
ADL

ARGOMENTI DI DIRITTO DEL LAVORO

FONDATI DA MATTIA PERSIANI

DIRETTI DA
Mattia Persiani e Franco Carinci

Il percorso giurisprudenziale sui *rider*

Lavoro, sindacati e partecipazione nella Costituzione Italiana

Il *rider* di Glovo: tra subordinazione, etero-organizzazione, e libertà

Contratti collettivi di diverso livello tra tradizione e innovazione

Elogio della lezione frontale in presenza

1/2021
Gennaio - Febbraio


La Tribuna

ADL

ARGOMENTI DI DIRITTO DEL LAVORO

FONDATI DA MATTIA PERSIANI

DIRETTI DA

Mattia Persiani e Franco Carinci

1/2021

Il percorso giurisprudenziale sui *rider*

Lavoro, sindacati e partecipazione nella Costituzione Italiana

Il *rider* di Glovo: tra subordinazione, etero-organizzazione, e libertà

Contratti collettivi di diverso livello tra tradizione e innovazione

Elogio della lezione frontale in presenza



PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright La Tribuna Srl – 2021

La Tribuna Srl – 29121 Piacenza – Via Campo della Fiera, 4

www.latribuna.it – Tel. 0523.46311 – Fax 0523.757219

A norma della legge sul diritto d'autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo fascicolo o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro.

L'Editore e i Proprietari non sono responsabili per le lesioni e/o i danni a persone o a cose risultanti da ogni dichiarazione diffamatoria, reale o presunta, da ogni violazione di diritti di proprietà intellettuale o di diritti alla privacy, o da ogni responsabilità per danno da prodotti difettosi.

Autorizzazione del Tribunale di Padova del 20 febbraio 1998, n. 1594

Direttore responsabile: Mattia Persiani

Stampa: Rotomail Italia S.p.A. – Strada Rivoltana (SP 14), 12 /AB – 20060 Vignate (Mi)

Stampato in Italia

INDICE SOMMARIO N. 1/2021

PARTE PRIMA

SAGGI

FRANCO CARINCI, <i>Il percorso giurisprudenziale sui rider. Da Tribunale Torino 7 maggio 2018 a Tribunale Palermo 24 novembre 2020.</i>	»	1
PAOLO TOSI, <i>Lavoro, sindacati e partecipazione nella Costituzione Italiana</i>	»	26
ADALBERTO PERULLI, <i>Il rider di Glovo: tra subordinazione, etero-organizzazione, e libertà</i>	»	37
ALICE BIAGIOTTI, <i>Contratti collettivi di diverso livello tra tradizione e innovazione</i>	»	71

QUESTIONI

FRANCO CARINCI, <i>Elogio della lezione frontale in presenza</i>	»	99
--	---	----

PARTE SECONDA

GIURISPRUDENZA

Documenti

Trib. Palermo 24 novembre 2020, n. 3570	»	105
---	---	-----

Note di Commento

BARBARA DE MOZZI, <i>Jobs act e licenziamenti collettivi: la Corte di Giustizia è manifestamente incompetente a giudicare della disciplina sanzionatoria italiana in materia di violazione dei criteri di scelta, nota a Corte Giust. Ue, Sez. VII, 4 giugno 2020.</i>	»	127
CARLO ALBERTO NICOLINI, <i>A proposito di interesