo del datore di lavoro in sé partitamente considerati, ma riguarda tutte e tre le questioni in quanto germinazioni di una regolazione dell'orario di lavoro che, a prescindere dal fatto che si condivida l'idea per cui il diritto del lavoro sia nato «a misura d'uomo» oppure no (1), è sempre stata storicamente e strutturalmente insensibile alla dimensione di genere. Una regolazione nella quale, in generale, le esigenze personali dei lavoratori e delle lavoratrici, e in particolare quelle legate alla cura e all'assistenza, non hanno la forza (*id est*, il diritto) di imporsi sulle esigenze produttive e organizzative del datore di lavoro (2).

2. — *La discriminazione collettiva e le misure organizzative non necessarie* — Già prima che il legislatore nazionale intervenisse sull'art. 25 del d.lgs. n. 198/2006 mettendo in chiaro la relazione tra organizzazione e orario di lavoro e discriminazione indiretta basata sul sesso (3), l'incidenza di misure di questo tipo sulla condizione lavorativa delle persone onerate di carichi di cura e di assistenza era già stata rilevata sia in sede sovranazionale dalla Direttiva n. 1158/2019/Ue, sull'equilibrio tra vita professionale e vita familiare, sia in sede nazionale, in occasione di diverse pronunce giurisprudenziali. Come noto, infatti, tale direttiva ha espressamente riconosciuto che la crescente prevalenza di orari di lavoro prolungati e di orari di lavoro che cambiano ha un impatto negativo sull'occupazione femminile, in quanto rende difficile l'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per molti genitori e lavoratori con responsabilità di assistenza (Considerando 10), indicando proprio gli orari di lavoro flessibili quali strumenti intesi a favorire l'equilibrio (art. 9). Tale intervento si inserisce in un solco già tracciato in precedenza dal tentativo di revisione della Direttiva n. 2003/88/Ce, di disciplina dell'orario di lavoro, che conteneva la proposta di introdurre l'obbligo per il datore di lavoro di informare con congruo anticipo i lavoratori delle modifiche del ritmo di lavoro, e il diritto dei

(1) Si vedano, in proposito, le opinioni contrastanti espresse in Romagnoli 1995 e Ballestrero 1998.

(2) Bavaro 2008; con riguardo alle esigenze di cura, sia consentito un rinvio a Militello 2020.

(3) L'art. 25 del d.lgs. n. 198/2006 è stato modificato dall'art. 2, c. 1, lett. a, della l. n. 162/2021, che ha aggiunto al c. 2-*bis* l'inciso: «compresi quelli di natura organizzativa o incidenti sull'orario di lavoro». Sulla superfluità di tale intervento, cfr.: Calafà 2022; Alessi 2023; Bonardi 2023a. Parla di disposizione mal congegnata con riguardo all'art. 25 dopo la riscrittura Izzi (2022, 513); parlano di qualità scadente Barbera, Borrelli (2022).

lavoratori di chiedere e ottenere modifiche dell'orario o del ritmo di lavoro sulla base di esigenze personali, con l'unico limite della eccessiva sproporzione degli inconvenienti organizzativi rispetto al beneficio per il lavoratore (4). Il *vulnus* alle prerogative datoriali che sarebbe derivato dalla pariordinazione tra interessi del datore di lavoro ed esigenze dei lavoratori ha, di fatto, determinato il naufragio della proposta. L'eco da essa prodotta ha, però, risuonato, come detto, nella direttiva citata (5), e, nei medesimi termini, ha cominciato a diffondersi anche nelle aule dei tribunali domestici, arrivando a condizionare l'intervento legislativo, anche se in entrambi i casi sotto il profilo specifico degli interessi personali dei lavoratori legati all'adempimento degli obblighi di cura e assistenza. In più di una occasione, infatti, i giudici italiani hanno riconosciuto che l'organizzazione dell'orario di lavoro, pur espressione della libertà di impresa tutelata dall'art. 41 della Costituzione e del legittimo esercizio dello *ius variandi* finalizzato al perseguimento di specifiche e comprovate esigenze dell'impresa, è però idonea a creare un impatto pregiudizievole su lavoratori e lavoratrici che abbiano carichi di cura e integra una discriminazione laddove non sia appropriata, ma soprattutto non sia strettamente necessaria rispetto all'obiettivo, cioè quando questo potrebbe essere perseguito con misure diverse capaci di eliminare o ridurre l'impatto pregiudizievole (6).

Quello della necessità è, con tutta evidenza, uno degli aspetti di maggiore interesse della pronuncia in commento, sia sotto il profilo sostanziale – dal momento che, per un verso, la Consigliera di parità aveva proposto delle alternative organizzative all'orario di lavoro imposto a tutti/e i/le dipendenti e, per l'altro, la stessa azienda aveva disposto in passato variazioni dell'orario in alcuni casi specifici –, sia sotto il profilo procedurale, attesa l'erronea ripartizione dell'onere della prova operata dal giudice di primo grado e censurata dalla Corte d'Appello (sul punto, cfr. *infra*, par. 3.1).

In particolare, sotto il primo profilo, il requisito della necessità rinvia a una valutazione che attiene alla perimetrazione dei limiti all'esercizio del potere datoriale; l'impresa, infatti, nell'adottare una misura organizzativa dagli effetti discriminatori, deve dimostrarne l'essenzialità e provare che non esista la possibilità di prevedere alternative. In questi termini, i divieti di discriminazione costituiscono, come è stato detto, «il confine che la libertà del datore di lavoro di organizzare l'impresa non può superare» (7).

Nel caso di specie, una regolazione rigida dell'orario di lavoro uguale per tutti i lavoratori ha effetti discriminatori in quanto idonea a produrre particolari svantaggi nei confronti delle lavoratrici con carichi di cura e assistenza; l'azienda avrebbe dovuto, quindi, provare il carattere necessario e proporzionato della misura adottata, che, in particolare, era escluso già in radice dal semplice fatto che non erano nemmeno state dedotte esigenze produttive e organizzative che imponessero una lunga pausa uniforme

(4) Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 17.12.2008 che ha proposto numerosi emendamenti alla posizione comune del Consiglio del 2008, tra cui il n. 11 riportato nel testo. Per un'ampia ricostruzione, cfr.: Gottardi 2009, 317-318; Leccese 2009, 340 ss.

(5) Di questo profilo mi sono già occupata in altra sede; sia consentito, quindi, rinviare a Militello 2023, 41 ss.

(6) In questi termini, cfr.: T. Firenze 22.10.2019, n. 1414, in *RGL*, 2020, n. 2, II, 309 ss., con nota di Santos Fernandez; T. Bologna 31.12.2021, n. 862, con nota di Scarponi 2022; sul punto, cfr. anche Peruzzi 2022, 247.

(7) Così Rizzi 2023, commento a T. Milano 17.7.2023, n. 11872.

per tutti i dipendenti. In aggiunta a tale rilievo, la Corte d'Appello ha ulteriormente chiarito che, anche qualora tali esigenze avessero sostenuto la natura necessaria di una regolazione oraria uniforme, comunque l'azienda avrebbe dovuto considerare le soluzioni alternative fornite in sede di ricorso, quale, ad esempio, una turnazione oraria nell'arco della settimana fra le addette all'ufficio. E, malgrado questo passaggio non si sia concretizzato, è tuttavia interessante notare che, con tale indicazione, i giudici hanno di fatto segnalato un ulteriore profilo di indagine che, a ben vedere, presenta alcuni punti di convergenza con lo strumento degli accomodamenti ragionevoli (8).

Si tratta di un aspetto delicato che merita, però, qualche riflessione specifica. Gli accomodamenti ragionevoli, come noto, sono regolati con riguardo al solo fattore della disabilità, e consistono in provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, finalizzati a consentire ai disabili di accedere a un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o ricevere una formazione, che il datore di lavoro ha l'obbligo di adottare con l'unico limite di un onere finanziario sproporzionato (art. 5, Direttiva n. 78/2000/Ue) (9). Per tutti gli altri fattori, compreso il genere, manca un'analoga previsione, malgrado da tempo se ne proponga l'estensione, ad esempio, al fattore della religione a partire dalle esperienze statunitense e canadese (10). Il margine per un intervento organizzativo attivo del datore di lavoro che tenga conto delle esigenze personali, connesse in questo caso alla cura e al fattore del genere, rimane, dunque, legato al rispetto del divieto di discriminazione, con particolare riguardo al limite della proporzionalità e necessità, che rinvia a sua volta al bilanciamento tra il diritto di esercitare liberamente l'attività di impresa tenendo conto degli interessi produttivi e organizzativi e il diritto a non subire trattamenti anche potenzialmente pregiudizievoli in ragione di una condizione personale che connota l'identità soggettiva.

Se, dunque, l'accomodamento ragionevole costituisce un obbligo positivo per il datore di lavoro – con l'unico limite dell'onere economico sproporzionato – il cui mancato adempimento integra automaticamente una discriminazione, la configurazione di un dovere di adottare una modalità organizzativa che tenga conto dei bisogni connessi agli altri fattori di discriminazione diversi dalla disabilità è solo eventuale, e dipende dalla profondità e intensità del controllo operato sugli strumenti adottati, e quindi dall'esito del bilanciamento. È, quindi, lo scrutinio di legittimità che può costituire il viatico per l'imposizione di un «obbligo» al datore di lavoro, *ex post* attraverso l'adozione di un piano di rimozione finalizzato a ridurre gli svantaggi attuali o potenziali rilevati in sede di giudizio, ovvero anche la fonte indiretta di un onere che agisce *ex ante* al fine di evitare il rischio di un'accusa di discriminazione, con il risultato di stabilire «... una gerarchia

(8) Sulla natura e la regolazione degli accomodamenti ragionevoli, cfr. Bonardi *et al.* 2024.

(9) Nel medesimo senso, la Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità prevede che gli Stati parti adottino tutti i provvedimenti appropriati per assicurare che siano forniti accomodamenti ragionevoli, al fine di promuovere l'uguaglianza ed eliminare le discriminazioni, per assicurare alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali (art. 5, c. 3, e art. 2). Cfr. Militello, Strazzari 2019, 152 ss.

(10) Nel primo caso, gli accomodamenti ragionevoli sono previsti per il fattore della disabilità e della religione; nel secondo, invece, per tutti i fattori di discriminazione contemplati dalla legge. Cfr. Scarponi 2024. Sul punto, anche: Bell 2009; Bello 2020.

di valori tale da assegnare un rango tendenzialmente prevalente alla tutela di alcune caratteristiche costitutive dell'identità delle persone rispetto a qualsivoglia finalità pubblica o privata», che, però, dipende necessariamente da giudizi variabili e sofisticate operazioni di bilanciamento (11).

Nonostante il limite di questa ricostruzione risieda, evidentemente, nella mera «eventualità» dell'esito descritto, la sua potenzialità emerge abbastanza chiaramente nelle affermazioni, pur sbrigative, con cui la Corte d'Appello lascia intuire come il controllo sulla necessità della misura adottata, laddove si fosse reso indispensabile, si sarebbe spinto a sindacare le scelte organizzative datoriali, di fatto producendo gli effetti dell'imposizione di un accomodamento ragionevole (12).

3. — *La discriminazione collettiva e la nozione di particolare svantaggio* — La pronuncia in commento si distingue anche per un altro aspetto, che riguarda la dimensione potenziale (13) degli effetti della discriminazione prodotta dall'organizzazione datoriale – il cui mancato corretto inquadramento ha condotto il Tribunale, in primo grado, a commettere diversi errori interpretativi – e, soprattutto, la conseguente attivazione della tutela giurisdizionale collettiva, finora peraltro, in questa forma, raramente utilizzata (14).

La Consigliera di parità, infatti, nel presentare ricorso, ha agito non in nome o per conto di vittime attuali, ma al fine di «rappresentare un intero gruppo che poteva essere discriminato, anche in via soltanto potenziale», utilizzando l'azione disciplinata dall'art. 37, d.lgs. n. 198/2006, in forza del quale i Consiglieri e le Consigliere di parità sono legittimati/e ad agire in giudizio «qualora rilevino l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori diretti o indiretti di carattere collettivo [...] anche *quando non siano individuabili in modo immediato e diretto le lavoratrici o i lavoratori lesi dalle discriminazioni*» (15).

L'azione scelta dalla Consigliera, dunque, aveva l'obiettivo di rilevare la potenzialità discriminatoria della misura adottata dall'azienda nei confronti dei/lle lavoratori/trici onerati/e da carichi di cura e assistenza a prescindere dalla loro identità concreta, nonostante, nel caso di specie, potessero essere facilmente individuate le lavoratrici che subivano uno svantaggio attuale a causa di un orario di lavoro organizzato e imposto in maniera uniforme a tutti/e. Evidentemente, la decisione di avviare un'azione collettiva

(11) Barbera 2019, 152 ss.

(12) Sulla evoluzione dell'operazione di bilanciamento nell'interpretazione della Corte di Giustizia, con particolare riguardo alle sentenze in materia di porto di simboli religiosi, cfr. Protopapa 2022, 567 ss. Sulla «vicinanza» dello «sforzo di cooperazione» richiesto al datore di lavoro all'idea di accomodamenti ragionevoli, vd. anche Razzolini 2024. Nel medesimo senso, cfr. T. Bologna, citato alla nota 6, laddove la giudice sottolinea la necessità di valutare, a fronte di una situazione di particolare svantaggio, «la concreta possibilità per l'azienda di offrire ai dipendenti genitori di figli minori non autosufficienti e in particolare alle madri una soluzione alternativa, senza oneri eccessivi e tenuto conto dei vincoli all'attività di impresa».

(13) In proposito, è stato giustamente rilevato che, anche laddove le vittime non possano essere immediatamente identificate, non può comunque parlarsi di discriminazione potenziale o ipotetica, ma si tratta sempre di discriminazione attuale e concreta: così Rizzi 2021.

(14) Una ricerca sulla banca dati *DeJure* che utilizzi come parola chiave l'art. 37, d.lgs. n. 198/2006, fornisce solo tre risultati (T. Firenze 22.10.2019, n. 1414; Cass. 5.2.2009, n. 16031, S. VI pen.; T. Prato 21.11.2007).

(15) Corsivo dell'Autrice.

riesiede nell'intenzione di anticipare la soglia della tutela a difesa di un «interesse pubblico generale al rispetto della parità di trattamento», cioè «un interesse individuale omogeneo, che appartiene a ogni donna singolarmente e collettivamente e che corrisponde altresì a un interesse generale della collettività nella sua interezza» (16). Nel medesimo senso, l'importanza dell'uso dell'azione collettiva in funzione di rafforzamento della tutela antidiscriminatoria e affermazione della sua efficacia è stata ribadita dalla Direttiva n. 2024/1500/Ue (17), che è intervenuta sugli organismi per la parità nel settore della parità di trattamento e delle pari opportunità tra donne e uomini in materia di occupazione e impiego (18); oltre a sottolineare l'importanza della indipendenza degli *equality bodies* (19), cui è dedicato l'articolo 3, il legislatore ha stabilito all'art. 10 che il diritto dell'organismo per la parità di agire in giudizio deve comprendere il diritto di avviare un procedimento giudiziario in nome proprio, al fine di difendere l'interesse pubblico (art. 10, c. 2, lett. c).

D'altronde, sono ormai numerosi i casi di discriminazione collettiva senza vittime attuali rilevati grazie all'intervento di soggetti collettivi legittimati ad agire «per conto o a sostegno delle vittime» «al fine di migliorare ulteriormente il livello di protezione offerto» (Considerando 31 della Direttiva n. 54/2006) e «assicurare un livello più efficace di protezione» (Considerando 19, Direttiva n. 43/2000; Considerando 29, Direttiva n. 78/2000). In occasione di pronunce diventante ormai famose, infatti, la Corte di Giustizia ha riconosciuto che la tutela contro la discriminazione si attiva anche quando manchi una vittima identificata: è il caso delle dichiarazioni discriminatorie rese da un datore di lavoro riguardo all'intenzione di non assumere lavoratori dipendenti aventi una determinata origine etnica o razziale (*Feryn*) (20), da un avvocato riguardo al fatto che mai avrebbe assunto o avrebbe voluto avvalersi, nella propria impresa, della collaborazione di persone di un determinato orientamento sessuale (*N.H.*) (21), o dal dirigente di una squadra di calcio professionistica riguardo al fatto che non avrebbe reclu-

(16) Razzolini 2024, 231 ss.

(17) Direttiva (Ue) n. 2024/1500 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14.5.2024, sulle norme riguardanti gli organismi per la parità nel settore della parità di trattamento e delle pari opportunità tra donne e uomini in materia di occupazione e impiego, che modifica le Direttive n. 2006/54/Ce e n. 2010/41/Ue.

(18) Cfr., in argomento: Calafà 2023, 23 ss.; Barbera 2024, 211 ss. Le due Autrici riflettono anche sulle ragioni del mancato funzionamento degli organismi di parità nazionali, che coincidono con quelle individuate dalla stessa direttiva: «Molti organismi per la parità affrontano sfide che riguardano in particolare le risorse, l'indipendenza e i poteri necessari per adempiere i propri compiti» (Considerando 8).

(19) «Gli organismi per la parità possono assolvere la propria funzione in maniera efficace soltanto se sono in grado di agire in completa indipendenza senza subire influenze esterne. A tal fine, gli Stati membri dovrebbero adottare una serie di misure che contribuiscano all'indipendenza degli organismi per la parità» (Considerando 17); «Gli Stati membri dovrebbero garantire che la struttura interna degli organismi per la parità, come l'organizzazione e le procedure interne, consenta l'esercizio indipendente e, se del caso, imparziale delle loro varie competenze...» (Considerando 18).

(20) C. Giust. 10.7.2008, C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding/Firma c. Feryn NV*.

(21) C. Giust. 23.4.2020, C. 507/18, *N.H. c. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford*, su cui cfr.: Rizzi 2020; Peruzzi 2021.

tato giocatori che avessero un determinato orientamento sessuale (*Asociația Accept*) (22). In tutte queste vicende, la Corte ha ravvisato una discriminazione collettiva in comportamenti (le dichiarazioni pubbliche) che producono l'effetto di dissuadere fortemente determinati candidati dal proporre le loro candidature, e di ostacolarne l'accesso al mercato del lavoro, ponendosi in contrasto con il fine perseguito dai divieti di discriminazione, che è quello di «promuovere le condizioni per una partecipazione più attiva sul mercato del lavoro», legittimando, di conseguenza, l'intervento dei soggetti collettivi cui è riconosciuto il diritto di avviare una procedura finalizzata all'esecuzione degli obblighi imposti dalle direttive (23) anche quando agiscono «in mancanza di un denunciante identificabile».

La sentenza in commento, diversamente dagli esempi citati, riguarda una discriminazione collettiva indiretta, rispetto alla quale è necessario accertare gli effetti sfavorevoli che possono prodursi in seguito all'applicazione di una disposizione, criterio, prassi, atto, patto o comportamento apparentemente neutri su persone (anche soltanto una) appartenenti a un gruppo qualificato. In casi come questi, il «particolare svantaggio» deve essere rilevato prestando maggiore attenzione alla sua dimensione qualitativa, come ha giustamente sottolineato la Corte d'Appello nell'evidenziare l'errore interpretativo compiuto dal giudice di primo grado secondo il quale sarebbe stata, invece, necessaria la prova di «svantaggi, effettivi e consistenti, a carico delle tre lavoratrici madri di minori o con genitori bisognosi di assistenza». Già con le direttive di nuova generazione l'accezione quantitativa della nozione di discriminazione indiretta è stata superata da quella qualitativa, con cui la necessaria misurazione dell'impatto a danno del gruppo svantaggiato è stata sostituita dal particolare svantaggio che si concretizza anche nel caso in cui ci sia «solo il rischio che una certa disposizione o condotta sia svantaggiosa per le persone appartenenti ai gruppi protetti e che, nella pratica, anche un solo individuo subisca un simile svantaggio» (24).

Si tratta, senza dubbio, di un accertamento particolarmente delicato, che lascia ampio spazio all'interpretazione, a maggior ragione nel caso di una discriminazione collettiva senza vittime identificate, in cui la soglia di rilevazione del rischio deve essere ulteriormente anticipata alla valutazione della mera idoneità teorica a provocare uno svantaggio su persone identificate dal fattore tutelato, anche attraverso la valorizzazione «dei dati di comune esperienza sulle conseguenze diversificate delle misure neutre a seconda dei fattori individuali». Tale accertamento, però, può giovare di alcune presunzioni, come, in un caso come quello in commento, il fatto che un'organizzazione dell'orario di lavoro che non tenga conto delle esigenze legate alla cura e all'assistenza penalizza i

(22) C. Giust. 25.4.2013, C-81/12, *Asociația Accept c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*.

(23) «Gli Stati membri riconoscono alle associazioni, organizzazioni o altre persone giuridiche che, conformemente ai criteri stabiliti dalle rispettive legislazioni nazionali, abbiano un legittimo interesse a garantire che le disposizioni della presente direttiva siano rispettate, il diritto di avviare, in via giurisdizionale o amministrativa, per conto o a sostegno della persona che si ritiene lesa e con il suo consenso, una procedura finalizzata all'esecuzione degli obblighi derivanti dalla presente direttiva» (art. 7, c. 2, Direttiva n. 43/2000; art. 9, par. 2, Direttiva n. 78/2000).

(24) In questi termini, Barbera (2019, 68), la quale ricorda come anche questa nozione, come quella di discriminazione diretta, sia di derivazione giurisprudenziale.

genitori e i *caregivers*, e, sulla base di tale presupposto, ormai riconosciuto anche dal legislatore – come già detto *supra* –, servirsi dei dati relativi alla distribuzione dei carichi di cura e assistenza tra uomini e donne per accertare la discriminazione fondata sul genere (vd. meglio *infra*).

3.1. — *La ripartizione dell'onere della prova* — Connesso alla qualificazione della fattispecie come discriminazione indiretta collettiva e alla conseguente nozione qualitativa di particolare svantaggio è il regime dell'onere della prova (25), sul quale si sofferma la sentenza della Corte d'Appello di Firenze, ribaltando anche sotto questo profilo la ricostruzione del Tribunale.

L'agevolazione in tema di onere della prova nei giudizi volti ad accertare una discriminazione costituisce un passaggio fondamentale di effettività della tutela, poiché, «ove il relativo onere fosse posto integralmente a carico dell'attore, le possibilità di successo [...] sarebbero ridotte a un luccichio» (26). Risale alla Direttiva n. 97/80/Ce, ormai abrogata, l'introduzione di un regime (27) per il quale chi agisce in giudizio deve produrre «elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che ci sia stata discriminazione diretta e indiretta» perché spetti poi alla parte convenuta «provare l'insussistenza della violazione del principio della parità di trattamento»; tale formulazione è stata ribadita, con qualche trascurabile modifica, in occasione dell'adozione delle più recenti direttive, compresa la Direttiva sulla trasparenza retributiva (28), la cui disposizione in materia di onere della prova è rubricata espressamente «Inversione dell'onere della prova» (29).

(25) Sulle differenze in termini di prova a seconda che la discriminazione collettiva sia diretta o indiretta, cfr. Peruzzi 2017, 152 ss.

(26) Guariso, Militello 2019, 459; Curcio 2007.

(27) «Gli Stati membri, secondo i loro sistemi giudiziari, adottano i provvedimenti necessari affinché spetti alla parte convenuta provare l'insussistenza della violazione del principio della parità di trattamento ove chi si ritiene leso dalla mancata osservanza nei propri confronti di tale principio abbia prodotto dinanzi ad un organo giurisdizionale, ovvero dinanzi ad un altro organo competente, elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta» (art. 4, c. 1, Direttiva n. 97/80/Ce del Consiglio del 15.12.1997, riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso).

(28) La medesima previsione si legge nelle Direttive n. 43/2000/Ce, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica (art. 8, par. 1), n. 78/2000/Ce, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (art. 10, par. 1), n. 54/2006/Ce, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione) (art. 19, par. 1) e n. 970/2023/Ue, volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso la trasparenza retributiva e i relativi meccanismi di applicazione (art. 18, par. 1).

(29) Se, da una parte, la dottrina si è interrogata sulla natura di tale regime, se integrasse una inversione dell'onere della prova o un mero alleggerimento (si veda, tra gli altri: Barbera 1994; Izzi 1994; Curcio 2007; Bonardi 2023b; Tarquini 2024), dal canto suo, la Corte di Giustizia ha sovente usato l'espressione «inversione dell'onere della prova» (cfr. C. Giust. 16.7.2015, C-83/14, *Chez*), che, a quanto pare, è condivisa anche dal legislatore. Con riguardo al fatto che la direttiva in questione colleghi alla violazione di alcune disposizioni la presunzione della natura discriminatoria della scelta, cfr. Tarquini 2024, 338.

Nel nostro ordinamento, con specifico riguardo al divieto di discriminazione basato sul genere (30), l'art. 40 del d.lgs. n. 198/2006, rilevante nel caso in commento, prevede che «Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico [...] idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione». Si tratta di una formulazione non perfettamente in linea con l'indicazione proveniente dal diritto antidiscriminatorio sovranazionale, poiché, oltre a riferirsi ancora al dato statistico, precisa che i fatti allegati debbano fondare la presunzione, in termini «precisi e concordanti», e non individua nemmeno con adeguata chiarezza il momento in cui si colloca lo spostamento dell'onere (31).

Sul punto, il provvedimento in commento chiarisce che il dato statistico costituisce una «modalità facoltativa per invertire l'onere della prova», e «serve per agevolare l'onere a carico del ricorrente, anche semplicemente fornendo un quadro di verosimiglianza del fatto che l'organizzazione datoriale non sia favorevole al tema delle pari opportunità, e per ciò solo comporta la inversione dell'onere a carico della parte resistente» (32). In particolare, il dato statistico addotto dalla Consiglieria, per il quale le donne sono impegnate in

(30) Per completezza, vale la pena ricordare che, per quanto riguarda gli altri fattori di discriminazione diversi dal genere, il legislatore italiano, in sede di trasposizione delle direttive, aveva mantenuto una regolazione del regime probatorio per la quale non era previsto alcun alleggerimento: «Il ricorrente, al fine di dimostrare la sussistenza di un comportamento discriminatorio a proprio danno, può dedurre in giudizio, anche sulla base di dati statistici, elementi di fatto gravi precisi e concordanti che il giudice valuta ai sensi dell'art. 2729, co. 1, c.c.» (art. 4, c. 4, d.lgs. n. 215/2003 e n. 216/2003). Questa scelta ha causato una procedura di infrazione a carico dell'Italia in seguito alla quale il legislatore ha eliminato il riferimento all'art. 2729 c.c. e il requisito della gravità, mantenendo tuttavia in vigore una disposizione non chiara che solo con l'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011 si è allineata alle indicazioni sovranazionali. Cfr. Guariso, Militello, 2019, 462-463.

(31) Per una interpretazione restrittiva dell'art. 40, cfr. la molto criticata Cass. 5.6.2013, n. 14206, in *MGL*, 2013, n. 10, 672 ss., con nota di Vallebona. Più di recente, cfr. Cass. 26.2.2021, n. 5476, in *RGL*, 2022, n. 2, II, 124 ss., con nota di Marino, nella quale si afferma che «Circa l'operatività dell'art. 40 del d.lgs. n. 198 del 2006, [...], nei giudizi antidiscriminatori (sia proposti con le forme del procedimento speciale sia con quelle dell'azione ordinaria [...]) i criteri di riparto dell'onere probatorio non seguono i canoni ordinari di cui all'art. 2729 c.c. (finendosi altrimenti per porre a carico di chi agisce l'onere di una prova piena del fatto discriminatorio, ancorché raggiunta per via presuntiva), bensì quelli speciali, che non stabiliscono un'inversione dell'onere probatorio, ma solo un'agevolazione del regime probatorio in favore del ricorrente; ne consegue che il lavoratore deve provare il fattore di rischio, e cioè il trattamento che assume come meno favorevole rispetto a quello riservato a soggetti in condizioni analoghe e non portatori del fattore di rischio, ed il datore di lavoro, [...], le circostanze inequivocche, idonee a escludere, per precisione, gravità e concordanza di significato, la natura discriminatoria della condotta, in quanto dimostrative di una scelta che sarebbe stata operata con i medesimi parametri nei confronti di qualsiasi lavoratore, privo del fattore di rischio, che si fosse trovato nella stessa posizione (vd., in tal senso, tra le più recenti: Cass. 2.1.2020, n. 1; Cass. 12.10.2018, n. 25543)». Sostiene che sia sufficiente anche la prova della mera idoneità dei fatti a far presumere la discriminazione Cass. 2.1.2020, n. 1, in *RGL*, 2020, n. 4, II, 654 ss., con nota di Protopapa.

(32) Parlava di verosimiglianza anche con riguardo al precedente regime in materia di discriminazione di genere Barbera (1994, 63 ss.).

misura maggiore rispetto agli uomini nelle attività di cura (33), è da solo sufficiente a fondare la presunzione di uno svantaggio determinato da una organizzazione uniforme dell'orario di lavoro che non faccia differenze tenendo conto delle diverse condizioni personali; a maggior ragione dal momento che con riguardo all'incidenza di una misura relativa all'organizzazione dell'orario di lavoro sul *work-life balance* si sono ormai pronunciati, come detto *supra* (par. 1), sia i legislatori sia i giudici, a livello sovranazionale e nazionale. Il che consente di ritenere che, nonostante la discriminazione collettiva indiretta richieda una prova presuntiva circa l'esistenza di un potenziale svantaggio, tuttavia si possa affermare che lì dove si tratti, per un verso, di una discriminazione senza vittime identificate e, per l'altro, di una misura legata all'organizzazione dell'orario di lavoro, l'impatto sui/lle lavoratori/trici con carichi di cura possa dirsi *in re ipsa* (34). In questo senso, condivisibilmente, depone la pronuncia in commento, secondo la quale, «in una situazione nella quale “pacificamente gli oneri di cura familiare ricadevano sulle lavoratrici donne”, il trattamento uguale, in termini di orario della pausa e quindi dell'uscita pomeridiana, provocava discriminazione per i diversi effetti che si verificano a seconda delle situazioni soggettive dei lavoratori destinatari della stessa regola», e ancora che «il carattere discriminatorio della rigidità di orario derivava oggettivamente dall'effetto di particolare svantaggio per le lavoratrici che dovevano ritardare il rientro in famiglia, vedendo quindi ridotto il tempo da destinare alle relative esigenze di cura» (35).

In primo grado, dunque, il Tribunale aveva del tutto frainteso la portata di tali prescrizioni a partire da una interpretazione errata sia delle conseguenze in termini probatori dell'azione intrapresa dalla Consigliera di parità, sia degli elementi costitutivi della fattispecie discriminatoria addotta, e aveva preteso, di conseguenza, che la Consigliera di parità fornisse la prova relativa all'esistenza di «conseguenze, effettive e rilevanti, a carico delle tre lavoratrici fornite del fattore protetto», mortificando, di fatto, le esigenze personali dei lavoratori, come aveva fatto l'azienda, e assorbendo di conseguenza la questione relativa agli oneri incombenti sul datore di lavoro. Al contrario, invece, la Corte d'Appello, attesa la qualificazione della fattispecie come discriminazione collettiva indiretta, ha evidenziato la presunzione oggettiva relativa al particolare svantaggio a carico di una o più persone onerate di carichi di cura e assistenza (non necessariamente identificate) derivante dall'organizzazione datoriale, e chiarito che avrebbe dovuto essere l'azienda a provare che la misura regolativa adottata rispondeva a un obiettivo legittimo legato alla necessità aziendale, e che fosse, inoltre, proporzionata e necessaria e non lasciasse spazio a misure alternative.

(33) Il recente rapporto Cnel-Istat 2025, in <https://www.istat.it/wp-content/uploads/2025/03/istat-cnel.pdf>, parla, tra le altre cose, di un tasso di occupazione più basso delle madri rispetto alle donne single, delle difficoltà di conciliazione come causa primaria dell'inattività delle donne con figli. La 9a edizione del rapporto *Le equilibriste: la maternità in Italia*, di Save the Children, in <https://s3-www.savethechildren.it/public/allegati/le-equilibriste-la-maternita-italia-nel-2025.pdf>, descrive una situazione per la quale in Italia una lavoratrice su cinque esce dal mercato del lavoro dopo essere diventata madre e il 72,8% delle convalide delle dimissioni dei neogenitori riguarda le donne.

(34) In questi termini, e anche sul fatto che in casi del genere, malgrado siano qualificati come discriminazione indiretta, le misure adottate dal datore di lavoro non siano del tutto neutre, cfr. Razzolini 2024, 247.

(35) Corsivo dell'Autrice.

Si tratta di due interpretazioni molto distanti tra di loro sotto diversi profili, rispetto alle quali si può essere tentati di fornire due letture differenti: a essere pessimisti, infatti, si potrebbe essere scoraggiati dal fatto che, nonostante l'inegabile evoluzione legislativa e giurisprudenziale del diritto antidiscriminatorio, non siano ancora chiari i termini della sua effettiva applicazione, con conseguenze, anche gravi, in termini di negazione delle tutele; se, invece, si sceglie di guardare con ottimismo ai risultati raggiunti, ben compendiatosi anche nella pronuncia della Corte d'Appello di Firenze commentata, non si può che apprezzare la lenta, ma inesorabile, scalata dei divieti di discriminazione alle mura della fortezza dei poteri datoriali e, confidando nel fatto che «il potenziale trasformativo non è tanto nelle regole scritte, quanto nell'uso che se ne fa» (36), decidere di guardare al bicchiere mezzo pieno.

Riferimenti bibliografici

- Aa.Vv. (2024), *Accomodamenti ragionevoli e discriminazioni*. Atti del Convegno, Ferrara, 27.11.2023, in *Quaderni Ien*, n. 1.
- Alessi C. (2012), *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Giappichelli, Torino.
- Alessi C. (2023), *La flessibilità del lavoro per la conciliazione nella Direttiva 2019/1158/Ue e nel d.lgs. 30 giugno 2022*, n. 105, in C. Alessi, O. Bonardi, L. Calafà, M. D'Onghia, M. Militello, P. Saracini, M.L. Vallauri, *Diritto di conciliazione. Prospettive e limiti della trasposizione della Direttiva 2019/1158/Ue*, in *Quaderni della Rivista DLM*, n. 14, 85 ss.
- Ballestrero M.V. (1998), *Il diritto del lavoro e la differenza di genere*, in RGL, n. 1, I, 287 ss.
- Barbera M. (1994), *Nozione di discriminazione*, in T. Treu, M.V. Ballestrero (a cura di), *Legge 10 aprile 1991, n. 125. Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*, in NLCC, n. 1, 46 ss.
- Barbera M. (2019), *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in M. Barbera, A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, Torino, 152 ss.
- Barbera M. (2024), *Eguaglianza e istituzioni di parità*, in O. Bonardi (a cura di), *Carlo Smuraglia. La vita e le opere*, Milano University Press, Milano, 211 ss.
- Barbera M., Borrelli S. (2022), *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona». IT, n. 451.
- Barbera M., Izzi D., Recchia G.A. (2024), *Introduzione*, in RGL, n. 3, I, 323 ss.
- Bavaro V. (2008), *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato. Critica sulla de-oggettivazione del tempo-lavoro*, Cacucci, Bari.
- Bell M. (2009), *Advancing EU Anti-Discrimination Law: the European Commission's 2008 proposal for a new directive*, in *The equal rights review*, vol. III, 7 ss.
- Bello B.G. (2020), *Accomodamenti ragionevoli basati sulla religione tra diritto antidiscriminatorio e «Diversity Management»*, in *Stato e Chiese e pluralismo confessionale*, in *Statoechiese.it*, n. 12.
- Bonardi O. (2023a), *Il diritto di assistere. L'implementazione nazionale delle previsioni a favore dei caregivers della Direttiva 2019/1158 in materia di conciliazione*, in *Quaderni della Rivista DLM*, n. 14, 103 ss.
- Bonardi O. (2023b), *Gli oneri probatori nei giudizi di discriminazione tra variazioni lessicali normative e orientamenti giurisprudenziali*, in RGL, n. 3, II, 399 ss.

(36) Barbera et al. 2024, 324.

- Bonardi O., Teklè T., Pascucci P., Guariso A. (2024), *Accomodamenti ragionevoli e discriminazioni*. Atti del convegno 27.11.2023, in *Quaderni Ien*, n. 1.
- Calafà L. (2022), *Il dito, la luna e altri fraintendimenti in materia di parità tra donne e uomini*, in *Ien*, *Italianequalitynetwork.it*.
- Calafà L. (2023), *Equality bodies in attesa di riordino*, in *LD*, n. 1, 23 ss.
- Curcio L. (2007), *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 529 ss.
- Freguja C., Romano M.C., Sabbadini L.L. (a cura di) (2025), Documento di sintesi del Rapporto Cnel-Istat, *Il lavoro delle donne tra ostacoli e opportunità*, 6 marzo.
- Gottardi D. (2009), *L'affossamento della revisione della direttiva europea sull'orario di lavoro per mancato equilibrio tra esigenze delle imprese ed esigenze delle persone che lavorano*, in B. Veneziani, V. Bavaro (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Cacucci, Bari, 311 ss.
- Guariso A., Militello M. (2019), *La tutela giurisdizionale*, in M. Barbera, A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, Torino, 445 ss.
- Izzi D. (1994), *Discriminazioni di sesso nel rapporto di lavoro: il nuovo regime processuale*, in *RTDPC*, n. 1, 517 ss.
- Izzi D. (2022), *La discriminazione di genere rivisitata e il puzzle da ricomporre*, in *LD*, n. 2, 512 ss.
- Leccese V. (2009), *Le tendenze attuali e l'evoluzione del diritto comunitario in materia di tempi di lavoro: progetti di riforma della direttiva europea e giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in B. Veneziani, V. Bavaro (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Cacucci, Bari, 350 ss.
- Militello M. (2020), *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di tutela*, Giappichelli, Torino.
- Militello M. (2023), *Tempi di lavoro e conciliazione. L'orario di lavoro come strumento di parità*, in Aa.Vv., *Diritto di conciliazione. Prospettive e limiti della trasposizione della Direttiva 2019/1158/UE*, in *Quaderni della Rivista DLM*, n. 14, 41 ss.
- Militello M., Strazzari D. (2019), *I fattori di discriminazione*, in M. Barbera, A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, Torino, 85 ss.
- Peruzzi M. (2017), *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Giappichelli, Torino.
- Peruzzi M. (2021), *Non solo parole. La decisione della Cassazione sul caso Taormina*, in *RIDL*, n. 1, II, 239 ss.
- Peruzzi M. (2022), *Orario di lavoro e discriminazione per genitorialità: la soluzione giurisprudenziale prima della l. n. 162/2021*, in *RIDL*, n. 2, II, 247 ss.
- Protopapa V. (2022), *Poteri, neutralità e tecniche di tutela*, in *LD*, n. 3, 561 ss.
- Razzolini O. (2024), *La discriminazione collettiva di genere nel processo*, in *LD*, n. 2, 231 ss.
- Rizzi F. (2020), *Il caso N.H. I rimedi del diritto agli atti linguistici di discriminazione e la libertà di fare cose con le parole*, in *RGL*, n. 4, II, 575 ss.
- Rizzi F. (2021), *L'algoritmo Frank: un caso di discriminazione ipotetica?*, in *Labour Law Community*, <https://www.labourlawcommunity.org/senza-categoria/lalgoritmo-frank-un-caso-di-discriminazione-ipotetica/>.
- Rizzi F. (2023), *L'impresa riorganizzata dai divieti di discriminazione*, nota a T. Milano 17.7.2023, in *Ien*, *Italianequalitynetwork.it*.
- Romagnoli U. (1995), *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, il Mulino, Bologna.
- Scarponi S. (2022), *Discriminazione e cura genitoriale: la modifica dell'orario imposta dal datore di lavoro è rilevante?*, in *Ien*, *Italianequalitynetwork.it*.

- Scarponi S. (2024), *Gli «Accomodamenti ragionevoli» in materia religiosa nell'evoluzione giurisprudenziale. Linee di tendenza ed interrogativi aperti*, intervento al Convegno su «Pratiche religiose e lavoro tra multiculturalismo, libertà e neutralità», che si è svolto nel Convento di San Cerbone il 21 e 22.9.2024.
- Tarquini E. (2024), *L'onere della prova nei giudici contro le discriminazioni*, in RGL, n. 3, I, 332 ss.

Mariagrazia Militello
Professoressa associata di Diritto del lavoro
presso l'Università di Catania

TRIBUNALE CAMPOBASSO 10.4.2024.

Contratto collettivo – Maggiore rappresentatività comparata – Commercio – Contratti pirata – Minimale contributivo – Inps.

Ai fini dell'individuazione del contratto collettivo ai sensi dell'art. 1, c. 1, del d.l. n. 338/1989, così come interpretato dall'art. 2, c. 25, della l. n. 549/1995, che stabilisce la retribuzione imponibile ai fini previdenziali, occorre considerare la rappresentatività sia delle organizzazioni sindacali dei lavoratori, sia delle associazioni datoriali. A questo fine, può essere considerato anche il numero di imprese e lavoratori coperti dal contratto collettivo, messo periodicamente a disposizione da parte del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro. (1)

(1) I DATI AMMINISTRATIVI SULLA COPERTURA
DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA ALLA PROVA DEL GIUDIZIO:
UN FOCUS SUL SETTORE DEL COMMERCIO (*)

SOMMARIO: 1. I fatti di causa. — 2. La *ratio* della decisione. — 3. Un nuovo corso per la misurazione della maggiore rappresentatività comparata? — 4. La sentenza commentata e lo *status quo*. — 5. È un caso di contrattazione pirata? — 6. Alcune considerazioni conclusive.

1. — *I fatti di causa* — Con la sentenza in esame, il Tribunale di Campobasso affronta il tema assai delicato della individuazione del contratto collettivo idoneo a determinare la retribuzione imponibile ai fini previdenziali a norma dell'articolo 1, c. 1, del d.l. n. 338/1989 (e dell'art. 2, c. 25, della l. n. 549/1995) (1). Il Tribunale ha affermato che il Ccnl per i dipendenti delle aziende del Terziario, della distribuzione e dei servizi sottoscritto dall'organizzazione datoriale Confcommercio e dalle organizzazioni sindacali Filcams-Cgil, Fisascat-Cisl e Uiltucs (d'ora in poi, anche solo «Ccnl Tds») è il contratto collettivo che le imprese del settore merceologico devono considerare ai fini della individuazione della base retributiva imponibile per la determinazione e il versamento dei contributi previdenziali dei lavoratori e delle lavoratrici.

Questi, brevemente, i fatti di causa. L'Inps ha emesso un avviso di addebito a carico di un'impresa, contestandole alcune irregolarità contributive derivanti dall'errata individuazione del Ccnl per la determinazione della retribuzione imponibile ai fini previdenziali (2). L'impresa ispezionata riteneva corretta l'applicazione del Ccnl per i

(*) Il presente contributo racchiude gli esiti parziali di una ricerca condotta dall'Autore nell'ambito di un finanziamento per la ricerca di Ateneo dell'Università di Modena e Reggio Emilia, dal titolo «I nuovi problemi della retribuzione nell'ordinamento giuridico italiano».

(1) Da ultimo: Canavesi 2021, 833 ss.; Marcellini 2021, 331 ss., nonché Sgroi 2022, 745 ss., e Nicolini 2022, 729 ss.

(2) L'art. 1, c. 1, del d.l. n. 338/1989 prevede che «la retribuzione da assumere come base per

quadri, impiegati e operai dipendenti del settore del commercio sottoscritto dall'associazione datoriale Anpit e dall'organizzazione sindacale Cisl (d'ora in poi, anche solo «Ccnl Anpit-Cisl»); l'Inps, invece, invocava, l'applicazione del Ccnl Tds quale contratto collettivo sottoscritto dalle «organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria».

Il giudice del lavoro accoglie la tesi dell'Inps non solo perché l'impresa si è limitata a formulare delle contestazioni generiche rispetto alle pretese avanzate dall'ente previdenziale (sia nell'avviso di addebito che negli scritti di causa), ma anche perché quest'ultimo è riuscito a dimostrare direttamente in giudizio il fondamento giuridico della propria azione, richiamando anche precedenti giurisprudenziali in materia (3).

2. — *La ratio della decisione* — Prendendo le mosse dalla lettera dell'art. 2, c. 25, della l. n. 549/1995, il Tribunale di Campobasso chiarisce che per individuare il contratto collettivo stipulato «dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria» (cd. Ccnl *leader*) (4) «non si deve considerare il Ccnl» in sé per sé, «bensì» la rappresentatività delle «parti sociali, sia dal lato datoriale sia dal lato lavoratori», e che «gli indici rivelatori della maggiore rappresentatività» delle predette organizzazioni sono: a) la consistenza numerica delle organizzazioni sindacali (sia dei datori sia dei lavoratori); b) l'ampiezza e la diffusione delle strutture organizzative; c) la partecipazione alla formazione e alla stipulazione dei contratti collettivi di lavoro; d) la partecipazione alla risoluzione di vertenze individuali, plurime e collettive di lavoro. Si tratta dei consolidati indici che, da tempo, sia la giurisprudenza sia le autorità ispettive (vd. *infra*, par. 3) utilizzano per stabilire quando una organizzazione sindacale, comparata con un'altra compagine sindacale (5), possa dirsi più rappresentativa (6).

il calcolo dei contributi di previdenza e di assistenza sociale non può essere inferiore all'importo delle retribuzioni stabilito da leggi, regolamenti, contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale, ovvero da accordi collettivi o contratti individuali, qualora ne derivi una retribuzione di importo superiore a quello previsto dal contratto collettivo». Interpretata autenticamente da parte del legislatore tramite l'art. 2, c. 25, della l. n. 549/1995, la disposizione «si interpreta nel senso che, in caso di pluralità di contratti collettivi intervenuti per la medesima categoria, la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi previdenziali ed assistenziali è quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria». Sul nesso tra pluralità di contratti collettivi e minimale contributivo, Lassandari 1997, 261 ss. Più di recente, Centamone 2020, nonché Ferraresi 2020.

(3) Sul vincolo del precedente nelle controversie di lavoro, da ultimo, Franza 2019.

(4) Passalacqua 2021, 271 ss.

(5) D'Antona 1998, 674.

(6) In particolare, gli indici maggiormente utilizzati dalla prassi amministrativa – mutuati dai consolidati orientamenti giurisprudenziali in materia – sono: a) il numero complessivo delle imprese associate (cfr. interpello n. 25/2015); b) la consistenza numerica degli associati delle singole organizzazioni sindacali (cfr. circolare Inl n. 2/2015); c) il numero dei contratti collettivi nazionali sottoscritti e/o la partecipazione alla formazione e stipulazione dei contratti collettivi nazionali di lavoro (cfr. interpello n. 25/2015 e circolare Inl n. 2/2020); d) la diffusione territoriale (numero di sedi presenti sul territorio e ambiti settoriali) e/o l'ampiezza e diffusione delle strutture organizzative (cfr. interpello n. 25/2015 e circolare Inl n. 2/2020); e) la partecipazione alla trattazione

Il Tribunale di Campobasso ritiene inoltre che il Ccnl Anpit-Cisal non rientri tra i contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale: se, da un lato, la Cisl è stata indicata come sigla rappresentativa dei lavoratori in diversi decreti ministeriali (7), non può dirsi lo stesso dell'Anpit, perché nei medesimi atti è puntualmente citata come organizzazione datoriale comparativamente più rappresentativa la Confcommercio, che firma con Filcams-Cgil, Fisascat-Cisl e Uiltucs il Ccnl invocato dall'Inps per contestare la base di calcolo dei contributi da versare in favore dei lavoratori dell'impresa ispezionata. Conseguentemente, «dovendosi tenere conto della maggiore rappresentatività [comparata]» non solo delle organizzazioni sindacali dei lavoratori, ma anche dei datori di lavoro per espressa previsione di legge, il giudice giunge ad affermare che è il Ccnl Tds a dover essere preso a riferimento per determinare, anche in base al livello di inquadramento dei lavoratori, la retribuzione imponibile ai fini previdenziali.

La decisione del Tribunale è corroborata anche dai dati offerti dal *database* generato congiuntamente dall'Inps e dal Cnel (8), dal quale si evince che la Confcommercio sarebbe «rappresentativa del 97,23% delle aziende del settore [...] pari a 396.858» imprese e la compagine sindacale dei lavoratori composta da Filcams-Cgil, Fisascat-Cisl e Uiltucs è rappresentativa del «95,04% dei lavoratori del settore [...] pari a 2.396.370» di questi. Sin da ora pare opportuno precisare, peraltro, che la formula «rappresentativa del...» usata dal giudice risulta essere utilizzata in modo puramente nominale, giacché i valori presi a riferimento per «riempire di sostanza» (9) il concetto di rappresentatività sono, in realtà, i dati relativi alla copertura del Ccnl Tds, e cioè il numero di imprese e di lavoratori e lavoratrici ai quali questo si applica da un punto di vista meramente amministrativo.

Ed è sulla base di tali presupposti che il Tribunale ha alla fine ritenuto legittimo l'operato dell'Inps, il quale ha provveduto a recuperare le differenze contributive dovute per ogni lavoratore, individuando la retribuzione imponibile in base al livello di inquadramento creato dal Ccnl Tds.

3. — *Un nuovo corso per la misurazione della maggiore rappresentatività comparata?* — La sentenza, a quanto consta, è una delle prime pronunce della magistratura del lavoro che prende a riferimento il dato della «maggiore applicazione» di un contratto collettivo come aspetto qualificante della rappresentatività comparata, ritenendo che esso denoti la capacità di un contratto collettivo di rispondere alle esigenze della maggioranza delle imprese e dei lavoratori di un dato settore merceologico, al di là dei vincoli

delle controversie di lavoro, individuali, plurime e collettive (cfr. circolare Inl n. 2/2020). Nell'interpello n. 27/2015 si fa riferimento anche al «numero complessivo dei lavoratori occupati», intesi molto probabilmente come lavoratori attivi e iscritti all'organizzazione sindacale. In tema, Tomassetti 2016, 391.

(7) Si tratta di alcuni decreti della Presidenza del Consiglio dei ministri e di alcuni decreti del ministero del Lavoro (d.P.C.m. 8.8.2013; d.m. 15.7.2014, n. 14280; d.P.C.m. 14.11.2017; d.P.R. 23.3.2018; d.m. 26.7.2019; d.P.C.m. 1.6.2021).

(8) Ciucciavino 2020, 185 ss.

(9) Tomassetti 2016, 391.

associativi formali (10). Sul punto ci si soffermerà più approfonditamente nel seguito (v. *infra*, par. 6), ma val la pena sin d'ora sottolineare come tale orientamento, ove inteso in senso assoluto, finisca per spostare in modo del tutto arbitrario (rispetto alla consolidate acquisizioni della dottrina e della giurisprudenza, nonché delle istituzioni amministrative), direttamente dal piano soggettivo a quello oggettivo, la verifica della maggiore rappresentatività comparata.

Oltre a ciò, deve anche sottolinearsi come la stessa sentenza in commento, proprio nella prospettiva appena indicata, utilizzi dati amministrativi che non sono frutto dell'autodichiarazione delle organizzazioni sindacali, ma provenienti da un ente terzo, per quanto questi siano stati ritenuti parzialmente affidabili (vd. quanto si dirà *infra*).

La nuova associazione datoriale – ovvero l'Anpit –, dalla dubbia rappresentatività, dovrà fare i conti con questo nuovo orientamento. Essa, da quasi un decennio, sta sottoscrivendo diversi contratti collettivi (a partire dal settore del commercio) che si pongono in aperta concorrenza con i campi di applicazione dei Ccnl più radicati nei settori economici tradizionali e nella maggioranza dei casi sottoscritti dalle federazioni sindacali aderenti alle confederazioni Cgil, Cisl e Uil (vd. quanto si dirà *infra*, parr. 4 e 5) (11).

In riferimento al valore dei dati amministrativi, il giudice, accogliendo le argomentazioni dell'ente previdenziale, ha fondato il proprio convincimento sul grado di rappresentatività delle organizzazioni sindacali attingendo alle informazioni contenute nel *database* che il Cnel ha creato con il supporto dell'Inps. Dopo una prima fase di sperimentazione (12), sul sito del Cnel è attualmente possibile verificare quale sia «il numero medio annuo di lavoratori» ai quali si applica un determinato Ccnl per il lavoro privato – eccezion fatta per il settore agricolo e il settore domestico (13) –, grazie alle informazioni che a partire dal 2018 l'Inps ha messo a disposizione del Cnel, comunicando a quest'ultimo i contratti collettivi che i datori di lavoro dichiarano di applicare nella denuncia contributiva mensile (cd. flusso Uniemens). Successivamente, in base a quanto disposto dall'art. 16-*quater* del d.l. n. 76/2020, nelle comunicazioni obbligatorie il datore di lavoro ha l'obbligo di indicare il codice alfanumerico relativo al contratto collettivo applicato; codice che viene attribuito dal Cnel all'atto di deposito del testo contrattuale presso l'archivio nazionale di cui all'art. 17 della l. n. 936/1986 (14).

Sebbene l'elaborazione di tali dati sia stata posta alla base di non poche indagini istituzionali (15), la dottrina che si è occupata del tema ha sollevato alcuni nodi critici circa l'affidabilità dei dati amministrativi relativi alla copertura della contrattazione collettiva nel macrosettore del lavoro privato (16).

(10) Vale la pena richiamare sin d'ora la posizione di Zoppoli (2025, 47), il quale evidenzia che «non sembra risolutiva l'indicazione del contratto *leader* basata sul codice alfanumerico e sui flussi Uniemens come riportato dall'archivio nazionale dei contratti e accordi collettivi del Cnel, in quanto questo riferimento vale solo a individuare il numero dei lavoratori ai quali trova applicazione uno specifico Ccnl, ma non consente di ricostruire tutti i requisiti in base ai quali va valutata la maggiore rappresentatività dei sindacati».

(11) Pigliarmini 2021, 687 ss., ma vedi anche Centamore 2021, 13.

(12) Centamore 2020, 200-202.

(13) Calvellini, Loffredo 2023, 587.

(14) Fiata 2021, 724 ss.

(15) Venturi *et al.* 2022, 357; Inps 2023, 86; Eurofound 2023, 11; Cnel 2023.

(16) Cfr. Calvellini, Loffredo 2023, 577 ss., nonché Zoppoli (2023, 3), il quale osserva che il

Una prima nota critica è stata sollevata in merito alla corrispondenza tra numero di lavoratori, imprese censite e settore merceologico di riferimento. Nel rispetto delle scelte convenzionali compiute dalle organizzazioni sindacali stipulanti i Ccnl cd. *leader* (17), l'archivio digitale del Cnel raggruppa i contratti collettivi in 14 macrosettori e in 96 sotto settori; tuttavia, è stato sostenuto che non si può trascurare il fatto che «lo stesso contratto collettivo [...] può essere censito dal Cnel in più sotto settori» qualora il relativo campo di applicazione sia particolarmente esteso. In questo caso, il dato della copertura potrebbe essere falsato, poiché non si riesce a imputare a un sotto settore piuttosto che a un altro il numero dei lavoratori e delle imprese coperti da quel determinato Ccnl (18). Si tratta di una obiezione parzialmente fondata, ma che può essere agevolmente superata se si presta la dovuta considerazione a due aspetti: da un lato, come già accennato, occorre tenere presente che la costruzione dei *macro-* e *sotto settori* dell'archivio è avvenuta nel rispetto dei perimetri contrattuali tracciati dalle organizzazioni sindacali che hanno sottoscritto i Ccnl *leader* nell'ottica di evitare delle sovrapposizioni, laddove, per contro, sono i contratti cd. minori a essere semmai imputati a più sotto settori in ragione del loro «variegato» campo di applicazione (19); dall'altro, è utile evidenziare che l'archivio confina i contratti collettivi cd. multisettoriali – cioè quei contratti che presentano un campo di applicazione che include più settori merceologici – in un'apposita sezione, marginalizzando (seppur non eliminando del tutto) il rischio che il dato di copertura possa essere non corrispondente alla realtà (20).

Una seconda nota critica evidenzia che i dati calcolati dal Cnel in collaborazione con l'Inps relativi al tasso di copertura della contrattazione collettiva «non permettono di ricavare né il totale degli occupati» in un determinato settore, «né il numero delle comunicazioni di datori operanti in esso da cui non risulta applicato nessun contratto

dato sul tasso di copertura contrattuale prossimo al 100% è «sbandierato pur tra mille dubbi e passaggi apodittici».

(17) Peruzzi (2020, 232), secondo il quale con tale terminologia si vuole indicare quel contratto che è assunto «in positivo» alla stregua di «un parametro normativo di riferimento per specifiche finalità stabilite dalla legge». Cfr. Cass. 19.8.2024, n. 22907, in *DeJure*, laddove si evidenzia che per contratto collettivo *leader* s'intende «quello negoziato dalle organizzazioni e dalle associazioni comparativamente più rappresentative».

(18) Puntuale è la critica di Calvellini, Loffredo (2023, 588).

(19) Un esempio, in questo senso, è il Ccnl turismo e pubblici esercizi sottoscritto da Anpit (avente codice H05K), il quale è censito sia nell'ambito del sotto settore H02 (turismo) che nell'ambito del sotto settore H03 (pubblici esercizi). In entrambi i casi, l'archivio nazionale del Cnel riporta che questo contratto copre 31.800 lavoratori (alla data del 31.10.2024), senza specificare con sufficiente chiarezza quanti di quei 31.800 siano imputabili al sotto settore H02 e quanti al sotto settore H03.

(20) Il vero nodo (o limite) dell'attuale archivio, semmai, è quello di non riuscire ancora a stimare quanti lavoratori copre un determinato contratto collettivo in base al codice Ateco attribuito all'impresa. I Ccnl, infatti, possono ricomprendere nel relativo campo di applicazione attività d'impresa con diversi codici Ateco. Per il momento, l'archivio nazionale del Cnel si limita soltanto ad abbinare il campo di applicazione di un determinato contratto collettivo ai codici Ateco delle attività economiche, senza tuttavia indicare il dato di copertura per ogni codice alfanumerico attribuito alle imprese.

collettivo» (21). Se questa critica può trovare qualche fondamento rispetto alle prescrizioni che impone la Direttiva n. 2022/2041 per l'attuazione del salario minimo legale – non essendo i dati sufficienti, cioè, ad assicurare il raggiungimento certo di quella soglia di copertura imposta dall'art. 4, par. 2 (pari all'80%), per ritenersi esentati dall'applicazione della stessa (22) –, essa non impedisce però che gli stessi dati possano essere usati proficuamente ad altri fini, ove a rilevare non è tanto il raggiungimento di un determinato tasso di copertura del Ccnl rispetto a tutti gli occupati del settore, ma la percentuale di lavoratori coperti da un determinato contratto rispetto a quelli coperti da altro contratto che presenta un campo di applicazione affine.

Da ultimo, è stato obiettato che il datore di lavoro indica nella denuncia contributiva mensile «il contratto collettivo che applica per la determinazione della retribuzione imponibile ai fini contributivi»; ma «non è scontato che quel Ccnl sia lo stesso che viene applicato al rapporto per regolare le condizioni normative ed economiche di lavoro» (23). In buona sostanza, l'affidabilità del dato sarebbe messa presto in crisi, giacché sarebbe sempre possibile scegliere un contratto collettivo ai fini previdenziali e un diverso contratto collettivo per le condizioni economiche e normative del rapporto di lavoro (24).

A ben vedere, si tratta di una tesi che, sebbene trovi alcuni riscontri tanto nella giurisprudenza di legittimità (25) che anche nella prassi amministrativa (26), rischia però di collidere non solo con la *ratio legis* e l'attuale quadro normativo vigente in materia di evasione contributiva, ma anche con un dato di realtà.

Giova ricordare che l'art. 1, c. 1, del d.l. n. 338/1989 aveva come scopo principale non solo quello di stabilire una base retributiva imponibile, ma anche di sostenere (o meglio «incentivare») l'applicazione dei minimi salariali previsti dai contratti collettivi *leader* nel rispetto dell'art. 36 Cost. (27). Se questa era la finalità della norma, allora ne dovrebbe conseguire che, laddove il datore di lavoro occulti le retribuzioni erogate o presenti all'ente denunce obbligatorie non conformi al vero, potrebbe rispondere di evasione contributiva (cfr. art. 116, c. 8, lett. *b*, della l. 22.12.2000, n. 388) (28).

(21) Calvellini, Loffredo (2023, 589), i quali evidenziano che «il dato sulle denunce con codice “Cdiv”» – cioè le denunce inviate da datori che dichiarano di non applicare alcun contratto collettivo – «è riferito a tutti i settori unitariamente considerati e non vi è modo di disaggregarlo».

(22) Spattini 2024.

(23) La critica è sempre di Calvellini, Loffredo (2023, 591).

(24) Sul tema della scelta del contratto collettivo, cfr. Proia 2020, 965 ss. Sulla scelta del contratto collettivo ai fini del minimale contributivo, cfr. Sgroi 2022, 745 ss.

(25) Cfr. Cass. 5.11.1999, n. 12345, in *DeJure*, secondo cui l'individuazione del Ccnl ai fini previdenziali o assistenziali non è «vincolante per il datore di lavoro nel senso di imporre allo stesso l'applicazione di una contrattazione collettiva corrispondente alla stessa attività considerata». Si tratta della nota tesi del «doppio binario».

(26) Cfr. circolare Inl 25.1.2018, n. 3; nello stesso senso, cfr. circolare Inps 1.2.2023, n. 11.

(27) Canavesi 2021, 839.

(28) Così Cass. 2.3.2022, n. 20446, in *DeJure*, secondo la quale si concretizza l'evasione contributiva tutte le volte in cui l'ente previdenziale di riferimento non viene messo in condizione di avere contezza dei presupposti di fatto e di diritto sottesi alla corretta determinazione della base imponibile: con la conseguenza, in definitiva, che l'omissione o l'infedeltà della denuncia «ove non meramente accidentale, episodica o strettamente marginale, deve considerarsi di per sé sintomo

Inoltre, pur ammettendo che sia possibile sul piano procedurale dichiarare l'applicazione di un contratto collettivo ai fini previdenziali e poi inquadrare e retribuire il lavoratore attraverso l'applicazione di un altro Ccnl, questo impone al datore di lavoro (o all'intermediario che l'assiste ai sensi della l. n. 12/1979) di gestire una «doppia contabilità» dei rapporti di lavoro, vale a dire l'elaborazione di un prospetto paga nell'ambito del quale la parte degli oneri sociali viene elaborato attraverso fonti e criteri distinti rispetto a quella retributiva. Il che è tutt'altro che agevole, posto che una tale operazione imporrebbe al datore di lavoro (o all'intermediario) di elaborare per ben due volte ogni prospetto paga – una volta per la parte contributiva e una volta per la parte normativa –, con particolari aggravi sul piano organizzativo. L'antieconomicità di una tale operazione rende, quindi, più teorica (o improbabile) che reale la possibilità che soprattutto gli intermediari ricorrano a questo espediente potenzialmente illegale, che può essere portato in qualsiasi momento davanti al magistrato del lavoro.

4. — *La sentenza commentata e lo status quo* — La sentenza annotata si inserisce in quell'orientamento giurisprudenziale che da tempo nega un significativo grado di rappresentatività all'organizzazione sindacale Cisl (29), soprattutto se posta in comparazione con le organizzazioni sindacali che aderiscono alle tre grandi confederazioni storiche dei lavoratori, quali Cgil, Cisl e Uil. Non mancano, in realtà, pronunce in senso contrario (30), alle quali tuttavia va mossa una netta critica.

Anzitutto, in queste pronunce non viene (quasi) mai indagata la rappresentatività dell'organizzazione datoriale, posto che la norma relativa al minimale contributivo impone di riscontrare la rappresentatività non solo delle organizzazioni sindacali dei lavoratori, ma anche di quelle dei datori di lavoro (31).

Inoltre, anche laddove ci si voglia soffermare esclusivamente sulla maggiore rappresentatività comparata delle organizzazioni sindacali dei lavoratori, questa certamente non può essere affermata ricorrendo a dei documenti istituzionali che ne accer-

matica della volontà di occultare i rapporti e le retribuzioni, stante l'ovvia possibilità che la mancanza di successivi accertamenti o riscontri nell'arco temporale dei termini prescrizionali consentano *de facto* ai soggetti obbligati di sottrarsi totalmente o parzialmente all'adempimento dell'obbligo contributivo».

(29) Cfr., da ultimo, Cons. Stato 26.9.2022, n. 8300, S. III, nonché Cass. 21.2.2020, n. 4622, entrambe in *DeJure*.

(30) Cfr.: Tar Lazio 30.10.2023, n. 16048; T. Genova 9.6.2023, n. 335; T. Napoli 12.5.2020, n. 1717; T. Napoli 10.6.2020, n. 2411; T. Trani 18.11.2019, n. 2195, tutte in *DeJure*.

(31) A quanto consta, oltre alla sentenza in commento, solo C. App. Torino 1.2.2023, n. 661, ha disconosciuto la maggiore rappresentatività comparata in capo ad Anpit rispetto all'associazione datoriale Confesercenti. Anche Tar Lazio 26.2.2024, n. 3766, S. V, in *Pluris*, documenta che il ministero del Lavoro aveva negato ad Anpit in un primo momento il rilascio dell'autorizzazione per la costituzione di un fondo paritetico interprofessionale in ragione del fatto che «i verbali e i rapporti degli Ispettorati territoriali del lavoro» avevano valutato «negativamente ben 18 sedi indicate dall'Anpit», ritenendole inesistenti. Da qui, una prima valutazione sull'assenza del requisito della maggiore rappresentatività in capo all'associazione datoriale, quale presupposto per costituire un fondo ai sensi dell'art. 118 della l. n. 388/2000. Tuttavia, l'organo giudicante ha dovuto constatare la cessazione della materia del contendere per la sopravvenuta decisione del ministero del Lavoro di rilasciare l'autorizzazione richiesta (rilasciata il 24.1.2024).

tano il requisito per scopi istituzionali, come evidenziato di recente dalla giurisprudenza amministrativa. In altri termini, la circostanza che la Cisl sia un sindacato sufficientemente rappresentativo a livello nazionale, tanto da poter esprimere dei propri rappresentanti in un organismo istituzionale, non comporta automaticamente che questo sindacato sia anche quello più rappresentativo in un dato settore merceologico, essendo necessario in questi casi fare una comparazione con le altre organizzazioni sindacali attive in un determinato comparto o categoria (32).

Da ultimo, è da notare come molte delle pronunce che riconoscono la maggiore rappresentatività comparata in capo alla Cisl non chiariscono il perimetro entro il quale tale requisito è accertato: se, cioè, riferito alla confederazione sindacale nel suo complesso o se riferito alla rappresentatività posseduta dalla confederazione in un determinato settore merceologico. Sotto questo profilo, infatti, non si può che condividere la puntualizzazione offerta dalla recente giurisprudenza di merito la quale, proprio con riguardo all'applicazione dell'art. 2, c. 25, della l. n. 549/1995, ha evidenziato come «il Ccnl da applicare per l'individuazione del minimo contributivo non va individuato in quello sottoscritto dalle associazioni maggiormente rappresentative, ma nel contratto collettivo stipulato dalle associazioni sindacali più rappresentative nell'ambito» di un determinato settore merceologico, e pertanto «del tutto irrilevante è la maggior rappresentatività o meno della Cisl in generale» se poi non è riscontrabile un puntuale collegamento tra gli indici della rappresentatività dell'organizzazione sindacale e un determinato settore contrattuale (33).

(32) Si tratta di una confusione che frequentemente affiora nelle diverse pronunce a sostegno della rappresentatività comparata della Cisl, le quali peraltro sovrappongono impropriamente il criterio della maggiore rappresentatività a quello della maggiore rappresentatività comparata. Il secondo criterio presuppone, diversamente dal primo, una selezione delle associazioni sindacali sulla base di una valutazione comparativa della effettiva capacità di rappresentanza di ciascuna di esse. E ciò al fine di commisurare il godimento di determinate prerogative alla effettiva capacità rappresentativa delle organizzazioni soggette al giudizio comparativo. In altri termini, il concetto di rappresentatività comparata (e non più presunta) risulta incompatibile con ogni riconoscimento aprioristico e irreversibile della rappresentatività in capo a un'organizzazione sindacale – ancorché tradizionalmente e storicamente rappresentativa – e impone, di converso, una costante verifica e un aggiornamento del confronto tra le organizzazioni sindacali sulla base degli indici oggettivamente verificabili e contendibili. E quindi, «la circostanza che la Cisl sia un sindacato sufficientemente rappresentativo a livello nazionale, tanto da poter indicare i componenti di un organo collegiale, non comporta che automaticamente sia anche quello più rappresentativo del settore in comparazione con gli altri sindacati confederali, la cui rappresentatività è testimoniata dal sottoscrivere i contratti collettivi nazionali. Tutto ciò chiarito, considerato il rapporto tra la Cisl e le organizzazioni sindacali confederali Cgil, Cisl e Uil, la prima non può considerarsi comparativamente più rappresentativa» (Cons. Stato 26.9.2022, n. 8300, S. III, cit.). Anche il Tar Lazio ha dichiarato irrilevante la partecipazione della Cisl a organismi istituzionali, là dove «la valutazione di sindacato comparativamente più rappresentativo va compiuta in relazione ad uno specifico settore merceologico, attraverso la comparazione di organizzazioni sindacali sottoscrittrici di contratti collettivi nazionali tra loro concorrenti nello stesso settore» (Tar Lazio 30.10.2023, n. 16048, in *Pluris*).

(33) Così C. App. Roma 27.6.2023, n. 2710, in *DeJure*. Nello stesso senso, C. App. Milano 25.11.2022, n. 1045, in *Pluris*.

5. — *È un caso di contrattazione pirata?* — La comparazione tra il Ccnl Anpit-Cisal e il Ccnl Tds non fa emergere un delta negativo per il primo solo sotto il profilo della rappresentatività sindacale delle organizzazioni sottoscrittenti nei termini sopra detti (ed è quella che può essere definita una «comparazione quantitativa», in quanto riferita al «peso» delle parti collettive che sottoscrivono il contratto collettivo).

Grazie al *benchmark* contrattuale (34), infatti, tra i due contratti collettivi è possibile riscontrare anche notevoli differenze sotto il profilo dei trattamenti economici e normativi (è questa una «comparazione qualitativa», che si riferisce non solo alla capacità delle organizzazioni sindacali di esprimere un autentico interesse collettivo, ma anche di raggiungere accordi che possano essere ritenuti conformi ai principi costituzionali, con particolare riguardo all'art. 36 Cost.).

Da questo punto di vista, il primo significativo elemento di differenziazione tra i due contratti collettivi è rappresentato dalla retribuzione minima contrattuale. Un cassiere o un commesso, che dovrebbero percepire una retribuzione annua lorda almeno pari a 25.000 euro circa in ragione dell'applicazione del Ccnl Tds, rischiano di vedersi decurtare la retribuzione di almeno 4.500 euro laddove il datore di lavoro applichi il Ccnl Anpit-Cisal per le imprese del commercio. Allo stesso rischio sono esposte molte altre figure professionali: il macellaio specializzato, ad esempio, che avrebbe diritto a una retribuzione annuale lorda pari almeno a 27.800 euro, potrebbe percepire poco più di 22.000 euro annui lordi in ragione dell'applicazione del Ccnl Anpit-Cisal. E così anche il magazziniere, che rischia una perdita sulla retribuzione annua lorda che sfiora gli 8.000 euro, e il salumiere, che potrebbe percepire una retribuzione decurtata di circa 5.000 euro (35).

Le criticità sul versante retributivo non si esauriscono qui. Occorre evidenziare che mentre il Ccnl Tds prevede, in aggiunta alla tredicesima mensilità, anche la quattordicesima mensilità, il Ccnl Anpit-Cisal prevede solo la tredicesima mensilità.

Altro elemento critico è rappresentato dal fatto che mentre la retribuzione tabellare prevista dal Ccnl Anpit-Cisal può variare a seconda della collocazione geografica dell'impresa, aumentando così il divario salariale dei lavoratori di territorio in territorio, il Ccnl Tds fissa una retribuzione minima tabellare uguale per tutti i lavoratori, senza che parte di essa possa essere modulata in ragione della città o della regione dove sono ubicate le imprese.

Infine, il Ccnl Anpit-Cisal ricomprende nella nozione di retribuzione mensile anche l'indennità mensile di mancata contrattazione (cd. «Imc»), cioè un ulteriore compenso da riconoscere al lavoratore o alla lavoratrice (per dodici mensilità) laddove l'impresa non abbia sottoscritto un accordo di secondo livello. Sebbene sia sovente considerata alla stregua di una voce fissa della retribuzione, la recente giurisprudenza di merito ha sancito la natura variabile della stessa, poiché l'erogazione dipende nettamente da due fattori: a) *in primis*, dalla sottoscrizione di un contratto collettivo azien-

(34) Per *benchmark* contrattuale si intende il confronto e l'analisi dei trattamenti economici e normativi tra due o più contratti collettivi, dello stesso settore o di settori affini, allo scopo non solo di identificare le buone pratiche, ma anche di far risaltare le differenze che possano alimentare dinamiche di *dumping* contrattuale (sia sotto il profilo salariale che normativo). Sul punto, cfr. Pigliarmini, Tiraboschi 2025.

(35) Pigliarmini, Tiraboschi 2025.

dale applicato nell'impresa; b) in assenza di questo, dal tasso di presenze del lavoratore, che può incidere sulla determinazione del relativo importo. In quest'ultimo caso, peraltro, l'importo dell'indennità mensile non varia per alcune tipologie di sospensione della prestazione, mentre per altre tipologie il datore di lavoro può tenere conto dell'assenza e quindi diminuirne l'importo, gettando così ulteriori dubbi sulla legittimità giuridica di tali clausole (36).

Ulteriori differenze si registrano anche rispetto alla regolazione dell'orario di lavoro (37), alla determinazione dei sistemi di inquadramento (38) e alla regolazione del periodo di comporto (39).

Alla luce di tali differenze, non è del tutto arbitrario ritenere che il Ccnl Anpit-Cisal, anziché rappresentare un genuino tentativo di far emergere un nuovo sistema contrattuale governato da nuove associazioni sindacali riconducibili all'art. 39 Cost., alimenti piuttosto il sospetto dell'ennesimo caso di «contrattazione pirata», cioè di un contratto collettivo che – come chiarito dalla recente giurisprudenza di merito –, oltre a essere solitamente stipulato da «associazioni sindacali minoritarie al fine di costituire un'alternativa a contratti collettivi cd. tradizionali», non è sufficientemente tutelante per i lavoratori «a causa di carenze normative o economiche» (40). In tali casi, più che tutelare l'interesse di gruppo, la finalità di queste pratiche è quella di accreditarsi presso le istituzioni e accedere a finanziamenti pubblici destinati alla formazione professio-

(36) L'art. 256, lett. g, del Ccnl Anpit-Cisal, infatti, precisa che «Ai fini del calcolo dell'Indennità di mancata contrattazione, oltre ai giorni effettivamente lavorati, non si considerano giorni/ore di assenza esclusivamente: [...] i giorni d'assenza per infortunio riconosciuto Inail, purché non “*in itinere*”». Su questi profili, cfr. T. Milano 3.4.2025, n. 1617, in *Bollettino Adapt*, 2025, n. 15, 14 aprile.

(37) Sebbene l'orario normale di lavoro sia in entrambi i casi di 40 ore, il Ccnl Tds fissa un tetto massimo di ore di straordinario più contenuto e senza alcuna possibilità di differenziare la maggiorazione – che in termini di importo sono più elevate rispetto a quelle previste dal Ccnl Anpit-Cisal – a seconda che il lavoratore chiedi o meno la fruizione di un riposo compensativo.

(38) Mentre il Ccnl Tds adotta un sistema di classificazione e inquadramento del personale basato su 8 livelli, il Ccnl Anpit-Cisal ne prevede 9. La presenza di un livello di inquadramento aggiuntivo è un possibile indice spia che testimonia come i profili professionali non siano egualmente distribuiti nei due contratti collettivi considerati, con la conseguenza che anche la retribuzione, per uno stesso profilo professionale, potrebbe variare.

(39) Quanto al periodo di comporto, il Ccnl Tds prevede che tale periodo è pari a 180 giorni in un anno solare mentre il Ccnl Anpit-Cisal parametrizza la durata di tale periodo all'anzianità di servizio del lavoratore, partendo da 120 giorni, fino ad arrivare a 365 giorni nell'arco di 5 anni.

(40) Così T. Roma 14.3.2025, in *RGL*, 2025, *RGL Giurisprudenza online*, n. 8-9, con nota di Lopes, e in *Bollettino Adapt*, 2025, n. 22, 9 giugno. Sul punto, cfr. anche Centamore (2021, 12), il quale definisce i contratti pirata alla stregua di accordi «stipulati da soggetti diversi dalle organizzazioni storiche del sistema di relazioni industriali e privi di radicamento tra la base dei lavoratori e (il più delle volte) nel tessuto delle imprese» e che «prevedono un trattamento economico e normativo nel complesso peggiorativo rispetto a quello stabilito dai contratti collettivi di riferimento nel settore contrattuale. Essi consentono, perciò, alle imprese di operare nel mercato con modesti oneri economici e normativi di utilizzo del lavoro, distorcendone le dinamiche concorrenziali e contribuendo, insieme ad altri fattori, a comprimere i livelli salariali e inasprire le condizioni di lavoro». In tema, cfr. anche: Bellavista 2020, 452 ss.; Greco 2017, 367 ss.; Olini 2016, 417 ss. Con riguardo ai contratti collettivi sottoscritti da Anpit, la riduzione dei livelli salariali rispetto ai Ccnl *leader* può dirsi una costante: cfr. Tar Campania 21.2.2025, n. 1463, S. IV, in *Pluris*.

nale, istituire centri di assistenza contributiva e fiscale, patronati o enti bilaterali per erogare servizi alle imprese, nonostante la carenza dei requisiti di legge (41).

6. — *Alcune considerazioni conclusive* — Nel concludere il ragionamento fin qui esposto, è opportuno sottolineare come l'orientamento giurisprudenziale emergente da questa sentenza meriti di essere valutato criticamente.

Il criterio della «maggiore applicazione» del contratto collettivo non può certo valere come unico o prevalente strumento di misurazione della maggiore rappresentatività comparata (42): una siffatta ipotesi non sarebbe possibile, poiché non sarebbe in linea con quanto richiesto dalla legge (art. 2, c. 25, della l. n. 549/1995), laddove sposterebbe la valutazione sul contratto collettivo anziché sui soggetti che lo sottoscrivono. In questa prospettiva, si deve ritenere che nemmeno la sua mera concorrenza con gli altri indici nella valutazione del grado di rappresentatività delle organizzazioni sindacali e datoriali sia coerente con l'assetto regolativo in vigore, in quanto, alla luce di quest'ultimo, non si può assegnare ad esso valore equivalente agli altri indici consolidati che attengono ai profili soggettivi.

Al limite – ma è evidente come si tratterà di situazioni eccezionali – potrebbe ipotizzarsi una sua valenza residuale, nel senso che a esso potrebbe eventualmente farsi ricorso nel caso in cui tutti gli altri criteri ricordati in apertura non siano in grado di dare soluzione al problema.

Pure in questi casi, tuttavia, resta aperto il problema della relativa affidabilità dei dati utilizzati per la misurazione della maggiore applicazione. Anche se va detto che, nonostante le diverse perplessità manifestate da una parte della dottrina (vedi *supra*, par. 3) (43), recenti studi condotti su base territoriale da alcuni osservatori locali sul mercato del lavoro hanno attestato che, attraverso l'analisi delle comunicazioni obbligatorie (cd. Unilav) (44) inviate dai datori di lavoro ai servizi per l'impiego (ai sensi dell'art. 9-*bis* del d.l. 1.10.1996, n. 510, convertito con modificazioni dalla l. 28.11.1996, n. 608), emergerebbe comunque come oltre il 90% delle assunzioni effettuate prevede l'applicazione di un contratto collettivo sottoscritto dalle organizzazioni sindacali aderenti alle confederazioni Cgil, Cisl e Uil (45).

Riferimenti bibliografici

Armilleri F., Garnero A. (2024), *Una lente sui contratti non rappresentativi*, in *Lavoce.info*, 29 febbraio.

(41) Con particolare riguardo agli enti bilaterali «pirata» e allo svolgimento della funzione di certificazione dei contratti, sia consentito il rinvio a Pigliararmi 2024, cap. III.

(42) In tema, cfr. Impellizzieri *et al.* 2023.

(43) La dottrina giuslavoristica italiana, salvo alcune eccezioni, ha sempre mostrato una qualche ritrosia all'utilizzo dei dati amministrativi nel ragionamento giuridico, mentre è da notare come questo profilo cominci ad assumere una certa rilevanza nel dibattito internazionale; in tema, Noack *et al.* 2024.

(44) Gli Unilav sono stati ritenuti «potenzialmente più attendibili» degli Uniemens rispetto all'effettiva applicazione di un dato Ccnl: Calvellini, Loffredo 2023, 596.

(45) Tiraboschi 2025; Armillei, Garnero 2024.

- Bellavista A. (2020), *Cooperative e sfruttamento del lavoro nella logistica*, in RGL, n. 3, I, 452 ss.
- Calvellini G., Loffredo A. (2023), *Salari e copertura della contrattazione collettiva: dietro le apparenze molti dubbi*, in RGL, n. 4, I, 577 ss.
- Canavesi G. (2021), *L'irragionevole irrigidimento applicativo di una norma povera di ragioni: il minimale di contribuzione secondo la Cassazione*, in DRI, n. 3, 833 ss.
- Centamore G. (2020), *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, Giappichelli, Torino.
- Centamore G. (2021), *Acque agitate per la contrattazione collettiva: una rassegna di giurisprudenza su «uscite» ed «entrate» dei datori di lavoro nei sistemi contrattuali*, in RGL, n. 1, II, 3 ss.
- Ciucciovino S. (2020), *Fisiologia e patologia del pluralismo contrattuale tra categoria sindacale e perimetri settoriali*, in LD, n. 2, 185 ss.
- Cnel (2023), *Elementi di riflessione sul salario minimo in Italia*, reperibile sul sito *Cnel.it*.
- D'Antona M. (1998), *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in DLRI, n. 80, 665 ss.
- Eurofound (2023), *Minimum wages in 2023: annual review. Minimum wages in the EU series*, Publications Office of the European Union, Lussemburgo.
- Ferraresi M. (2020), *La categoria contrattuale nel diritto sindacale italiano*, Cedam, Padova.
- Fiata E. (2021), *A piccoli passi verso l'accertamento della rappresentatività: l'articolo 16-quater del decreto legge n. 76/2020 ed il codice alfanumerico unico dei contratti collettivi*, in DRI, n. 3, 724 ss.
- Franza G. (2019), *Il valore del precedente e la tutela dell'affidamento nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Greco M.G. (2017), *Contrattazione collettiva, contratti pirata e regolamenti nella determinazione dei livelli retributivi nelle cooperative di produzione e lavoro*, in VTDL, n. 2, 367 ss.
- Impellizzieri G., Alifano F., Tiraboschi M. (2023), *Davvero esiste una proliferazione incontrollata e non monitorata di Ccnl in Italia?*, in *Bollettino Adapt*, n. 41, 27 novembre.
- Inps (2023), *XXII Rapporto annuale*, reperibile sul sito *Inps.it*.
- Lassandari A. (1997), *Pluralità di contratti collettivi nazionali per la medesima categoria*, in LD, n. 2, 261 ss.
- Marcellini G.P. (2021), *Contribuzione e contratto di categoria*, in VTDL, n. 2, 331 ss.
- Nicolini C.A. (2022), *La «rilettura» giurisprudenziale della disciplina del cd. minimale contributivo*, in RDSS, n. 4, 729 ss.
- Noack M., Vosko L. F., Tucker E., Casey R. (2024), *Research methods in Labor Law. Surveys and administrative data*, in A. Blackham, S. Cooney (a cura di), *Research methods in Labour Law. A handbook*, Edward Elgar Publishing Ltd, Melbourne, Australia.
- Olini G. (2016), *I contratti nazionali: quanti sono e perché crescono*, in DLRI, n. 3, 417 ss.
- Passalacqua P. (2021), *Contratti di categoria e contratti «pirata»*, in VTDL, n. 2, 271 ss.
- Peruzzi M. (2020), *Viaggio nella «terra di mezzo», tra contratti leader e pirata*, in LD, n. 2, 211 ss.
- Pigliararmi G. (2021), *Anatomia della contrattazione collettiva pirata. Spunti di riflessione da una ricerca sui contratti Cisl e Confsal*, in DRI, n. 3, 687 ss.
- Pigliararmi G. (2024), *Contributo allo studio della certificazione nei rapporti di lavoro*, Adapt University Press, Bergamo.
- Pigliararmi G., Tiraboschi M. (2025), *Fare contrattazione nel terziario di mercato*, vol. I e vol. II, Adapt University Press, Bergamo.

- Proia G. (2020), *Il contratto collettivo tra libertà di scelta e standard minimi di trattamento*, in *MGL*, n. 4, 965 ss.
- Sgroi A. (2022), *La tutela del minimale contributivo nel settore delle cooperative*, in *RDSS*, n. 4, 754 ss.
- Spattini S. (2024), *Il recepimento della direttiva Ue sui salari minimi adeguati: l'Italia nel confronto comparato con gli altri Stati membri*, in *Working Paper Adapt*, n. 12.
- Tiraboschi M. (2025), *I numeri (veri) sulla contrattazione pirata*, in *Contratti & contrattazione collettiva*, n. 16, 3 ss.
- Tomassetti P. (2016), *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015*, in *DRI*, n. 2, 367 ss.
- Venturi L., Ambroso R., Biagiotti M., Tomaro S. (2022), *Archivio Cnel dei contratti collettivi nazionali di lavoro: funzionamento e funzioni*, in *Cnel*, XXIV Rapporto. Mercato del lavoro e contrattazione collettiva, reperibile sul sito *Cnel.it*.
- Zoppoli L. (2023), *Il salario minimo legale: un vecchio nodo che viene al pettine in modo sbagliato*, in *LDE*, n. 3, 1 ss.
- Zoppoli L. (2025), *La retribuzione degli italiani tra Scilla (sistema giuslavoristico sempre più sbilanciato) e Cariddi (sistema di sicurezza sociale sempre più affamato). Riflessioni intorno a salari adeguati e minimale contributivo*, in *RDSS*, n. 1, 35 ss.

Giovanni Pigliararmi
Ricercatore di Diritto del lavoro
presso l'Università eCampus

CORTE D'APPELLO NAPOLI, 12.3.2025.

Contratto collettivo – Contratto di prossimità – Appalto – Inderogabilità della norma legale – Accordo sindacale.

L'art. 8, d.l. n. 138/2011, convertito con modifiche in l. n. 148/2011, deve essere interpretato secondo il suo chiaro tenore letterale e l'intenzione del legislatore, come istitutivo della possibilità delle specifiche illustrate nelle materie, da intendere come tassative e pertanto rigorosamente tipizzate nella loro individuazione, riguardanti l'organizzazione del lavoro e, in particolare, le «modalità di disciplina del rapporto di lavoro»: nel senso di accordi di rimodulazione organica delle regole di svolgimento della prestazioni lavorativa, nel suo assetto di orari, mansioni, organizzazione complessiva delle relazioni interne all'impresa nel proporzionato equilibrio dei reciproci diritti e doveri delle parti del rapporto. Pertanto, è illegittimo l'accordo di prossimità in cui si sopprimono numerose voci retributive senza alcuna corrispondenza con una rimodulazione dell'organizzazione e dell'orario, poiché, oltre a violarsi la tassatività di cui al citato art. 8, sembra perdersi di vista anche il parametro dell'art. 36 Cost. (1)

(1) ILLEGITTIMITÀ DEL CONTRATTO DI PROSSIMITÀ PER ESTRANEITÀ ALLE FINALITÀ NORMATIVAMENTE DEFINITE

SOMMARIO: 1. Il caso oggetto della pronuncia. — 2. Il carattere eccezionale dell'art. 8, d.l. n. 138/2011. — 3. La vincolatività e la tassatività delle finalità come limiti invalicabili degli accordi di prossimità. — 4. Conclusioni.

1. — *Il caso oggetto della pronuncia* — La questione, oggetto della sentenza qui annotata, attiene al giudizio di legittimità di un accordo, sottoscritto ai sensi dell'art. 8, c. 2, del d.l. n. 138/2011, nell'ambito di un processo di cambio appalto nel settore della vigilanza, con cui è stata disposta la disapplicazione, in parte per soppressione e in parte per rimodulazione, di diversi istituti economici previsti dal Ccnl di categoria in favore dei lavoratori impiegati nel servizio oggetto di appalto.

In particolare, per effetto delle diverse previsioni contrattuali nell'accordo si stabiliva una notevole riduzione del trattamento remunerativo spettante ai lavoratori.

In primo grado, il Tribunale aveva ritenuto legittima, considerandola finalizzata all'aumento della competitività, la stabilita soppressione di voci retributive (1) e dunque validamente sottoscritto il contratto di prossimità.

(1) Tra queste: il riconoscimento di un solo scatto di anzianità in luogo di quelli maturati all'atto del cambio appalto, un ticket di euro 4 al posto della quattordicesima mensilità, l'azzeramento di tutte le indennità tipiche applicabili ai rapporti (indennità di presenza, indennità per lavoro domenicale, maggiorazioni per lavoro straordinario feriale e festivo), la previsione di un contributo di solidarietà di euro 100 da trattenere mensilmente in busta paga, il congelamento dei 7 giorni di premesso annuali e degli altri giorni di permesso previsti dal Ccnl, il congelamento dei 5 giorni di ex festività e santo patrono, la mancata fruizione della pausa giornaliera.

Impugnando la decisione del Tribunale, l'appellante ha reiterato la domanda di annullamento dell'accordo (2), perché in violazione dell'art. 8, c. 2, del d.l. n. 138/2011, e ha insistito affinché la Corte d'Appello dichiarasse, in luogo delle previsioni economiche disposte dal contratto, la piena efficacia del Ccnl applicabile con riferimento all'oggetto dell'appalto, ivi inclusi tutti gli istituti economici.

Il Collegio, prima di giungere alla propria decisione, ha ripercorso gli ambiti e i limiti di operatività dell'art. 8 e ha osservato che la norma deve essere interpretata «secondo il suo chiaro tenore letterale e l'intenzione del legislatore», ricordando che le materie di intervento devono intendersi «tassative e pertanto rigorosamente tipizzate nella loro individuazione».

Muovendo dalla considerazione che le specifiche intese previste dall'art. 8 del d.l. n. 138/2011 non hanno ambito illimitato ma possono riguardare soltanto la regolazione delle materie inerenti all'organizzazione del lavoro e della produzione, atteso che la norma in esame ha carattere speciale ed eccezionale, i giudici hanno stabilito che esse devono essere soggette a stringente interpretazione e, perciò, hanno sentenziato che un accordo ricompreso tra i contratti di prossimità disciplinati dall'art. 8 del d.l. n. 138/2011, per essere efficace, deve essere rigorosamente rispettoso delle finalità a cui la stessa norma tende e dei requisiti che la stessa impone.

Sulla scorta di ciò, i giudici del gravame hanno riesaminato l'accordo in oggetto, al fine di verificare che fosse stato sottoscritto per perseguire finalità effettivamente rientranti tra quelle ammesse per i contratti di prossimità e nel rispetto dei requisiti richiesti dalla norma per conferirgli l'efficacia generalizzata prevista.

Più in generale, la Corte d'Appello è stata chiamata ad affrontare il tema della legittimità e dell'efficacia di un accordo di prossimità (3) sottoscritto unicamente con il fine di ridurre il costo del lavoro mediante la disapplicazione di alcune componenti della retribuzione previste dalla contrattazione nazionale e senza la previsione di ulteriori interventi modificativi dell'organizzazione del lavoro.

Nella specie, rilevando che l'accordo si presentava teso a soddisfare unicamente l'esigenza di ridurre il costo del lavoro per aumentare – in termini puramente economici – la competitività aziendale, il Collegio è giunto a sentenziare che il contratto persegua obiettivi di esclusivo interesse datoriale e, per questo, non conformi alle finalità rigorosamente stabilite dalla normativa.

Infatti, verificato che con l'accordo si è proceduto alla mera soppressione di numerose voci economiche stabilite dal Ccnl senza una rimodulazione né degli assetti organizzativi né dell'orario e senza apportare benefici in termini di salvaguardia o aumento dell'occupazione, la Corte ha ritenuto che l'accordo si ponesse in violazione della tassatività di cui alle disposizioni dell'art. 8 e, per inciso, del parametro fissato dall'art. 36 Cost.; ciò ha condotto i giudici a concludere per la dichiarazione di illegittimità dell'accordo di prossimità impugnato.

Ribadendo che devono ritenersi validi solo quegli accordi che si giustificano per lo

(2) Anche in relazione ai vincoli previsti dalla legislazione sul conferimento e la gestione degli appalti pubblici nonché delle normative regolatrici dei passaggi di azienda nell'appalto.

(3) Sul tema, più diffusamente: Rusciano 2014, 444; Rusciano 2013, 54; De Luca Tamajo 2013, 154; Garilli 2012, 3; Leccese 2012, 479; Marazza 2012, 43; Mazzotta 2012, 19; Perulli, Speciale 2011, 7.

stretto perseguimento degli scopi legislativamente previsti dalla norma, la Corte napoletana ha declinato con severità le finalità e i limiti entro cui possa ritenersi efficace un accordo di prossimità e, con ciò, ha delimitato restrittivamente l'ambito di azione della contrattazione collettiva. Nel dettaglio, i giudici non si sono limitati ad affermare il principio, già consolidato (4), secondo il quale non ogni e qualsiasi accordo sottoscritto secondo le forme dettate dall'art. 8, d.l. n. 138/2011, ha la capacità derogatoria che la legge riconosce alle «specifiche intese» (5), ma hanno aggiunto che, se l'accordo è estraneo, anche parzialmente, alle perentorie finalità individuate dal legislatore, questo non può avere efficacia soggettiva generalizzata.

2. — *Il carattere eccezionale dell'art. 8, d.l. n. 138/2011* — L'esame del caso sopra tratteggiato presenta l'occasione per ricostruire gli elementi essenziali della disciplina relativa ai contratti di prossimità e per ricordare che l'art. 8 del d.l. n. 138/2011, come noto, riconosce all'autonomia privata collettiva, e in particolare alla contrattazione collettiva aziendale o territoriale, la possibilità di sottoscrivere specifiche intese efficaci *erga omnes*, anche in deroga alle disposizioni di legge nonché alle discipline pattuite nei contratti collettivi nazionali di lavoro, con esclusivo riferimento a una serie ben specifica di ambiti (6) e di scopi.

Fermo il richiamo al principio per cui le parti sono sempre obbligate al più stretto rispetto della Costituzione, dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro, nella pronuncia in esame si ribadisce che possono essere sottoscritte intese suscettibili di applicazione ed efficacia generalizzata solo se raggiunte nel tassativo rispetto dei limiti individuati dalla norma stessa.

Viene valorizzato l'elemento della tassatività, sia delle materie e sia delle finalità che la disposizione identifica quali elementi legittimanti l'efficacia generalizzata di un accordo sottoscritto ai sensi della stessa, ed esaltato ed evidenziato il carattere eccezionale del precetto.

In ordine alla caratteristica dell'eccezionalità dell'art. 8 del d.l. n. 138/2011, già con la sentenza n. 221/2012 della Corte costituzionale (7) era stato affermato e chiarito, senza equivoci, che la norma in esame «introduce una disciplina eccezionale, non applicabile al di fuori delle ipotesi di stretta interpretazione ivi previste». Un monito, questo, che è stato ribadito in termini non differenti da quelli appena richiamati dalla stessa Consulta con sentenza n. 25/2023 (8). In quell'occasione, i giudici delle leggi, ribadendo la rilevanza degli effetti scaturenti da un valido accordo di prossimità, sono tornati a porre l'attenzione sul profilo primario della norma in questione: il suo carattere di straordinarietà da cui deriva l'obbligo per il giudicante di attenersi a criteri interpretativi eccezionalmente stringenti.

L'eccezionalità e la straordinarietà rappresentano, quindi, il perno interpretativo

(4) Su questo, cfr. T. Civitavecchia 17.12.2020, in *LG*, n. 6, 640 ss., con nota di Di Noia 2021.

(5) Ancora, sul punto, T. Civitavecchia 17.12.2020.

(6) Tra le esposizioni degli ambiti e le materie di intervento, si rinvia a: Del Punta 2012, 31; Marazza 2012, 45.

(7) Cfr. C. cost. 4.10.2012, n. 22, con nota di Ferraresi 2013, 164 ss., richiamata ampiamente dalla Corte d'Appello di Napoli nella propria decisione.

(8) Per un approfondimento della pronuncia: Rusciano 2023, 1; Zoppoli A. 2024, 4.

della norma, attorno al quale deve muoversi l'interprete per verificare il rispetto della disciplina e dunque l'eventuale validità di un accordo di prossimità.

In questo solco interpretativo, tracciato dai consolidati precedenti giurisprudenziali (9), sia di merito che di legittimità (10) e sostanzialmente aderenti alle prospettazioni e interpretazioni dottrinarie (11) sul tema, si ribadisce che la disciplina obbliga i giudicanti a un esame accurato e rigoroso del contratto.

Riguardo alle modalità dell'esame approfondito a cui è chiamato l'organo giudicante, queste attengono tanto al rispetto dei limiti e dei requisiti quanto all'attinenza dell'accordo alle materie in riferimento alle quali la normativa concede un potere derogatorio alle firmatarie.

L'eccezionale portata della disposizione spiega perché il processo di verifica, necessario per ritenere che il contratto oggetto di valutazione possa rientrare tra quelli qualificabili come specifica intesa ai sensi dell'art. 8 del d.l. n. 138/2011, è di estrema rilevanza e perché deve focalizzarsi sul rispetto estremamente rigoroso delle condizioni, non suscettibili di essere declinate estensivamente (12), fissate dalla normativa.

Sotto questo profilo, strettamente connesso all'efficacia generalizzata che il contratto integralmente rispettoso della norma è capace di esprimere, risulta essenziale che venga effettuato un severo controllo circa il rispetto dei requisiti oggettivi e soggettivi indicati dalla stessa disposizione, e quindi che venga verificata sia la sussistenza di una effettiva rappresentatività qualificata in capo ai soggetti stipulanti, la quale deve preesistere alla sottoscrizione dell'accordo e non è sostituibile né da eventuali adesioni successive né tantomeno da eventuali ratifiche del contenuto del contratto (13), e sia la sussistenza di finalità conformi a quelle elencate dalla normativa stessa, sebbene, con riferimento all'esame degli scopi esplicitati dalle parti contraenti, questo non può estendersi fino a una valutazione sull'opportunità stessa di stipulare il contratto. Infatti, per quanto il controllo del giudice debba essere scrupoloso e puntuale, deve osservarsi e precisarsi che l'opportunità di sottoscrivere un determinato accordo attiene, comunque, alla discrezionalità delle scelte e delle valutazioni rimesse esclusivamente alle parti firmatarie.

Da ciò consegue che la verifica giurisprudenziale non può estendersi fino a divenire un giudizio sulla necessità o la convenienza dello strumento contrattuale adottato, ma, al più, può giungere fino a essere una valutazione circa l'effettiva capacità rappresenta-

(9) Sulla questione, si veda, Zoppoli L. 2016, 37, e tra le pronunce di merito si veda T. Udine 18.9.2017, in *DeJure*, e, nello stesso senso, anche il pronunciamento di Cass. 2.10.2023, n. 27764, in *DeJure*, e più recentemente Cass. 30.7.2024, n. 21294, in *DeJure*.

(10) Tra le altre, si veda Cass. 15.11.2017, n. 27115, in *DeJure*; per le pronunce di merito, si veda T. Civitavecchia 17.12.2020, in *RIDL*, 2021, n. 2, II, 426 ss.

(11) Ancora sulla questione, Zoppoli A. 2024, 1 ss.

(12) Principio, questo, peraltro, affermato anche da Cass. 2.10.2023, n. 27806, in *DeJure*, in cui viene evidenziato che non è possibile interpretare estensivamente una disposizione eccezionale quale è l'art. 8, d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011. Gli accordi stipulati in applicazione dell'art. 8, cit., infatti, derogano non solo ai principi propri dell'autonomia privata, ma anche alle disposizioni di legge che disciplinano le materie potenzialmente oggetto di negoziato, nonché alle relative regolamentazioni contenute nei Ccnl (eventualmente applicabili in seno all'azienda interessata).

(13) Con riguardo alla rappresentatività e agli effetti in assenza dei requisiti soggettivi, si veda T. Napoli 7.3.2024, n. 1751, in *Rivistalabor.it*, 9 agosto, con nota di Pelliccia 2024.

tiva delle organizzazioni stipulanti, oltre che sull'idoneità, la coerenza e la non dannosità del contenuto, oltre che sulla proporzionalità tra lo strumento impiegato e gli obiettivi dichiarati.

3. — *La vincolatività e la tassatività delle finalità come limiti invalicabili degli accordi di prossimità* — Marcando il rapporto paradigmatico che intercorre tra l'eccezionalità dell'art. 8, c. 1, d.l. n. 138/2011, la tassatività delle materie elencate e le categoriche finalità che la medesima disciplina ammette, l'attenzione deve porsi sugli elementi oggettivi che devono necessariamente essere presenti e contemplati affinché l'intesa che aspiri a essere qualificata come accordo di prossimità possa legittimamente derogare alla legge e alla contrattazione collettiva.

In questo senso, come emerge dalla pronuncia in esame, l'efficacia e la legittimità dell'intesa derogatoria sono espressamente condizionate, a pena di nullità, allo scopo esatto a cui essa è diretta.

Sotto questo profilo, è stato avvertito che l'intesa, per essere considerata specifica e destinataria dell'efficacia *erga omnes*, deve essere esclusivamente e categoricamente diretta al raggiungimento degli scopi previsti, oltre che sottoscritta nell'ambito del perimetro delle tematiche elencate all'art. 8, c. 2, del d.l. n. 138/2011.

Risulta essenziale, in merito alla legittimità dell'obiettivo da perseguire e alla validità dell'accordo, che la finalità perseguita sia esattamente selezionata tra quelle individuate dal legislatore, esplicitamente descritta e circostanziata, e che si renda evidenza della deroga ritenuta necessaria per perseguirla, oltre che di come essa possa consentire il raggiungimento della finalità.

Nello specifico, le parti firmatarie non solo sono tenute a esprimere dettagliatamente le circostanze e le modalità con cui la disposizione derogatoria mira a perseguire le predette finalità previste dalla norma, essendo escluso che possano limitarsi a effettuare un generico riferimento all'art. 8 ovvero a una delle finalità in esso indicate (14), ma devono anche dimostrare che le deroghe contrattate consentano effettivamente il raggiungimento dello scopo ammesso e dunque, in altre parole, siano meritevoli della tutela. Ciò al fine di non avallare, in ragione della non modulabile vincolatività dei fini tracciati dalla norma, alcuna deroga che non sia interamente funzionalizzata alle finalità previste dalla legge (15).

La motivazione sottesa a questa linea interpretativa è facilmente intuibile: evitare che possa trovare concretizzazione — attraverso la produzione di un effetto non voluto dal legislatore (16) — il rischio di trasformare in lecito ciò che, ordinariamente e al di fuori dell'equilibrio disegnato dal legislatore, sarebbe illecito (17), intendendo con ciò che si rischierebbe di conferire forza derogatoria ed efficacia *erga omnes* anche a un

(14) Al riguardo, cfr. C. App. Trento 21.7.2020, in *DeJure*.

(15) Quantomeno sulla parte motivazionale della decisione, la sentenza in commento risulta allineata a recenti precedenti, tra cui nuovamente T. Civitavecchia 17.12.2020, cit., per la parte in cui ha sostenuto che, in mancanza di alcuna indicazione che permetta di correlare l'intesa a una delle finalità richieste dalla norma, «è possibile concludere che la natura giuridica della pattuizione in esame è quella di un comune contratto collettivo di livello aziendale», e non un contratto di prossimità con efficacia generalizzata.

(16) Così, testualmente, si esprime la C. App. Venezia 21.1.2021, in *DeJure*.

(17) Nel dettaglio, C. App. Venezia 21.1.2021 richiama Cass. 11.12.2020, n. 28345, in *DeJure*.

ordinario contratto aziendale di diritto comune, soltanto perché contenente riferimenti formali all'art. 8, d.l. n. 138/2011.

Per questo, nel prisma interpretativo indicato, la verifica di legittimità dell'accordo e di rispetto della *ratio* espressa dalla normativa – che diversamente verrebbe disattesa e snaturata – deve essenzialmente condurre all'individuazione della volontà, comune ai firmatari, di perseguire, attraverso la deroga, una finalità condivisa e vantaggiosa per entrambi, e non utile soltanto a favore di una parte e a scapito dell'altra.

Il criterio interpretativo per cui la validità di un accordo deve essere valutata in funzione della finalità comune che si intende perseguire non è stato sempre adottato, da parte della giurisprudenza, con la medesima inflessibilità usata dai giudici partenopei. Con specifico riferimento a una pronuncia intervenuta in un caso simile (18), il Tribunale investito della controversia, pur ricordando i limiti e le materie in cui è consentito l'intervento della contrattazione di prossimità, ha ritenuto legittimo l'accordo stipulato ai sensi dell'art. 8, d.l. n. 138/2011, che, senza articolare alcuna riorganizzazione o riforma complessiva delle mansioni e della classificazione dei lavoratori interessati dall'accordo (che pure sarebbero finalità contenute nella norma), disponeva unicamente e semplicemente, con l'intento di ridurre il costo del lavoro a carico del datore, il sottoinquadramento generalizzato dei destinatari dell'accordo. In quella pronuncia, l'organo giudicante ha evidentemente interpretato in via estensiva il concetto di regolazione dell'organizzazione del lavoro con riferimento all'inquadramento del personale, ritenendo legittimo e conforme alla finalità normativa l'accordo che si limitava a incidere sul trattamento retributivo dei lavoratori senza alcuna misura controprestazionale.

Peraltro, la giurisprudenza (19) intervenuta più di recente sul tema, richiamando il carattere eccezionale della norma (20), ha costantemente ritenuto imprescindibile, per qualificare l'accordo oggetto di valutazione come una «specifica intesa», la rigida verifica della sussistenza di una valida finalità, anche affermando – con estrema nettezza (21) – che l'art. 8 del d.l. n. 138/2011 «introduce una disciplina eccezionale, non applicabile al di fuori delle ipotesi di stretta interpretazione ivi previste» e specificando che, «se è vero che in sede giudiziale non sarebbe effettuabile un sindacato di merito sulla corrispondenza tra intesa e finalità da essa perseguite, si ritiene che nell'accordo ex art. 8, d.l. n. 138/2011, le parti debbano indicare specificatamente le ragioni di fatto che correlano la disciplina derogatoria alle singole finalità previste dalla norma».

Concentrata sull'aspetto relativo alla tassatività delle materie oggetto degli accordi di prossimità e della correlata ammissibilità delle deroghe, questa linea interpretativa (22) si traduce nell'esatta adesione alle indicazioni fornite dal giudice delle leggi nelle

(18) Si fa riferimento a T. Firenze 4.6.2019, n. 528, in *DRI*, n. 4, 1221 ss., con nota di Tomassetti 2019.

(19) Sul tema, ancora, C. App. Firenze 20.11.2017, in *RIDL*, 2018, n. 4, II, 979 ss.

(20) Ancora, nello specifico, si veda, per tutte, T. Udine 18.9.2017, in *DeJure*.

(21) In questo senso, ancora su tutte per la rilevanza dell'approfondimento, C. App. Firenze 20.11.2017, cit.

(22) Nello specifico, il T. Civitavecchia 17.12.2020, in *LG*, n. 6, 640 ss., con nota di Di Noia 2021, osserva che: «al fine di verificare se un accordo rientri tra quelli di prossimità occorre, dunque, accertare [...] che la volontà delle parti di stipulare un contratto ex art. 8 del d.l. 138/11 sia riconoscibile dal testo dell'accordo, dovendo essere esplicitati il fine perseguito e le norme cui si intende derogare».

sentenze sopra richiamate e rivolte espressamente a sollecitare l'adozione di criteri interpretativi – sia dei requisiti previsti dalla disciplina e sia delle finalità per cui la normativa ammette la sottoscrizione delle specifiche intese – decisamente e necessariamente stringenti (23).

In altre parole, uniformandosi agli insegnamenti provenienti della Consulta e in sostanziale conformità all'orientamento ormai consolidatosi nelle più recenti sentenze pronunciate sul punto (24), la *ratio* della norma, così come illustrata dalla stessa Corte costituzionale, deve rigidamente essere individuata come la chiave di volta della valutazione che il giudice è tenuto ad assumere.

In tal senso, il conferimento dell'eccezionale validità ed efficacia generalizzata (25) va riconosciuto a quegli accordi collettivi che si risolvono – e perciò si giustificano – soltanto nel perseguimento delle finalità legislativamente previste (26), e sempre che essa, per quanto rientrante negli ambiti delimitati dalla stessa disposizione, non determini esclusivamente un vantaggio a favore di una sola parte e un nocumento per l'altra.

4. — *Conclusioni* — Alla luce della decisione in oggetto, sembra chiarirsi il tracciamento del limite entro il quale non è realizzabile quel potenziale scardinamento dell'inderogabilità della norma legale, che da più parti era stato avvertito e identificato (27) come il rischio più elevato che l'art. 8, d.l. n. 138/2011, prefigurerebbe.

Va ricordato, al riguardo, come, sin dall'indomani dell'entrata in vigore della disposizione in esame, era apparso evidente che la portata innovativa della normativa avrebbe potuto consentire un potenziale sconvolgimento del sistema delle fonti, ammettendo – in astratto – l'illimitata derogabilità *in peius* delle discipline normative delineate a tutela dei lavoratori (28).

Sono note, sul punto, le preoccupazioni di chi riteneva – nei primi commenti pubblicati nell'ambito del vivace dibattito alimentatosi nell'immediatezza della pubblica-

(23) Seppure Rusciano (2024) osserva che la Consulta non abbia proceduto ad «affrontare almeno un discorso chiarificatore» sulla legittimità costituzionale della norma stessa.

(24) In particolare, tra le più recenti pronunce di merito, si richiama T. Milano 30.7.2020, in *DeJure*.

(25) E dunque dell'efficacia generalizzata, come osservano Perulli, Speciale (2011, 30).

(26) Ovvero, in funzione dello scopo legislativamente previsto, secondo Perulli, Speciale (2011, 27), la misura residuale di inderogabilità e la limitata possibilità derogatoria della norma trovano giustificazione nell'obiettivo di preservare il carattere universale del diritto del lavoro.

(27) In tal senso: Liso 2012; Romeo 2014; Garilli 2012; Perulli, Speciale 2011. *Contra*, De Luca Tamajo 2011.

(28) Si rinvia, sullo specifico punto, a Garilli (2012), per cui la disposizione normativa rappresenterebbe una «cambiale in bianco girata dall'art. 8 al contratto territoriale e aziendale, che permette ad essi di derogare in peggio, senza alcun limite, alla disciplina protettiva contenuta in norme di legge. Con un impatto destrutturante non solo dell'intero sistema di contrattazione, ma anche dell'assetto delle fonti – rovesciando il tradizionale equilibrio tra garantismo individuale e garantismo collettivo – e, in ultima analisi, dello stesso principio di indisponibilità del tipo, che presuppone l'inderogabilità della norma». Nello stesso senso, Perulli, Speciale (2011), secondo i quali «la riforma in esame abilita la contrattazione collettiva ad una gamma pressoché illimitata di mutamenti peggiorativi di norme inderogabili».

zione della norma (29) – che la disposizione fosse da considerare «alla stregua di una delega in bianco che potenzialmente può destrutturare l'intero impianto del diritto del lavoro, frammentandone la disciplina a seconda delle convenienze territoriali e aziendali» (30).

In questo scenario, non è mancato chi da subito ha evidenziato la necessità che venisse riconosciuta – anche con riferimento alle materie contemplate dall'art. 8, c. 2, d.l. n. 138/2011 – una residuale misura di inderogabilità della legge, giustificata dal preservare il carattere universale del diritto del lavoro e finalizzata a garantire il mantenimento di una uniformità di fondo delle discipline normative, che fosse in grado di scongiurare «il rischio della creazione di un diritto del lavoro “a pelle di leopardo” con notevoli distinzioni nei livelli di garanzie esistenti nelle aziende e nei territori» (31).

In assenza di un chiaro riferimento legislativo che espliciti l'inderogabilità del tipo negoziale e che attesti l'intenzione del legislatore di impedire interventi che possano incidere sulla *ratio* della norma o distorcere l'utilizzo del tipo contrattuale esaminato (32), l'onere di limitare l'utilizzo del contratto di prossimità per fini estranei a quelli previsti dalla disciplina normativa è stato assolto da altri attori.

Preziosa, in quest'ottica, si è rilevata sia l'azione della giurisprudenza e sia quella del Ministero (33), che hanno assunto – consapevolmente, oltre che costantemente – il ruolo suppletivo di definire e precisare gli spazi e le modalità applicative della contrattazione di prossimità e hanno esercitato la funzione di controllo sul rispetto dei limiti e delle modalità applicative.

Riferimenti bibliografici

De Luca Tamajo R. (2011), *Crisi economica e relazioni industriali: prime osservazioni sull'art. 8 del d.l. 13.8.2011, n. 138*, in *Cuorecritica.it*, 13 settembre.

De Luca Tamajo R. (2013), *Modelli di «auto» ed «etero» regolamentazione del rapporto tra contratti collettivi di diverso livello*, in Aa.Vv. *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore. Lavoro pubblico, rappresentanza sindacale, contratto collettivo, diritto di sciopero*, Giappichelli, Torino, 129 ss.

Del Punta R. (2012), *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, in *LD*, n. 1, 31 ss.

Di Noia F. (2021), *Art. 8, d.l. n. 138/2011, e rapporti tra contratti di diverso livello, ovvero sul coraggio di chiamare le cose col proprio nome*, in *LG*, n. 6, 640 ss.

(29) In questo senso, si veda ancora: Garilli 2012; Perulli, Speziale 2011; Carinci 2011.

(30) Questo il rilievo di Garilli (2012, 5).

(31) Così hanno testualmente rilevato Perulli, Speziale (2011, 27).

(32) Con riferimento alla tematica in oggetto, Perulli, Speziale (2011) e Garilli (2012) lamentano l'assenza di un riferimento all'art. 3 Cost., che come noto è posto a presidio di omogeneità di disciplina per ogni cittadino. *Contra*, Liso 2011.

(33) Nello specifico, si veda nota ministero del Lavoro 24.5.2016, n. 10599, in cui viene espressamente affermato che i contratti di prossimità «devono trovare giustificazione nelle finalità espressamente indicate dal Legislatore. In assenza di tali condizioni [...] eventuali contratti di “prossimità” non potranno evidentemente operare, come prevede il Legislatore, “in deroga alle disposizioni di legge [...] ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro”».

- Ferraresi M. (2013), *L'articolo 8, decreto legge n. 138/2011, supera il vaglio di costituzionalità ex articolo 117 della Costituzione in tema di riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in DRI, n. 1, 172 ss.
- Ferraresi M. (2023), *Si consolida la lettura costituzionalmente orientata dell'articolo 8 (note a margine di Corte costituzionale n. 52/2023)*, in DRI, n. 1, 677 ss.
- Ferraro G. (2011), *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del d.l. n. 138/2011*, in W.P. Csdle Massimo D'Antona.IT, n. 129.
- Garilli A. (2012), *L'art. 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni industriali*, in W.P. Csdle Massimo D'Antona.IT, n. 139.
- Leccese V.S. (2012), *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in DLRI, n. 136, 479 ss.
- Marazza M. (2012), *La contrattazione di prossimità nell'art. 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, in DRI, n. 1, 41 ss.
- Maresca A. (2011), *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'art. 8, d.l. 13.8.2011, n. 138*, in Cuorecritica.it, 15 settembre.
- Mazzotta O. (2012), *«Apocalittici» e «integrati» alle prese con l'art. 8 della legge n. 148 del 2011: il problema della disponibilità del tipo*, in LD, n. 1, 19 ss.
- Pelliccia L. (2024), *La giusta retribuzione e la corretta applicazione di contratto collettivo secondo il Tribunale di Napoli in un giudizio di opposizione ad atti esecutivi emessi a seguito di diffida accertativa per crediti patrimoniali*, in Rivistalabor.it, 9 agosto.
- Perulli A., Speciale V. (2011), *L'art. 8 della l. 14.9.2011, n. 148 e la «Rivoluzione di agosto» del Diritto del lavoro*, in W.P. Csdle Massimo D'Antona.IT, n. 123.
- Romeo C. (2014), *Il processo di «aziendalizzazione» della contrattazione collettiva: tra prossimità e crisi di rappresentatività sindacale*, in W.P. Csdle Massimo D'Antona.IT, n. 214.
- Rusciano M. (2013), *Lettura e rilettura dell'art. 39 della Costituzione*, in DLM, n. 2, 263 ss.
- Rusciano M. (2014), *Introduzione: che fare dell'art. 39 della Costituzione?*, in L. Zoppoli, A. Zoppoli, M. Delfino (a cura di), *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali?*, Editoriale scientifica, Napoli, 439 ss.
- Rusciano M. (2023), *L'incostituzionalità dell'art. 8 della legge 148 del 2011 (commento a corte costituzionale 28 marzo 2023 n. 52)*, in DLM, n. 1, 133 ss.
- Tomassetti P. (2019), *Sulla legittimità dell'accordo di prossimità in materia di sotto-inquadramento retributivo*, in DRI, n. 4, 1221 ss.
- Zoppoli A. (2024), *Riflessioni (in «dialogo») sul contratto collettivo «di prossimità», muovendo dalla sentenza della Consulta n. 52 del 2023*, in AmbienteDiritto, n. 1.
- Zoppoli L. (2016), *Le fonti (dopo il Jobs Act): autonomia ed eteronomia a confronto*, in Labor, n. 1-2, 37 ss.

Giovanni Guglielmo Crudeli
*Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro
 presso l'Università di Napoli «Federico II»*

CORTE COSTITUZIONALE, 12.2.2025, n. 31.

Assistenza – Reddito di cittadinanza – Principio di uguaglianza – Discriminazione indiretta – Stranieri (lavoratori) – Assegno di inclusione – Misure di contrasto alla povertà.

L'art. 2, c. 1, lettera a, numero 2), del decreto legge 28.1.2019, n. 4 («Disposizioni urgenti in materia di reddito di cittadinanza e di pensioni»), convertito, con modificazioni, dalla l. 28.3.2019, n. 26, è costituzionalmente illegittimo nella parte in cui prevedeva che il beneficiario del reddito di cittadinanza dovesse essere residente in Italia «per almeno 10 anni», anziché prevedere «per almeno 5 anni». (1)

(1) SULL'ILLEGITTIMITÀ DEL REQUISITO DI RESIDENZA DECENNALE
PER L'ACCESSO AL REDDITO DI CITTADINANZA.
NOTE A MARGINE DI C. COST. N. 31/2025

SOMMARIO: 1. L'incostituzionalità del reddito di cittadinanza a due anni dalla sua abrogazione. — 2. La natura polifunzionale del reddito di cittadinanza nella giurisprudenza costituzionale. — 3. La residenza decennale secondo la Corte di Giustizia. — 4. L'irragionevolezza del requisito di residenza decennale. — 5. Da dieci a cinque anni: il ricorso alle «rime adeguate». — 6. Gli effetti della pronuncia di incostituzionalità dopo il reddito di cittadinanza. Alcune considerazioni sull'assegno di inclusione.

1. — *L'incostituzionalità del reddito di cittadinanza a due anni dalla sua abrogazione* — Con la pronuncia in commento, la Corte costituzionale si esprime sulla questione di legittimità costituzionale relativa al requisito di residenza decennale richiesto per beneficiare del «Reddito di cittadinanza» (d'ora innanzi anche Rdc).

La misura, introdotta dal decreto legge 28.1.2019, n. 4, convertito con modificazioni nella l. 28.3.2019, n. 26, consisteva nell'erogazione di un beneficio economico ai nuclei familiari riversanti in situazione di povertà. La sua corresponsione era condizionata all'adesione a specifici programmi volti all'inserimento lavorativo e al rispetto di rigidi meccanismi di condizionalità, ma anche al possesso di specifici requisiti soggettivi dei richiedenti (1).

A far data dal 1.1.2024 (2), il Rdc è stato sostituito da due nuove prestazioni: l'«assegno di inclusione» (di seguito anche Adi) e il «supporto per la formazione e il lavoro» (Sufol) (3).

(1) Sulla disciplina della prestazione, vd.: Pascucci 2020, 273 ss.; Balandi 2020, 190 ss.; Sartori 2022, 283 ss.

(2) Art. 1, c. 318, l. 29.12.2022, n. 197.

(3) Sulla disciplina delle nuove misure, vd.: Ales 2023, 130 ss.; Ricci 2023, 1105 ss.; Sartori 2023, 742 ss.; Veneto 2025, 93 ss.

Nonostante la sua abrogazione, il dibattito relativo alla misura introdotta dal governo Conte I è tutt'altro che esaurito. In particolare, hanno continuato ad aleggiare i dubbi relativi alla legittimità costituzionale dei requisiti previsti per l'accesso alla prestazione, soprattutto per la loro portata restrittiva nei confronti dei cittadini stranieri.

Al fine di poter beneficiare del Rdc, ai cittadini di paesi terzi era infatti richiesto il possesso del permesso per soggiornanti di lungo periodo. Si tratta di un titolo di soggiorno a cui hanno diritto solo coloro i quali siano residenti in Italia da almeno cinque anni e che siano in possesso di requisiti reddituali e abitativi specificatamente previsti dalla legge (4).

Solo in via di prassi, il beneficio è stato esteso dall'Inps anche ai titolari di protezione internazionale (5). Ne sono invece rimasti esclusi i possessori dei permessi per lavoro o per attesa occupazione, a prescindere dalla situazione di povertà del loro nucleo familiare o dal periodo di residenza in Italia.

Per beneficiare della prestazione, oltre al titolo di soggiorno, era necessario aver risieduto sul territorio italiano per almeno dieci anni, di cui gli ultimi due in via continuativa. Si trattava, in questo secondo caso, di un requisito formalmente neutro, perché imposto anche ai cittadini italiani, ma con indubbi effetti penalizzanti nei confronti dei cittadini stranieri, tanto europei che di paesi terzi.

L'obiettivo, ancorché non dichiarato, era quello di limitare l'accesso alla misura da parte dei cittadini stranieri (6). È evidente il paradosso: dal beneficio attraverso cui il Governo dell'epoca annunciava la «fine della povertà» ha finito per essere estromessa proprio la parte della popolazione legalmente residente in Italia a maggior rischio di povertà assoluta (7).

L'effetto restrittivo non ha tardato a sollevare dubbi sulla legittimità della disciplina (8), più volte portati all'attenzione dei tribunali soprattutto dai cittadini stranieri, principali destinatari dei provvedimenti di revoca della misura di sicurezza sociale, per mancato possesso del requisito di residenza o del titolo di soggiorno (9). Il più delle volte il ricorso alla via giudiziale è stato infatti solo successivo alla iniziale erogazione della prestazione e alla sua successiva sospensione, con l'obiettivo di far accertare il proprio diritto a percepire la prestazione e l'illegittimità del provvedimento di revoca.

Il d.l. n. 4/2019 prevedeva, infatti, che i richiedenti dovessero cominciare a percepire la prestazione a partire dal mese successivo alla domanda, anche nel caso di mancato esperimento delle verifiche da parte dell'Inps sull'effettivo possesso dei requisiti (10). I controlli sono così spesso intervenuti solo dopo che le persone, ancorché non sempre nella piena consapevolezza di stare violando la normativa, hanno cominciato a bene-

(4) Art. 9, d.lgs. 25.7.1998, n. 286.

(5) Guariso 2024, 2 (nota 5).

(6) *Ivi*, 2-3; McBritton 2025, 127; *amplius*, Ranieri 2019, 2127 ss.; Caracciolo 2024, 243 ss.

(7) Secondo l'Istat, «L'incidenza della povertà assoluta fra le famiglie con almeno uno straniero è pari al 30,4%; si ferma invece al 6,3% per le famiglie composte solamente da italiani»: Istat 2024. In tal senso, si vd. Saraceno 2023, 35.

(8) Fra i primi commenti, si vd. Giubboni 2019, 21 ss.

(9) Solo nel 2020, le prestazioni revocate per «assenza dei requisiti di residenza e cittadinanza» sono state pari al 77,12%; nel 2021 al 50,70%: Inps 2022, 393.

(10) In tal senso, l'ultimo periodo dell'art. 5, c. 3, d.l. n. 4 del 2019.

ficiare della prestazione anche in assenza dei requisiti richiesti, con conseguente revoca della stessa e, non di rado, con contestuale avvio di procedimenti penali (11).

È stata proprio una di queste vicende ad aver spinto la Corte d'Appello di Milano a sollevare la questione di legittimità costituzionale relativa al requisito di residenza decennale (12). Nel caso di specie, la revoca della misura riguardava un gruppo di cittadini romeni, a cui era stata sospesa l'erogazione della prestazione per mancanza del requisito di residenza decennale, nonostante la documentata situazione di indigenza economica.

Per tale ragione, la Corte ha ritenuto non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale prospettata con riferimento alla possibile violazione degli artt. 3, 11 e 117, c. 1, Cost.; questi ultimi in relazione agli artt. 21 e 34 CdfUe, all'art. 24, Direttiva n. 2004/38/Ce e all'art. 7, par. 2, Regolamento n. 492/2011: questione che è stata dichiarata fondata dalla Consulta con una sentenza manipolativa a carattere sostitutivo, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, c. 1, lett. a, n. 2), del d.l. 28.1.2019, n. 4, convertito con modificazioni dalla l. 28.3.2019, n. 26, per violazione del principio di uguaglianza, nella parte in cui prevedeva che il beneficiario del reddito di cittadinanza dovesse essere residente in Italia «per almeno 10 anni» anziché «per almeno 5 anni» (13).

2. — *La natura polifunzionale del reddito di cittadinanza nella giurisprudenza costituzionale* — Nel decidere la questione sollevata dalla Corte d'Appello di Milano, i giudici costituzionali hanno dovuto confrontarsi con un'ampia produzione giurisprudenziale, di cui non può non darsi brevemente conto in via preliminare, anche in ragione dell'importanza che tali precedenti rivestono nell'*iter* argomentativo seguito dalla Consulta.

Già in diverse occasioni, quest'ultima è stata chiamata a prendere parola sulla controversa disciplina introdotta dal d.l. n. 4/2019 e sulla legittimità dei requisiti previsti per l'accesso alla prestazione.

Elemento comune di tale produzione giurisprudenziale (14) è l'accento che è stato posto sulla natura «polifunzionale» della misura in questione (15). Pur essendo stato

(11) Lo specifico reato era previsto dall'art. 7, d.l. n. 4 del 2019.

(12) C. App. Milano 31.5.2022, ord., in *Asgi.it*.

(13) Nelle more della pubblicazione della presente nota, la Corte d'Appello di Milano è nuovamente intervenuta sul caso che ha spinto la stessa a sollevare la questione. In ossequio alla decisione della C. cost. n. 31/2025, il Collegio ha rilevato la natura discriminatoria della condotta tenuta dall'Inps, condannando l'Istituto a cessare la condotta antidiscriminatoria e riconoscendo il diritto alla prestazione dei cittadini europei in possesso del requisito di residenza quinquennale (C. App. Milano 15.10.2025, inedita a quanto consta). Si segnala che è stata, inoltre, sollevata una nuova questione pregiudiziale volta ad accertare la legittimità, in relazione all'art. 11, par. 1, lett. d, della Direttiva n. 2003/109 e all'art. 47 della CdfUe, della normativa nazionale nella parte in cui non consente di accertare l'inesistenza del diritto alla restituzione di somme pagate dall'Inps a un cittadino di paese terzo, titolare di permesso di soggiorno di lungo periodo, a seguito dell'intervenuto passaggio in giudizio del decreto ingiuntivo ottenuto dall'Istituto per far valere la pretesa restitutiva (T. Torino 17.9.2025, ord., inedita a quanto consta).

(14) Si vd.: C. cost. 21.6.2021, n. 126; C. cost. 10.1.2022, n. 19; C. cost. 22.4.2024, n. 54, tutte in *Giurcost.org*. La complessa natura del Rdc è evocata dalla Corte anche in altre occasioni; si vd., ad esempio, C. cost. 26.11.2024, n. 1, in *Giurcost.org*.

(15) Di natura polifunzionale parlano: Garilli, Bologna (2022, 87 ss.); Giubboni (2023, 484).

presentato come uno strumento di «lotta» alla povertà, nelle intenzioni del Governo dell'epoca il Rdc non avrebbe dovuto rappresentare un mero strumento assistenziale. A essere perseguito era anche l'ulteriore e ambizioso obiettivo di far divenire la prestazione un vero e proprio propulsore dell'inserimento lavorativo. In buona sostanza, il Rdc avrebbe dunque dovuto rappresentare al contempo «un rimedio alla povertà e un rimedio alla disoccupazione» (16).

Tale duplice funzione si riflette anche nella definizione della prestazione fornita dal decreto istitutivo, secondo cui il Rdc costituiva una «misura fondamentale di politica attiva del lavoro a garanzia del diritto al lavoro, di contrasto alla povertà, alla disuguaglianza e all'esclusione sociale, nonché diretta a favorire il diritto all'informazione, all'istruzione, alla formazione e alla cultura attraverso politiche volte al sostegno economico e all'inserimento sociale dei soggetti a rischio di emarginazione nella società e nel mondo del lavoro» (17). A tal fine, l'erogazione del reddito era «condizionata alla dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro da parte dei componenti il nucleo familiare maggiorenni [...] nonché all'adesione ad un percorso personalizzato di accompagnamento all'inserimento lavorativo e all'inclusione sociale» (18).

A quasi due anni dall'abrogazione del Rdc, può dirsi che lo strumento pare, almeno in parte, essere riuscito a contenere il disagio economico e a offrire un'alternativa al lavoro sottoremunerato (19). È sul piano degli obiettivi di politica attiva che la misura si è dimostrata meno efficace (20). Ciò non tanto perché, come è stato sostenuto da chi ha contestato la prestazione, il Rdc abbia incentivato il rifiuto al lavoro. Tale critica non ha infatti trovato alcun riscontro nelle ricerche più accreditate. Piuttosto, a non permettere al Rdc di svolgere la propria funzione di «*driver*» occupazionale sono state le tradizionali carenze del sistema di politiche attive italiano, a cui si è sommata l'ulteriore difficoltà di dover avviare all'occupazione prevalentemente persone a bassa qualifica e non formate in modo adeguato (21), da indirizzare verso percorsi di formazione e orientamento professionale prima di poter essere inserite nel mercato del lavoro.

Ciononostante, sono stati gli obiettivi formalmente perseguiti e non i risultati concreti a guidare la Corte costituzionale nelle tante occasioni in cui la stessa si è pronunciata sulla legittimità della disciplina introdotta dal d.l. n. 4/2019. In particolare, è stata proprio l'idea che si trattasse di una sorta di «misura a due anime» (22) a porre le basi per le interpretazioni costituzionalmente orientate più volte adottate dalla Consulta in riferimento alla disciplina del Rdc. E infatti, come ricordato dalla stessa pronuncia in commento, ai fini della risoluzione delle questioni di legittimità costituzionale «è risultato sempre dirimente evidenziare la peculiarità strutturale e funzionale di questa misura, dove la componente di integrazione al reddito è strettamente condizionata al conseguimento di obiettivi di inserimento nel mondo del lavoro» (par. 7.1).

(16) Balandi 2020, 193.

(17) Art. 1, d.l. n. 4/2019.

(18) Art. 4, c. 1, d.l. n. 4/2019.

(19) Cfr. Pesenti 2021, 369.

(20) Valente 2021, 372 ss.; Tridico 2023, 3 ss.

(21) Saraceno 2023, 35; *Relazione del Comitato scientifico per la Valutazione del Reddito di Cittadinanza*, ottobre 2021, spec. p. 65. Nello stesso senso, da ultimo, Veneto 2025, 89.

(22) D'Onghia 2021, 127.

Valorizzando il «percorso formativo e d'inclusione» e i rigidi meccanismi di condizionalità previsti ai fini della fruizione del reddito, la giurisprudenza costituzionale ha infatti costantemente escluso che la prestazione in questione avesse una «natura meramente assistenziale» (23). Secondo la Corte, «pur presentando anche tratti propri di una misura di contrasto alla povertà, non si risolve in una provvidenza assistenziale diretta a soddisfare un bisogno primario dell'individuo, ma persegue diversi e più articolati obiettivi di politica attiva del lavoro e di integrazione sociale» (24).

Non ci si vuole qui soffermare sulle criticità di tale interpretazione, già ampiamente evidenziate dalla dottrina (25). Piuttosto, preme rilevare che proprio tale «forzatura argomentativa» (26) è stata impiegata per escludere l'illegittimità costituzionale del requisito, specificatamente richiesto per i cittadini extraeuropei, del possesso del permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo, previsto dall'art. 2, c. 1, lettera a, n. 1), del d.l. n. 4/2019.

Il dettato costituzionale non impedisce, del resto, qualsiasi disparità di trattamento tra cittadini e stranieri, fintanto che i trattamenti differenziati possano ritenersi ragionevoli e, comunque, non inficino il godimento dei diritti fondamentali (27).

In tal senso, l'accento posto sulla funzione di politica attiva del Rdc è servito a escludere la violazione degli artt. 2, 3 e 38, c. 1, Cost. Pur avendo rilievo costituzionale il compito di «garantire, apprestando le necessarie misure, il diritto di ogni individuo alla "sopravvivenza dignitosa" e al "minimo vitale"», tale compito da solo non può giustificare, per la Corte, l'estensione di una «più complessa misura» con «finalità prevalentemente diverse», che esulerebbe dall'ambito delle prestazioni sociali. D'altra parte, nel ragionamento seguito dai giudici costituzionali, la scelta di destinare la misura ai soli titolari dello *status* di soggiornante di lungo periodo non è da ritenersi irragionevole, dal momento che il reddito di cittadinanza «non si risolve in un mero sussidio economico, ma costituisce una misura più articolata, comportante anche l'assunzione di precisi impegni dei beneficiari», i cui «obiettivi implicano una complessa operazione di inclusione sociale e lavorativa» (28).

Tale sentenza si pone così in linea con una tendenza restrittiva della Consulta, mostratasi incline a legittimare requisiti limitativi dell'accesso alle prestazioni sociali da parte degli stranieri, in quanto ritenuti «ragionevoli» rispetto ai molteplici obiettivi perseguiti dal legislatore nella disciplina di talune misure di assistenza sociale (29).

È nello stesso filone che, come si vedrà, si inserisce anche la pronuncia in commento. Ancorché con le dovute differenze, qui pure la Corte finisce, infatti, per legittimare la previsione di un requisito restrittivo per l'accesso alla misura, e cioè la residenza

(23) Così, fra le prime, C. cost. 21.6.2021, n. 126, cit.

(24) C. cost. 10.1.2022, n. 19, cit. L'affermazione è stata pedissequamente riportata anche in altre più recenti pronunce; si vd. C. cost. 22.4.2024, n. 54, cit.

(25) Per tutti, si vd. Garilli, Bologna 2022, 75 ss.

(26) Ciavarella 2022, 757.

(27) Viscomi 1991, 25 ss.; Chiaromonte 2013, 85 ss.; McBritton 2017, 85 ss.; Spinelli 2019, 672.

(28) C. cost. 10.1.2022, n. 19, cit.

(29) Così è avvenuto in relazione all'assegno sociale e poi in riferimento al reddito di inclusione; rispettivamente, C. cost. 15.3.2019, n. 50, e C. cost. 17.2.2022, n. 34, entrambe in *Giurcost.org*.

di lungo periodo. Quest'ultima è stata infatti censurata solo sotto il profilo della durata, attraverso una peculiare tecnica decisoria che ha consentito alla Corte di sostituire il termine di dieci anni con quello più breve di cinque.

3. — *La residenza decennale secondo la Corte di Giustizia* — I requisiti per l'accesso alla prestazione non hanno tardato a porre dubbi di legittimità anche in relazione al diritto europeo.

A richiamare l'attenzione delle istituzioni europee è stato, in particolare, il requisito di residenza decennale. Tant'è che la Commissione ha aperto una procedura di infrazione a carico dell'Italia (30).

La procedura è stata poi chiusa in ragione dell'abrogazione della disciplina. Il venir meno del beneficio non costituisce, invece, condizione ostativa per i pronunciamenti della Corte di Giustizia sulle questioni pregiudiziali sollevate dai giudici nazionali. Questi ultimi, per ben due volte, hanno posto all'attenzione della Corte europea delle questioni pregiudiziali relative al requisito di residenza decennale, ancorché con percorsi argomentativi disomogenei in relazione alla diversità dei casi che vi hanno dato origine (31).

Una di queste questioni è a oggi ancora pendente. Si tratta di quella sollevata dal Tribunale di Bergamo (32) relativa alla conformità del requisito di residenza decennale con la Direttiva n. 2011/95, la quale garantisce ai titolari di protezione internazionale la parità di trattamento nell'accesso alle prestazioni di assistenza sociale.

I giudici di Lussemburgo si sono invece già pronunciati sulla questione sollevata dal giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Napoli (33), nell'ambito di un processo penale relativo alla falsa dichiarazione resa per l'accesso alla misura da parte di alcuni cittadini stranieri che non avevano maturato la residenza in Italia per un periodo pari ad almeno dieci anni, pur avendo tutti gli altri requisiti per beneficiare della prestazione in esame (fra cui il permesso di lungo periodo).

In tale occasione, la Corte di Giustizia (34) ha ritenuto che il requisito di residenza decennale costituiva una «discriminazione indiretta» nei confronti delle persone straniere soggiornanti di lungo periodo. E infatti, pur trattandosi di un requisito formalmente richiesto anche ai cittadini italiani, la residenza decennale «incide principalmente sui cittadini stranieri». Si trattava di un trattamento differenziato che non avrebbe potuto trovare legittimazione nella sussistenza di cause di giustificazione o nella stessa «operazione di inserimento sociale e professionale» sottesa alla misura, come era stato sostenuto nelle difese del Governo italiano (35).

I giudici di Lussemburgo hanno così rilevato la violazione dell'obbligo di parità di trattamento degli stranieri lungo soggiornanti previsto dalla Direttiva n. 2003/109/Ce.

È bene precisare che il caso posto all'attenzione dei giudici europei era ben diverso da quello che ha dato origine alla questione di legittimità costituzionale affrontata dalla

(30) Infr(2022)4024.

(31) Giubboni 2023, 476.

(32) T. Bergamo 16.11.2022, ord., in *Asgi.it*.

(33) T. Napoli 22.3.2022, ord., in *Asgi.it*.

(34) C. Giust. 29.7.2024, C-112/22 e C-223/22, Grande Camera. Si vd. i commenti di: Guariso 2024, 1 ss.; Chiaromonte 2024, 753 ss; McBritton 2025, 127 ss.

(35) C. Giust. 29.7.2024, Grande Camera, cit., parr. 50-52 e par. 54.

pronuncia in commento. In tale occasione, la questione riguardava delle persone titolari dello *status* di soggiornante di lungo periodo e, per questo, a rilevare nella questione pregiudiziale era la Direttiva n. 2003/109/Ce. Il caso che ha spinto la Corte d'Appello di Milano a sollevare la questione di legittimità costituzionale si riferisce invece a dei cittadini europei.

Ciò non significa che nella pronuncia in commento non vengano parimenti in rilievo profili relativi alla violazione del diritto europeo. Tuttavia, si tratta di questioni su cui, al pari di quanto avvenuto nel 2022, la Consulta non si sofferma.

Per la Corte, le censure relative agli artt. 11 e 117 Cost. appaiono, per un verso, troppo generiche con riguardo alla lamentata violazione dell'art. 34 CdfUe e, per altro verso, viziate da una carente descrizione della fattispecie per quanto attiene alla violazione dell'art. 7, par. 2, del Regolamento n. 2011/492/Ue, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione.

D'altra parte, il fatto che si tratti di un caso di «doppia pregiudizialità» non priva la Corte della possibilità di scegliere l'ordine che ritiene appropriato per risolvere le questioni e, dunque, nel caso di specie, di dare priorità al profilo attinente alla violazione dell'art. 3 Cost. rispetto alla questione sollevata *ex* artt. 11 e 117 Cost., in riferimento agli artt. 21 CdfUe e 24, par. 1, della Direttiva n. 2004/38/Ce, che rimane invece assorbita.

La Consulta pare prendere le distanze anche dalla stessa pronuncia della Corte di Lussemburgo che ha rilevato il contrasto del requisito di residenza decennale con la parità di trattamento prevista dalla Direttiva n. 2011/95, di cui si è parlato poc'anzi (36). Secondo la Corte costituzionale, i giudici di Lussemburgo avrebbero riconosciuto nel Rdc una «prestazione di assistenza sociale volta a garantire un livello minimo di sussistenza», senza verificare «l'esattezza dell'interpretazione proposta dal giudice del rinvio» (par. 7.2). In tal senso, il ragionamento dei giudici europei sarebbe stato viziato da una qualificazione della prestazione in questione errata perché non coincidente con la sua «complessa» natura, più volte, come si è visto, sottolineata dalla Consulta.

Nel muovere tale critica, quest'ultima sembra però dimenticare che la Corte di Giustizia ha mostrato una tendenza ad adottare una lettura espansiva dell'ambito delle prestazioni sociali (37). Di conseguenza, nella giurisprudenza della Corte, l'applicabilità del principio di parità di trattamento delineato dall'ordinamento europeo non è da ritenersi preclusa per il sol fatto che una prestazione persegua finalità ulteriori oltre a quelle assistenziali, in quanto ciò non ne pregiudicherebbe comunque la natura di prestazione di assistenza sociale (38).

È il giudice costituzionale ad aver invece attribuito alla natura «polifunzionale» della prestazione un valore quasi determinante nelle sue interpretazioni delle prestazioni sociali e, in particolare, del Rdc.

Si riscontra, dunque, una tensione tra le posizioni dei due giudici, di fronte alla quale sarebbe forse stato auspicabile che la Corte costituzionale sollevasse una nuova questione di fronte alla Corte di Giustizia, sulle orme di quanto avvenuto in passato nei

(36) *Ivi*.

(37) Fontana 2022, 266.

(38) Si vd., ad esempio, C. Giust. 2.9.2021, C-350/2020, Grande Camera, par. 60.

«dialoghi fra Corti» (39). La Consulta ha invece preferito non intraprendere la via del dialogo con i giudici europei. Anzi, in linea con la recente tendenza «accentratrice», questa ha scelto di evidenziare il «tono costituzionale» (40) (par. 4.1) della questione, così da potersi pronunciare solo con riguardo al parametro fornito dall'art. 3 Cost.

4. — *L'irragionevolezza del requisito di residenza decennale* — È dunque sul piano dei principi di uguaglianza e ragionevolezza che ruota il ragionamento della Corte costituzionale.

A tal fine, anche nella pronuncia in commento viene ribadito il carattere non meramente assistenziale della prestazione, sottolineando ancora una volta come «il beneficio economico erogato è inscindibile da una più complessa e qualificante componente di inclusione attiva» (par. 7.1).

Le premesse da cui parte la sentenza sono dunque le stesse che in passato sono state impiegate per rigettare la questione di legittimità costituzionale relativa al permesso per soggiornanti di lungo periodo. Se la premessa è la stessa, l'esito della questione è però ben diverso.

Del resto, al di là delle critiche, la Consulta non può non fare i conti con le conseguenze della pronuncia della Corte di Giustizia, che ha reso inapplicabile per i soggiornanti di lungo periodo il requisito di residenza decennale. Una eventuale sentenza di rigetto, come quella adottata nel 2022, avrebbe infatti finito per imporre ai cittadini europei un requisito restrittivo non richiesto ai titolari di un permesso di lungo periodo (41).

È proprio la volontà di evitare l'insorgere di una discriminazione «alla rovescia» che spinge la Corte ad accogliere la questione e ad affermare l'illegittimità del requisito di residenza decennale, con la dichiarata finalità di eliminarlo «con efficacia *erga omnes* dall'ordinamento nazionale» (punto 8.4).

La Consulta non ritiene, tuttavia, di dover «annullare completamente il requisito di radicamento territoriale in base alla residenza» (punto 8.1), preferendo una soluzione più complessa.

Nel ragionamento dei giudici costituzionali, la previsione di un requisito di residenza pregressa ai fini dell'accesso alla misura non comporta necessariamente una violazione del principio di uguaglianza, pur ponendo gli stranieri in una posizione di svantaggio. E infatti, come del resto già affermato nel 2022, le finalità perseguite dal legislatore non rendono di per sé «implausibile» (e dunque irragionevole) l'imposizione di un requisito comprovante il radicamento sul territorio.

A essere non conforme agli obiettivi è, invece, la durata temporale della residenza pregressa che viene richiesta dal d.l. n. 4/2019. Il termine decennale viene infatti ritenuto del tutto sproporzionato rispetto agli obietti perseguiti dal Rdc, realizzando una «barriera temporale [...] artificialmente finalizzata al solo tentativo di limitare l'accesso alla prestazione, favorendo i cittadini italiani già residenti [...], a scapito sia di quelli di altri Stati membri dell'Unione, sia di quelli di paesi terzi» (par. 8.2).

(39) In tal senso, Rossi 2025, XX-XXI; similmente, Fontana 2022, 272-273.

(40) Sul punto, criticamente, Calvano 2025.

(41) Guariso 2024, 9.

5. — *Da dieci a cinque anni: il ricorso alle «rime adeguate»* — Rilevata l'irragionevolezza del termine decennale, la strada scelta dalla Corte è quella di adottare in sostituzione il diverso termine quinquennale.

Si tratta del periodo richiesto dall'attuale disciplina sull'assegno di inclusione e che anche in altre occasioni è stato impiegato dal legislatore sia italiano che europeo.

Cinque anni di residenza sono infatti anche quelli necessari per ottenere un permesso per soggiornanti di lungo periodo: circostanza, questa, che consente alla Consulta sia di restare coerente con i suoi precedenti sia di allinearsi all'interpretazione data dalla Corte di Giustizia. Il termine quinquennale è infatti quello che, nelle parole dei giudici costituzionali, «è stato giudicato non irragionevole, ai sensi dell'art. 3 Cost. [...] nella sentenza n. 19 del 2022, in quanto dimostra la “relativa stabilità della presenza sul territorio”» (par. 8.3). Per altro verso, anche secondo i giudici di Lussemburgo, cinque anni sarebbero un periodo di tempo idoneo a testimoniare il radicamento del cittadino straniero nel paese, trattandosi del termine impiegato dal legislatore europeo al fine di legittimare il rilascio di un permesso per soggiornanti di lungo periodo (42).

Il termine quinquennale è poi richiesto anche dall'art. 16, par. 1, della Direttiva n. 2004/38/Ce ai fini dell'acquisizione del diritto di soggiorno permanente da parte dei cittadini europei. In tal modo, pur non entrando nel merito della questione relativa alla violazione degli artt. 11 e 117 Cost. in relazione alla Direttiva n. 2004/38/Ce, la Corte ricava comunque da quest'ultima un ulteriore argomento per adottare il termine quinquennale come punto di riferimento al fine di «ricomporre la ragionevole correlazione con il requisito di radicamento territoriale» (par. 8.3).

È infatti l'insieme di queste disposizioni che fa ritenere ai giudici costituzionali di poter legittimamente impiegare il termine di residenza quinquennale, riconoscendo in questo «una grandezza pre-data idonea a costituire un punto di riferimento presente nell'ordinamento», che consente di risolvere l'irragionevolezza allontanandosi «al meno possibile dal bilanciamento che, nella sua discrezionalità, è stato operato dal legislatore» (par. 8.3).

Si tratta di una tecnica decisionale elaborata dalla Corte al fine di impiegare gli ancoraggi normativi già presenti nell'ordinamento per risolvere i profili di irragionevolezza ed evitare l'insorgere di «insostenibili vuoti di tutela» (43) che conseguirebbero a una eventuale pronuncia di illegittimità costituzionale di tipo demolitivo. È a tal fine che la Corte può servirsi di «precisi punti di riferimento», e cioè di «soluzioni già esistenti, idonee a eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza lamentata» (44) fintanto che «immuni da vizi di illegittimità, ancorché non “costituzionalmente obbligate”» (45).

Il ricorso a tale tecnica decisoria non deve stupire. Simili decisioni sostitutive sono state adottate spesso dalla Consulta, soprattutto in materia penale a fronte di casi di

(42) C. Giust. 29.7.2024, Grande Camera, cit., par. 57.

(43) C. cost. 5.12.2018, n. 222, in *Diritto penale contemporaneo*, <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/6369-la-sentenza-della-consulta-su-pene-fisse-e-rime-obbligate--costituzionalmente-illegittime-le-pene>, con nota di Galluccio.

(44) C. cost. 10.11.2016, n. 236, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, n. 2, 61 ss., con nota di Viganò.

(45) C. cost. 5.12.2018, n. 222, cit.

riscontrata sproporzione delle sanzioni (46). Anche al di fuori di tale ambito, si assiste però a un sempre maggiore impiego di pronunce manipolative (47), che vanno oltre i confini delle cosiddette «rime obbligate» (48).

Se la tecnica non è nuova, a sollevare perplessità sono comunque le ragioni che spingono la Corte a intervenire con una sentenza sostitutiva piuttosto che con una meramente ablativa.

Come si è detto, a giustificare l'individuazione di un termine di residenza pregressa diverso da quello originariamente richiesto è il timore delle discriminazioni «a rovescio» che sarebbero potute insorgere nei confronti dei cittadini europei. A tal fine, sarebbe tuttavia bastato ricorrere a una sentenza ablativa: questa avrebbe di per sé annullato *erga omnes* il requisito di residenza decennale, eliminando qualsiasi forma di discriminazione fra cittadini europei e non.

Sorge dunque il dubbio che la Corte, più che a prevenire «vuoti di tutela», fosse interessata a non tradire i propri precedenti, pur dovendo necessariamente fare i conti con gli effetti della pronuncia della Corte di Giustizia. Né può nascondersi il sospetto che siano state le preoccupazioni di carattere finanziario, peraltro non del tutto celate dalla motivazione, ad aver guidato la Consulta, spingendola a legittimare, ancora una volta (49), un requisito restrittivo ai fini dell'accesso alla misura in questione.

Quella adottata pare dunque una soluzione di compromesso, a cui peraltro non si giunge senza contraddizioni. E infatti, da una parte, si insiste sulla necessità del «radicamento» per l'accesso alla misura: il requisito di residenza pregressa viene, infatti, legittimato in considerazione del fatto che «anche il radicamento territoriale, e non solo la mera prospettiva di stabilità» (par. 8.1), sia rilevante nelle interpretazioni date da parte della giurisprudenza costituzionale del d.l. n. 4/2019. Allo stesso tempo, però, viene censurato il termine decennale originariamente previsto dalla normativa, affermando che il «progetto di inclusione» sotteso al Rdc non sia correlato «al concorso realizzato nel passato, ma alle *chances* dell'integrazione futura, mirando alla prospettiva dello stabile inserimento lavorativo e sociale della persona coinvolta» (par. 8.2).

6. — *Gli effetti della pronuncia di incostituzionalità dopo il reddito di cittadinanza. Alcune considerazioni sull'assegno di inclusione* — Infine, vanno svolte alcune considerazioni circa l'impatto che questa soluzione di compromesso potrebbe avere sul più generale dibattito relativo ai meccanismi di accesso al *welfare* da parte dei cittadini stranieri e sul successo delle azioni giudiziali che verranno esperite al fine di «ricalibrare il sistema di assistenza sociale in funzione egualitaria» (50).

È in particolare sui dubbi relativi alla legittimità dell'attuale disciplina dell'«assegno d'inclusione» che la pronuncia in commento potrebbe far risentire le sue più dirette conseguenze.

(46) Pinardi 2023, 124.

(47) Ruggeri 2024, 1073.

(48) Tega 2020, 141.

(49) Il dubbio che la Corte sia stata mossa da motivazioni di carattere finanziario è stato avanzato anche con riferimento a C. cost. 10.1.2022, n. 19, cit.: Garilli, Bologna 2022, 89-90; Roma 2022, 737 ss. Le motivazioni finanziarie sono, invece, rese esplicite in C. cost. 15.3.2019, n. 50, cit., in materia di assegno sociale: Spinelli 2019, 668.

(50) Bologna 2021, 292.

Anche in questo caso si tratta di una prestazione a cui possono accedere solo gli stranieri provenienti da paesi terzi che siano titolari di un permesso per soggiornanti di lungo periodo o di protezione internazionale. È inoltre, ancora una volta, richiesto un periodo di residenza pregressa in Italia, questa volta pari ad almeno cinque anni.

Come si è poc'anzi osservato, è anche dalla disciplina dell'assegno di inclusione che attinge la Corte costituzionale per risolvere i problemi di ragionevolezza del Rdc, ricavando da questa il termine quinquennale adottato come «punto di riferimento». In questi termini, la Consulta parrebbe presumere una sorta di sostanziale continuità fra le due prestazioni. Tant'è che, non a caso, la seconda viene definita «erede» della prima.

Se così fosse, non avrebbero più alcuno spazio dubbi di legittimità costituzionale dei requisiti richiesti per accedere all'Adi. Questi sarebbero infatti da ritenersi superati in ragione di quanto affermato dalla Corte con riguardo al reddito di cittadinanza e al reddito di inclusione (51).

Una simile conclusione scontrerebbe però una lettura equivoca dei rapporti tra la nuova e la vecchia prestazione. Pur ricalcando in parte la disciplina del Rdc (52), rispetto a quest'ultimo, l'Adi ha la particolarità di essere riservato solo ai nuclei familiari ove è presente almeno un componente minorenne o con almeno sessant'anni di età o con disabilità. Proprio tale criterio selettivo, che limita la misura solo a taluni nuclei familiari, sembrerebbe suggerire una differenza rilevante fra questa prestazione e il precedente Rdc (53). Tale criterio non ha infatti nulla a che vedere con gli obiettivi di inserimento nel mercato del lavoro, confacendosi invece a logiche di carattere più marcatamente assistenziale. Tant'è che si tratta di una prestazione ben distinta dal «supporto per la formazione e il lavoro», che ha una più spiccata propensione all'inclusione lavorativa.

In questi termini, l'Adi non sembrerebbe, quanto a obiettivi perseguiti, perfettamente sovrapponibile al Rdc.

Conseguentemente, rimane fermo il dubbio rispetto alla ragionevolezza dei requisiti riferibili al radicamento territoriale richiesti per beneficiare dell'assegno di inclusione (54). Né il peculiare permesso di soggiorno né il termine di residenza pregressa sembrerebbero infatti del tutto conformi rispetto agli obiettivi perseguiti dal legislatore, tenuto conto della natura della prestazione e della sua più spiccata propensione assistenziale (55).

Allo stesso modo, rimangono anche i dubbi relativi alla compatibilità dei detti requisiti con il diritto europeo. Quest'ultimo, da una parte, prevede vari principi di parità di trattamento, affermati dalle fonti già evocate, a favore dei titolari di permesso di soggiorno di lungo periodo o di protezione internazionale o per i cittadini europei.

(51) Vd. nota. 29.

(52) Sartori 2023, 745 ss.

(53) Sottolinea la dimensione «familiare» del beneficio Ales (2023, 130 ss.). Sulle differenze tra i due strumenti, si vd. anche Saraceno 2023, 38 ss.

(54) In tal senso, Caracciolo 2024, 256.

(55) Si vd. anche la recente pronuncia C. cost. 3.1.2025, n. 1, in *Giurcost.org*, ove la Corte fa leva sulla funzione del beneficio per dichiarare l'illegittimità costituzionale degli artt. 5, c. 2-bis, e 3, c. 2-bis, della legge della Provincia autonoma di Trento e censurare il requisito della residenza decennale sul territorio italiano, previsto quale condizione tanto per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica quanto per l'erogazione del contributo integrativo del canone di locazione.

Dall'altra parte, l'art. 12, Regolamento n. 2011/98/Ue, detta anche un generale principio di parità nell'accesso alle prestazioni sociali da parte dei lavoratori di paesi terzi titolari di un permesso unico per lavoro, a condizione di aver lavorato almeno sei mesi sul territorio dello Stato (56). La disposizione non è mai stata impiegata quale parametro dai giudici nazionali che hanno sollevato le questioni dinanzi alle Alte Corti. Cionondimeno, essa fa sorgere altri dubbi circa la legittimità della disciplina prevista oggi in materia di Adi, che non possono dirsi sopiti dalle pronunce in materia di Rdc.

Pertanto, se il dibattito relativo alla legittimità della nuova misura rimane aperto, neppure quello relativo al Rdc può dirsi chiuso. Come si è avuto modo di osservare, è infatti al momento pendente un'altra questione pregiudiziale relativa al requisito di residenza decennale e alla sua compatibilità con il principio di parità di trattamento previsto dal diritto europeo a beneficio dei titolari di protezione internazionale. È dunque ai giudici di Lussemburgo che spetta l'ultima parola sulla questione.

Riferimenti bibliografici

- Ales E. (2023), *Reddito di inclusione, Reddito di cittadinanza e Assegno di inclusione nel prisma dell'adeguatezza sistemica*, in G. Canavesi, E. Ales (a cura di), *Mezzi adeguati alle esigenze di vita: un concetto ineffabile?*, Editoriale scientifica, Napoli, 109 ss.
- Balandi G. (2020), *Il cosiddetto reddito di cittadinanza*, in RGL, n. 2, I, 189 ss.
- Bologna S. (2021), *Lavoro e sicurezza sociale dei migranti economici: l'eguaglianza imperfetta*, in FI – Gli speciali, n. 3, 278 ss.
- Calvano R. (2025), *Da «distinti seppur coordinati» a «interdipendenti e condizionati»? Gerarchia e competenza nel rapporto tra diritto interno e Ue*, in GCost., in corso di pubblicazione.
- Caracciolo A. (2024), *Il sostegno al reddito per gli stranieri provenienti da paesi extra-Ue*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, n. 1, 244 ss.
- Chiaromonte W. (2013), *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Torino, Giappichelli.
- Chiaromonte W. (2024), *Il reddito di cittadinanza (per gli stranieri lungo soggiornanti) è morto, viva il reddito di cittadinanza! Note a margine di C. Giust. 29 luglio 2024, cause riunite C-112/22 e C-223/22*, in RDSS, n. 4, 754 ss.
- Ciavarella R. (2022), *L'accesso al «welfare» degli stranieri nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in RIDL, n. 4, II, 745 ss.
- D'Onghia M. (2021), *Reddito di cittadinanza e reddito di emergenza (prima, durante e dopo la pandemia)*, in M.G. Greco (a cura di), *Contrasto alla povertà e rischio di esclusione sociale. Le misure di sostegno al reddito*, Giappichelli, Torino, 123 ss.
- Fontana G. (2022), *La Corte costituzionale fra supremazia e (apparente) subalternità*, in RDSS, n. 2, 253 ss.
- Garilli A. (2017), *Immigrati e diritti sociali: parità di trattamento e tutela multilivello*, in DLM, n. 1, 13 ss.
- Garilli A., Bologna S. (2022), *Migranti e lotta alla povertà. La Corte costituzionale nega il reddito di cittadinanza ai titolari del permesso di soggiorno per ricerca di un'occupazione*, in RDSS, n. 1, 75 ss.
- Giubboni S. (2019), *Primi appunti sulla disciplina del reddito di cittadinanza*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 401.

(56) Art. 12, Regolamento n. 2011/98/Ue, da leggere alla luce delle previsioni del Regolamento n. 883/2004/Ce. Si vd. Garilli 2017, 30 ss.

- Giubboni S. (2023), *Nella morsa della doppia pregiudizialità. Nuove note sull'accesso degli stranieri all'assistenza sociale nel cosiddetto dialogo tra le Corti*, in RDSS, n. 3, 469 ss.
- Guariso A. (2024), *Incompatibile con il diritto Ue il requisito di dieci anni di residenza per accedere al reddito di cittadinanza. Nota alla sentenza della Corte di Giustizia del 29 luglio 2024, causa C-112/22*, in Diritto, immigrazione e cittadinanza, n. 3, 1 ss.
- Inps (2022), *Conoscere il paese per costruire il futuro. XXI Rapporto annuale*, Roma.
- Istat (2024), *Le statistiche Istat sulla povertà - Anno 2023*, in Istat.it.
- McBritton M. (2017), *Migrazioni economiche e ordinamento italiano. Una prospettiva giuslavoristica*, Cacucci, Bari.
- McBritton M. (2025), *La Corte di Giustizia contesta la legittimità del requisito di residenza decennale per l'accesso al reddito di cittadinanza per i cittadini extra Ue*, in RGL, n. 1, II, 127 ss.
- Pascucci P. (2020), *Note critiche sparse a margine del reddito di cittadinanza*, in RDSS, n. 2, 273 ss.
- Pesenti L. (2021), *Il reddito di cittadinanza come risposta alla povertà: qualche valutazione sui risultati dell'applicazione*, in RGL, n. 3, I, 359 ss.
- Pinardi R. (2023), *Una pronuncia a rime «possibili», ma anche «parziali». Nota alla sent. n. 40 del 2023 della Corte costituzionale*, in Rivista Associazione italiana costituzionalisti, n. 5, 119 ss.
- Ranieri M. (2019), *Reddito di cittadinanza e stranieri: riflessioni attorno ad un ossimoro*, in R. Fabozzi, G. Sigillò Massara (a cura di), *Il diritto del lavoro e la sua evoluzione. Studi in onore di Roberto Pessi*, Cacucci, Bari, 1807 ss.
- Ricci M. (2023), *Dal reddito di cittadinanza all'assegno di inclusione tra poche luci e molte ombre*, in ADL, n. 6, 1105 ss.
- Roma M. (2022), *La Corte costituzionale su reddito di cittadinanza e reddito di inclusione Bisogni primari degli individui e limite delle risorse disponibili*, in Consulta Online, n. 2, 731 ss.
- Rossi L.S. (2025), *Il nuovo corso della Corte costituzionale italiana sui rapporti con l'ordinamento dell'Unione europea: è davvero una questione di «tono»?* , in Federalismi.it, n. 14, IV ss.
- Ruggeri A. (2024), *Verso una giustizia costituzionale di «equità»: quali i riflessi di ordine istituzionale?*, in Consulta Online, n. 3, 1063 ss.
- Saraceno C. (2023), *Dal Reddito di cittadinanza all'Assegno di inclusione e al Supporto per la formazione e il lavoro*, in Prisma. Economia – Società – Lavoro, n. 1-2, 32 ss.
- Sartori A. (2022), *Reddito e pensione di cittadinanza*, in DDPComm., aggiornamento IX, 281 ss.
- Sartori A. (2023), *Misure di inclusione sociale e lavorativa dopo il Reddito di cittadinanza (Rdc). «Back to the future or to the past?»*, in RDSS, n. 4, 741 ss.
- Spinelli C. (2019), *La sentenza n. 50/2019: cronaca di un inaspettato arresto nella giurisprudenza della corte costituzionale in materia di prestazioni sociali degli stranieri*, in RGL, n. 4, II, 667 ss.
- Tega D. (2020), *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna.
- Tridico P. (2023), *La riforma del Reddito di cittadinanza e del decreto dignità. Criticità e conseguenze*, in LDE, n. 3, 1 ss.
- Valente L. (2021), *Reddito di cittadinanza e politiche attive per il lavoro, oggi*, in RGL, n. 3, I, 372 ss.
- Veneto M. (2025), *Strumenti nazionali di contrasto alla povertà e condizionalità*, in RGL, n. 1, I, 81 ss.
- Viscomi A. (1991), *Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane.

Rita Daila Costa
Dottoranda di ricerca in Dinamica dei sistemi
presso l'Università di Palermo

TRIBUNALE GROSSETO, 5.2.2025.

Infortuni e malattie professionali – Art. 13, d.lgs. n. 38/2000 – Malattie lungolatenti – Esposizione a polveri di amianto – Pericolo di contrarre patologie tumorali asbesto correlate – Disturbo dell’adattamento *sub specie* di «ansia anticipatoria» – Malattia professionale non tabellata – Indennizzabilità.

Il danno d’ansia conseguente alla paura di ammalarsi configura un danno di natura non patrimoniale coincidente con la lesione arrecata alla dignità e integrità morale, quale massima espressione della dignità umana. Tale danno, che incide in primo luogo sulla sfera a-reddituale del soggetto, si qualifica innanzitutto come danno esistenziale, e può tradursi anche in danno biologico se determina una lesione alla salute psichica della persona.

In caso di esposizione persistente a materiale cancerogeno, nel lasso di tempo tra esposizione certa al fattore di rischio (come in caso di inalazione di polveri di amianto) e l’eventuale sviluppo della malattia correlata (ad esempio, il mesotelioma), la situazione di lungolenza (durante la quale la malattia può svilupparsi o, se già in atto, rimane silente) può determinare a carico dello stato mentale una situazione di stress, che condiziona in senso negativo il modo di essere e di vivere della persona, con uno scadimento delle condizioni di vita individuale e sociale (danno esistenziale). Durante tale periodo di latenza (o attesa), se insorge uno stato di ansia per la paura di ammalarsi, il disturbo psichico che ne deriva (indicato come ansia anticipatoria) può essere riconosciuto come autonoma malattia professionale derivata da un rischio specifico improprio (tecnopatia non tabellata a probabile eziologia professionale), e il conseguente danno biologico è indennizzabile ex se a prescindere dal manifestarsi della patologia cancerogena correlata (il mesotelioma o altra patologia tumorale). (1)

(1) «MENTRE ASPETTO CHE LA MALATTIA ARRIVI»:
L’ANSIA ANTICIPATORIA COME TECNOPATIA

SOMMARIO. 1. Il caso e il suo inquadramento categoriale. — 2. L’ansia anticipatoria come malattia professionale. — 3. Un’occasione mancata o una prima apertura alla socializzazione del danno esistenziale? — 4. Le nuove prospettive. — 5. Conclusioni.

1. — *Il caso e il suo inquadramento categoriale* — La sentenza in commento si occupa del caso di un lavoratore che per lungo tempo ha prestato attività in ambienti in cui erano presenti fibre di amianto; a causa della paura di ammalarsi – cosa di fatto avvenuta per alcuni colleghi nel frattempo deceduti – ha contratto una patologia psichica (*sub specie* di disturbo dell’adattamento) denunciata all’Inail come malattia professionale

per la sua derivazione causale dalla organizzazione disfunzionale del lavoro per la mancata prevenzione del rischio e protezione da esso.

Il Tribunale di Grosseto ha riconosciuto che la paura di sviluppare patologie asbesto correlate nel periodo di latenza, ancorché non tabellata, può costituire malattia professionale derivante da un rischio specifico improprio (1).

La fattispecie generale che fa da cornice al caso affrontato è quella delle malattie cd. lungolatenti, cioè quelle malattie nelle quali il contatto con l'elemento patogeno e la eventuale insorgenza della malattia sono intervallati da un lungo lasso temporale; in una tale fattispecie, per l'indennizzo previdenziale, così come per il risarcimento del danno (2), l'indennizzo *ex art. 13, d.lgs. n. 38/2000*, non può essere riconosciuto al momento della esposizione al fattore di rischio, ma quando si manifestano i sintomi che rivelano la lesione all'integrità psico-fisica, perché il beneficio previdenziale è dovuto non per uno stato di bisogno-evento (*in re ipsa*), ma per uno stato di bisogno-conseguenza, cioè effettuale rispetto a un bisogno generato concretamente dall'evento (3).

Più volte è stato rilevato che la descritta situazione evidenzia un vuoto di tutela nella protezione del lavoratore assicurato perché, in una fattispecie a formazione progressiva (tale è quella delle patologie lungolatenti o silenti), la forma di tutela interviene nel segmento finale della sequenza, cioè quella della manifestazione degli effetti (malattia conclamata), pur ponendo il lavoratore assicurato in una situazione di incertezza e disagio esistenziale per la ragionevole aspettativa di sviluppare una conseguenza grave: a fronte della esposizione certa a un fattore di rischio (*primum movens*), l'insorgenza della malattia è eventuale, e nel tempo intercorrente tra le due fasi (che può durare anche decenni) il soggetto assicurato non ha diritto alle prestazioni previste per infortunio sul lavoro o malattia professionale, nonostante possa aver subito un pregiudizio irreversibile alla qualità della vita e un danno indiretto alla salute.

Per quanto questo vuoto di tutela sia stato sottoposto a critiche perché i principi e le norme costituzionali consentirebbero una interpretazione più estensiva del sistema di tutela (4), da un punto di vista formale ha una sua coerenza di sistema: se la presta-

(1) Tale è lo stress lavoro correlato, poiché nell'ambito di tutela del d.P.R. n. 1124/1965 «... sono indennizzabili tutte le malattie di natura fisica o psichica la cui origine sia riconducibile al rischio del lavoro, sia che riguardi la lavorazione, sia che riguardi l'organizzazione del lavoro e le modalità della sua esplicazione; dovendosi ritenere incongrua una qualsiasi distinzione in tal senso, posto che il lavoro coinvolge la persona in tutte le sue dimensioni, sottoponendola a rischi rilevanti sia per la sfera fisica che psichica; risulta assicurata all'Inail ogni forma di tecnopatia che possa ritenersi conseguenza di attività lavorativa, anche se non ricompresa tra le malattie tabellate o tra i rischi tabellati, dovendo in tal caso il lavoratore dimostrare soltanto il nesso di causa tra la lavorazione patogena e la malattia diagnosticata; il fondamento della tutela assicurativa va ricercato non nella nozione di rischio assicurato o di traslazione del rischio, ma nella protezione del bisogno a favore del lavoratore, considerato in quanto persona; la tutela dell'art. 38 Cost. ha ad oggetto non l'eventualità che l'infortunio si verifichi, ma l'infortunio in sé, in quanto evento che incide sulla capacità di lavoro e collegato da un nesso causale con l'attività tipicamente valutata dalla legge come meritevole di tutela...» (Cass. 5.3.2018, n. 5066, in *NGL*, 2018, n. 1, 144 ss., e in *GI*, 2018, n. 6, 2436 ss.).

(2) Vd. Cass. 17.2.2023, n. 5119, in *RIMP*, 2022, n. 2, II, 67 ss.

(3) Vd. Federici 2008, 508 ss.

(4) Cfr. Federici (2007, 750 ss.), secondo cui l'art. 38 Cost., anche in combinato con l'art. 41, c. 2, Cost., nel quadro dei principi costituzionali desumibili dagli artt. 2 e 3, c. 2, Cost., consente

zione a carico dell'Inail è dovuta in caso di conseguenze alla integrità psico-fisica del lavoratore (danno biologico), senza un danno alla salute apprezzabile sotto il profilo medico-legale la tutela indennitaria non può operare.

Poiché il diritto alla prestazione sorge per effetto di due condizioni essenziali, cioè la manifestazione della malattia e il superamento della soglia minima invalidante per danno biologico (il 6%), nella fase in cui detti requisiti sono, quanto alla loro formazione, *in itinere* perché non sono ancora maturati (e non è certo che arriveranno a maturazione), non spettano teoricamente prestazioni previdenziali a carico dell'Inail.

Nella sentenza in commento, questa anomalia è stata superata fornendo rilevanza allo scadimento della qualità della vita, con il limite, però, che tale stato esistenziale si trasformi in malattia professionale in conseguenza dei pregiudizi alla salute (danno psichico da ansia); in questi termini, provata la eziologia professionale, il danno biologico è pienamente indennizzabile *ex art.* 13, d.lgs. n. 38/2000, anche se incidente solo sugli aspetti dinamico-relazionali.

2. — *L'ansia anticipatoria come malattia professionale* — Nell'ambito delle patologie «lungolatenti», il fenomeno preso in considerazione dal Tribunale di Grosseto è quello della cd. «ansia anticipatoria», cioè l'effetto sul piano psico-patologico della paura di ammalarsi come conseguenza della esposizione a un rischio specifico improprio (5).

La malattia non è tabellata, ma è a probabile eziologia professionale, e come tale può essere inquadrata nel novero di quelle malattie che, anche se non sono strettamente professionali, devono essere ugualmente trattate come tecnopatie ai fini della tutela per le malattie professionali (6).

La dinamica descritta nella sentenza è lineare: la sola esposizione al fattore di rischio (cd. rischio latente) può in sé comportare uno scadimento della qualità della vita per la paura di contrarre una grave malattia, in sé non indennizzabile come danno non patrimoniale (ponendosi come danno non patrimoniale *sub specie* esistenziale), ma, se provoca ansia, depressione, deflessione dell'umore, ritiro sociale, disperazione, apatia, disfunzione sociale, nosofobia, incapacità di esprimere emozioni, disagio, preoccupazione, ossessione, ipocondria, insonnia, panico ecc., si traduce in un danno non patrimoniale *sub specie* biologico, che, come detto, è indennizzato dall'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali.

La sentenza, dunque, considera il periodo di latenza come rilevante ai fini della tutela, ma subordina il diritto alla indennità alla sussistenza di un pregiudizio, ancorché indiretto (cioè da rischio specifico improprio), alla salute *ex art.* 32 Cost., senza che

una estensione delle tutele sociali oltre il bisogno patrimoniale, comprendendo nel suo quadro di garanzia la copertura di altri tipi di bisogni in una prospettiva che consente di superare la soglia della lesione del bene salute in sé (danno biologico) fino a coprire l'intera area dei bisogni non patrimoniali riconducibili alla mera sfera esistenziale della persona.

(5) In questo senso, la sentenza si pone nel solco di quella dottrina secondo cui, per essere in linea con l'art. 38 Cost., la tutela deve essere indirizzata alla protezione di ogni pregiudizio in cui il lavoratore incorre nella sua attività lavorativa, anche se non legato al lavoro da stretto rapporto causale (vd. Corsalini D. 2015, 211).

(6) Per un inquadramento nella categoria delle malattie professionali anche di quelle patologie che non sono strettamente professionali, vd. Corsalini G. 2020, 189 ss.

possa riconoscersi autonoma rilevanza al solo pregiudizio che l'individuo subisce nelle dinamiche relazionali, cioè alla capacità di esplicitare la sua personalità e le sue relazioni nella vita individuale e sociale indipendentemente da un pregiudizio alla integrità psico-fisica (art. 2 Cost.) (7).

La sentenza in commento, in linea con le valutazioni espresse dal consulente tecnico, pone attenzione a ciò e riconosce che in una tale ultima situazione le alterazioni della vita indotte dalla nuova condizione esistenziale «... producono una modificazione peggiorativa dell'equilibrio psicologico e dello stile di vita nell'ambito dei rapporti sociali, della famiglia e degli affetti in un'ottica relazionale ed emotiva; e ciò condiziona marcatamente la qualità della vita, la sua progettualità e le aspettative (danno esistenziale, inteso come un'alterazione – temporanea e/o permanente –, in senso peggiorativo, del modo di essere di una persona nei suoi aspetti sia individuali che sociali)». Ma non si spinge oltre una incidentale enunciazione, perché il principio che assume come fondante è che il bisogno immateriale non ha rilevanza autonoma nel sistema dell'assicurazione infortuni e malattie professionali in quanto, senza un danno (nella specie psichico) rilevabile e apprezzabile in sede medico-legale, tale situazione di bisogno non può essere considerata ai fini della tutela previdenziale proprio perché ai disagi esistenziali, che sono fuori dall'oggetto dell'assicurazione, non consegue un danno alla salute, incluso invece nell'assicurazione come danno biologico.

Tale è invece il pregiudizio alla sfera dinamico-relazionale se comporta un disturbo di adattamento, che può costituire autonoma causa di danno alla salute quando è indotto dalla consapevolezza del rischio di contrarre in futuro una malattia grave o di morire *ante tempus*, a causa dell'avverarsi del rischio latente: in questo senso, quel pregiudizio per l'ordinamento previdenziale è un danno biologico (8).

Sicché il giudizio di associazione alla causalità di lavoro del danno alla sfera dinamico-relazionale della persona deve risolversi (ed è questa una pregiudiziale) sempre in una valutazione prettamente medico-legale, attraverso la quale si riporta la protezione sociale di cui all'art. 38 Cost. nell'art. 32 Cost. (9).

Ne consegue che il Tribunale di Grosseto, pur facendo un notevole passo avanti nel processo di riconoscimento del bisogno esistenziale (10) ai fini della tutela sociale e, specificamente, quale fattore generativo del diritto alle prestazioni sociali nel sistema dell'art. 38 Cost., ha limitato il suo riconoscimento agli aspetti perimetrati nel danno biologico e da esso assorbiti, cioè si è fermato alla interazione tra gli artt. 38 e 32 Cost., marginalizzando invece l'art. 41, c. 2, Cost. quale disposizione che, nella sua indiretta valenza previdenziale, tutela la libertà del lavoratore in senso estensivo, ossia «... anche quale libertà dallo stato di bisogno...» (11).

(7) C. cost. 15.2.1991, n. 87, in *RIDL*, 1991, n. 1, I, 245 ss.; C. cost. 27.12.1991, n. 485, in *FI*, 1993, n. 1, I, 72 ss.; C. cost. 17.2.1994, n. 37, in *FI*, 1995, n. 1, I, 84 ss.; C. cost. 15.10.1997, n. 319, in *RCP*, 1997, n. 3, 1050 ss.; C. cost. 7.7.2006, n. 281, in *GCost.*, 2006, n. 1, 4 ss.

(8) Il principio non è in assoluto nuovo, perché la Suprema Corte ha già ritenuto che il rischio di contrarre malattie in futuro o la riduzione dell'aspettativa di vita può comportare un danno alla salute valutabile sotto il profilo medico-legale; vd. Cass. 27.9.2021, in *FI*, 2022, n. 1, I, 216 ss.

(9) Secondo una visione più volte sostenuta in dottrina: vd. Cinelli 2024, 15 ss.

(10) Vd. Federici 2025, 1 ss.

(11) Montuschi 1986, 46 (nota 99).

Dunque, il giudice non porta il suo ragionamento alle estreme conseguenze, fermandosi (sicuramente perché a ciò indotto dalla specificità dell'assicurazione infortuni e malattie professionali gestita dall'Inail) (12) al margine della massima estensione che tale norma può avere nel combinato con la norma di approdo dei principi fondanti il sistema, cioè l'art. 2 Cost. (13).

Infatti, per riconoscere in tale situazione una forma di tutela previdenziale, il giudice si è mantenuto nel perimetro della rilevanza medico-legale della fattispecie (art. 32 Cost.), e ha riconosciuto all'assicurato la prestazione indennitaria perché è stato accertato a suo carico un danno biologico, cioè il danno cui il d.lgs. n. 38/2000 fa riferimento per la concessione dell'indennizzo nel settore dell'ordinamento previdenziale *de quo* (art. 38, c. 2, Cost.).

3. — *Un'occasione mancata o una prima apertura alla socializzazione del danno esistenziale?* — L'affermazione del principio, sia pur con le limitazioni indicate, è di particolare importanza per la prospettiva che apre, ma è anche una occasione mancata per superare i dogmi (14).

Riportare l'ansia cd. anticipatoria nel sistema delle malattie professionali attraverso il vettore del rischio specifico improprio, se, da una parte, è un passo notevole nel percorso di ampliamento della tutela del lavoratore di fronte ai rischi lavorativi, dall'altra, riduttivamente, significa anche riconoscere come meritevole di tutela non la paura di ammalarsi in sé intesa come fattore di scadimento della qualità della vita, ma una sua conseguenza eventuale (cioè il danno psichico).

Sicuramente (ed è doveroso sottolinearlo) la sentenza in commento rappresenta un'applicazione evolutiva dell'art. 13, d.lgs. n. 38/2000, e costituisce una progressione nel processo di cd. socializzazione del danno biologico.

In tal modo, nel sistema dell'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali si è data copertura previdenziale al pregiudizio al bene salute in sé considerato per effetto della configurazione dell'art. 32 Cost. quale norma precettiva (15): la categorizzazione in sede civilistica del danno biologico ha consentito anche la sua istituzionalizzazione nel sistema previdenziale (art. 39 Cost.), in quanto considerato nella proiezione sociale come evento generatore di bisogno secondo il modello inclusivo del sistema di previdenza sociale (16).

Ma oltre questo null'altro: non è il coraggioso passo avanti che ci si poteva aspettare – e che la dottrina, come visto, specularmente ha fatto – nella lettura evolutiva

(12) L'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali ha sempre mantenuto i suoi tratti differenziali rispetto alle altre assicurazioni sociali, quantomeno per la maggiore coerenza con il modello assicurativo originario: vd. Cinelli 2024, 3.

(13) Federici 2009, 193 ss.

(14) La giurisprudenza in materia non è univoca: facendo applicazione rigorosa della normativa, di recente altro giudice di merito, in un contenzioso analogo, ha escluso che il danno psichico possa essere indennizzato (T. Bologna 10.4.2025, n. 466, in *Olympus.uniurbe.it*, categoria *Giurisprudenza civile di merito – Amianto – Malattie professionali*, 18 luglio).

(15) C. cost. 26.7.1979, n. 88, in *GI*, 1980, n. 1, 9 ss.; C. cost. 14.7.1986, n. 184, in *OGL*, 1987, n. 3, 850 ss.

(16) Santoro Passarelli 1948, 177 ss.

dell'art. 38 Cost. in relazione all'art. 2 della Carta fondamentale, perché con la socializzazione del danno biologico è stata istituzionalizzata nel sistema previdenziale la copertura più in generale dei bisogni della persona non patrimoniali, dunque (almeno in altri settori della sicurezza sociale) anche quelli di natura immateriale rientranti nella categoria simmetrica del danno non patrimoniale (specialmente quello *sub specie* esistenziale) (17).

Eppure, una lettura estensiva del sistema è possibile: nel momento in cui si indennizza il danno alla sfera psichica collegato alla paura di ammalarsi, la tutela previdenziale ingloba anche il danno derivante dal detrimento della qualità della vita e qualifica il pregiudizio cui accede la misura di tutela come danno esistenziale; era sufficiente prenderne atto, ma il Tribunale di Grosseto ha mantenuto separati, nella unitaria categoria del danno non patrimoniale, il danno esistenziale (quello propriamente riguardante la sfera a-reddituale del soggetto) e il danno biologico (quello che specificamente si determina come lesione all'integrità psico-fisica), pur essendo il primo un *prius* di cui il danno biologico, sotto il profilo sistematico, costituisce una quota (se tale è il rapporto nella sfera del danno *ex* art. 2 Cost., specularmente tale dovrebbe essere anche nella sfera del bisogno *ex* art. 38 Cost.).

In una interpretazione formale dell'intero sistema di cui all'art. 13, d.lgs. n. 38/2000, si è consapevoli che nel settore specifico degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali è difficile che l'assicurato possa trovare ristoro senza una lesione alla sua integrità psico-fisica e/o alla capacità lavorativa e senza che la stessa sia suscettibile di valutazione medico-legale (nella misura minima indennizzabile); ma in una prospettiva più ampia e coerente con l'evoluzione dell'ordinamento, è ormai pacifico che il ristoro per il danno biologico, indipendentemente dalla capacità di produzione del reddito del danneggiato, è dovuto congiuntamente per gli aspetti statici (danno alla salute in sé) e per quelli dinamici (capacità relazionale e di attendere ai propri atti di vita individuale).

Infatti, *nulla quaestio* che nel settore ordinamentale in questione il danno biologico inteso come lesione suscettibile di accertamento medico-legale dell'integrità è elemento costitutivo della nozione di infortuni e di malattia professionale e condizione essenziale per l'erogazione dell'indennizzo (18); pertanto, è difficile che fuori dall'ambito del danno biologico possa operare la tutela.

Ma altrettanto innegabile è che il danno biologico è oggi configurato come danno non patrimoniale che somma diverse voci di danno (danno morale, danno esistenziale ecc.), per cui non può essere esclusa *a priori* una estensione dell'indennizzo fuori dalla stretta sussistenza del danno alla salute in sé se sono coinvolti gli altri aspetti della vita.

4. — *Le nuove prospettive* — Quello che ha reso possibile la socializzazione del danno biologico ne rappresenta anche il limite: il collegamento dell'art. 32 Cost. con l'art. 38 Cost.

Tale collegamento è attestato dall'art. 13, c. 3, d.lgs. n. 38/2000, il quale prevede che la prestazione per danno biologico viene erogata dall'istituto assicuratore nell'am-

(17) Cfr. Federici 2009, *passim*.

(18) Ferrari G., Ferrari G. 2002, 171.

bito del sistema di indennizzo (art. 32 Cost.) e di sostegno sociale (art. 38 Cost.); ma in questo processo si stenta a riconoscere che con ciò è stato socializzato non solo il danno biologico quale lesione all'integrità psico-fisica in sé, ma anche il pregiudizio agli aspetti dinamico-relazionali (art. 13, c. 2, d.lgs. n. 38/2000), inglobando *pro quota* il danno esistenziale (*sub specie* di pregiudizio dinamico-relazionale da lesione del diritto alla salute).

Calando in tali considerazioni generali il caso affrontato dal Tribunale di Grosseto, l'ansia cd. anticipatoria, come si è visto, è collegata, nel sistema dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, alle malattie lungolatenti: nel periodo tra l'esposizione a rischio e l'insorgenza della malattia il lavoratore è sfornito di tutela in quanto, non essendosi ancora manifestato il danno, non ha diritto alle prestazioni a carico dell'assicurazione obbligatoria, pur verificandosi un evidente scadimento delle condizioni di vita.

Il riconoscimento come malattia professionale della psicopatía che l'assicurato può evidenziare durante il cd. periodo di latenza a causa della motivata paura di sviluppare una malattia grave (ad esempio, per la consapevolezza di non essere state assicurate le misure di prevenzione e protezione, il decesso di colleghi esposti al medesimo rischio ecc.) colma il vuoto di tutela che in tali casi si viene a verificare, fornendo tutela a un segmento di bisogno, che si manifesta in maniera anticipata, altrimenti non tutelato.

In sostanza, il rischio di contrarre malattie in futuro o la paura di morire *ante tempus* a causa dell'avverarsi del rischio latente, con la qualificazione dell'ansia anticipatoria come malattia di derivazione professionale, è riconosciuto come causa autonoma di un danno alla salute, altrettanto autonomamente meritevole di protezione: lo stato di ansia derivante dal cd. danno latente (purché riconducibile alla possibilità, oggettiva e non ipotetica, che da tale condizione possa derivare in futuro una malattia professionale) è considerato indennizzabile quale tecnopatía autonoma, senza dover essere necessariamente una conseguenza o un aggravamento di altra infermità.

In questo modo, la sentenza in commento non anticipa la tutela a una fase in cui, verificatosi l'evento, la conseguenza non si è ancora manifestata; al contrario, fornisce tutela per una malattia a sé (anche se indirettamente derivata dalla situazione di rischio lavorativo), in quanto riconosce la prestazione indennitaria per la patologia psichica come malattia professionale non tabellata, di cui è possibile dimostrare l'eziologia lavorativa; il tutto a prescindere dal manifestarsi della malattia che per il rischio di origine è invece tabellata.

Al di là delle perplessità espresse, si riconosce che la sentenza in commento ha il merito di aver descritto un meccanismo che consente di fornire rilevanza a un bisogno non tradizionalmente espressivo delle esigenze di vita tipizzate nell'art. 38 Cost., ma che l'ordinamento considera meritevole di tutela sociale non solo per ragioni di sicurezza del lavoro (art. 2087 c.c.), ma soprattutto perché complemento della libertà e dignità della persona; interessi che, specificati nell'art. 41, c. 2, Cost., trovano riconoscimento innanzitutto nell'art. 2 Cost. perché funzionali allo svolgimento e sviluppo della personalità umana.

Ma il Tribunale, pur cogliendo che l'ordinamento si è indirizzato verso una evoluzione del sistema di protezione sociale, ha preferito muoversi sul più sicuro terreno della modulazione in senso estensivo di bisogni già protetti (bisogno da danno bio-

logico), piuttosto che in quello più accidentato e meno articolato del riconoscimento di nuovo bisogni (bisogno generato dal danno esistenziale) (19).

Nel caso di specie, l'occasione di categorizzare i nuovi bisogni è stata solo sfiorata: sarebbe stato sufficiente un passo in più con una semplice operazione di adattamento dell'art. 38 Cost., riportando nel suo perimetro la capacità esistenziale come un *a priori* (art. 2 Cost.) rispetto alla integrità psico-fisica (art. 32 Cost.) (20).

Quale poteva essere un utile strumento per una tale operazione di adattamento a legislazione invariata? Il superamento dell'applicazione meramente tabellare dell'indennizzo *ex* art. 13, d.lgs. n. 38/2000, prevedendo, in luogo della quantificazione meccanica dell'indennizzo, la possibilità per il giudice di incrementare (o anche ridurre) il valore punto delle percentuali di invalidità secondo indici modulari di adattamento dell'indennizzo alla variabilità del bisogno (cd. personalizzazione).

In questo modo viene portato a definitivo compimento l'ingresso del danno esistenziale nell'area della tutela obbligatoria; cosa già avvenuta per effetto della socializzazione del danno biologico e senza, dunque, che sia necessario un intervento di estensione della tutela, essendo sufficiente un adattamento di quella già esistente: a dover essere riconfigurati sono il rischio assicurato e il meccanismo di composizione del premio.

5. — *Conclusioni* — In definitiva, il limite della sentenza in commento è quello di aver posto nella operatività del sistema delle tutele un collegamento di derivazione dell'art. 38 Cost. dall'art. 32 Cost., con la conseguenza che in sede di tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali il danno biologico (art. 32 Cost.) non può essere indennizzato se, ricadendo sugli aspetti dinamico-relazionali, non genera, oltre al pregiudizio alla salute in sé, uno stato di bisogno incidente sulla qualità della vita (art. 38 Cost.); a sua volta, il danno esistenziale (che nell'art. 38 Cost. corrisponde a quello stato di bisogno non patrimoniale causato dallo scadimento della qualità della vita) non può essere indennizzato se non è derivato dal danno alla salute (art. 32 Cost.).

Questa soluzione, seppur in coerenza formale con l'art. 13, d.lgs. n. 38/2000, a giudizio di chi scrive non è una soluzione costituzionalmente necessitata, perché «salute» e «qualità della vita» sono interessi che possono, ma non devono, essere rappresentati per forza congiuntamente e con un condizionamento reciproco, per cui nel sistema della sicurezza sociale non necessariamente devono coesistere ai fini della tutela sociale.

(19) In questo senso, non si condivide quanto ritenuto dalla dottrina maggioritaria, secondo cui i nuovi bisogni non possono che essere quelli abbandonati dall'ordinamento, cioè non più coperti dall'assicurazione sociale obbligatoria e lasciati alla tutela eventuale per mezzo della previdenza privata (De Matteis, Giubboni 2005, 694).

(20) «In questo modo, il bisogno primario tutelato sarebbe stato quello esistenziale, e al suo interno, quale espressione di un bisogno secondario derivato, il danno biologico. La verità è che il sistema dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali continua a rimanere ancorato alla sua matrice di surrogato della responsabilità civile nella logica transattiva che l'ha originata [...]; fuori dalla logica di questa assicurazione sociale, nel complessivo sistema di sicurezza sociale il bisogno esistenziale trova invece diretto ed autonomo riconoscimento, con proprie misure di tutela» (Federici 2025, 9).

La soluzione segue la tendenza della giurisprudenza costituzionale: la tutela previdenziale contro gli infortuni e le malattie professionali è parte del sistema di sicurezza sociale (21), e in questa prospettiva i limiti derivanti dall'impianto originario della sua rappresentazione solo in termini assicurativi (22) cominciano a scricchiolare al cospetto degli artt. 2 e 117 Cost. (23), essendo prescritto al legislatore di approntare misure di protezione sociale laddove via sia una «... lesione di un diritto fondamentale alla salvaguardia del nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana» (24).

Riferimenti bibliografici

- Ales E., Canavesi G., Casale D., Casillo R., Esposito M., Ludovico G., Vianello R. (2021), *Diritto della sicurezza sociale*, Giuffrè, Milano.
- Cinelli M. (2024), *I fondamenti costituzionali dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro*, in G. Corsalini, S. Giubboni, R. Rivero, *Tutela degli infortuni e delle malattie professionali. Questioni fondamentali ed orientamenti giurisprudenziali*, Scritti in onore di Aldo De Matteis, Giuffrè, Milano, 3 ss.
- Corsalini D. (2015), *La tutela Inail delle malattie «occasionate» dal lavoro*, in RIMP, n. 2, 210 ss.
- Corsalini G. (2020), *Disciplina degli infortuni e delle malattie professionali*, Giuffrè, Milano.
- G. Corsalini, S. Giubboni, R. Rivero (2024), *Tutela degli infortuni e delle malattie professionali. Questioni fondamentali ed orientamenti giurisprudenziali*, Scritti in onore di Aldo De Matteis, Giuffrè, Milano.
- De Matteis A., Giubboni S. (2005), *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Giuffrè, Milano.
- Federici A. (2007), *Le patologie silenti nel sistema di indennizzo in favore dei soggetti indennizzati da vaccinazioni obbligatorie: trasfusioni ed emoderivati*, in RGL, n. 4, II, 750 ss.
- Federici A. (2008), *La causa virulenta: un tertium genus tra infortunio sul lavoro e malattia professionale*, in RGL, n. 2, II, 508 ss.
- Federici A. (2009), *Il danno biologico nel sistema previdenziale*, Giuffrè, Milano.
- Federici A. (2025), *Dal bisogno materiale al bisogno esistenziale nei postulati costituzionali*, in E. Bressan, G. Canavesi, C. Canullo, M. Stronati (a cura di), *Bisogno bisogni*, Editoriale scientifica, Napoli, in corso di pubblicazione.
- Ferrari G., Ferrari G. (2002), *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Cedam, Padova.
- Montuschi L. (1986), *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, FrancoAngeli, Milano.
- Rizzo T.L. (1988), *La legislazione sociale della nuova Italia (1876-1990)*, Esi, Napoli.
- Santoro Passarelli F. (1948), *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, in *Quaderni RIPS*, n. 1, 177 ss.

Antonio Federici

*Dottore di ricerca in Autonomia collettiva e autonomia individuale
presso l'Università di Roma «Tor Vergata»*

(21) C. cost. 19.1.1995, n. 17, in *GC*, 1995, n. 1, 875 ss.

(22) Vd. Rizzo 1988, 271 ss.

(23) Vd. Ales *et al.* 2021, 117.

(24) *Ivi*, 28; C. cost. 15.1.2010, n. 10, in *GC*, 2010, n. 1, 135 ss.

INDICE

ANALITICO-ALFABETICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

ASSISTENZA

Reddito di cittadinanza – Principio di uguaglianza – Discriminazione indiretta – Stranieri (lavoratori) – Assegno di inclusione – Misure di contrasto alla povertà. 333

CONTRATTO COLLETTIVO

Contratto di prossimità – Appalto – Inderogabilità della norma legale – Accordo sindacale. 323

Maggiore rappresentatività comparata – Commercio – Contratti pirata – Minimale contributivo – Inps. 310

DISCRIMINAZIONI

Discriminazione collettiva – Azione *ex art.* 37, d.lgs. n. 198/2006 – Discriminazione indiretta – Particolare svantaggio – Carichi di cura e assistenza – Orario di lavoro – Onere della prova – Mancata dimostrazione di una finalità legittima. 297

INFORTUNI E MALATTIE PROFESSIONALI

Art. 13, d.lgs. n. 38/2000 – Malattie lungolatenti – Esposizione a polveri di amianto – Pericolo di contrarre patologie tumorali asbesto correlate – Disturbo dell'adattamento *sub specie* di «ansia anticipatoria» – Malattia professionale non tabellata – Indennizzabilità. 346

LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

Contratto a tutele crescenti – Licenziamento per giustificato motivo oggettivo – Motivo illecito – Onere della prova – Insussistenza del fatto posto a base del licenziamento – Conseguenze sanzionatorie – Reintegrazione attenuata. 262

Licenziamento disciplinare – Violazione del divieto di fumo – Tolleranza del datore di lavoro – Non esclusione dell'antigiuridicità della condotta del prestatore di lavoro – Sussistenza del fatto. 249

Licenziamento disciplinare – WhatsApp – *Chat* privata – Diritto alla libertà e segretezza della corrispondenza privata – Diritto di critica. 275

Licenziamento disciplinare – WhatsApp – *Chat* privata – Diritto alla libertà e segretezza della corrispondenza privata – Diritto di critica. 275

ORARIO DI LAVORO

Parità di trattamento – Lavoro subordinato – Tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori – Monitoraggio dell'orario di lavoro – Riposi – Art. 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – Direttiva n. 2003/88/Ce – Artt. 3, 5, 6, 16, 17, 19 e 22 – Obbligo di istituire un sistema che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro svolto dai collaboratori domestici – Deroga – Normativa nazionale che esenta dall'obbligo di registrazione dell'orario di lavoro effettivo prestato dai collaboratori domestici. 237

PATTO DI PROVA

Genericità delle mansioni assegnate al lavoratore – Nullità – Tutela reintegratoria in forma cd. «attenuata» – Sussiste. 285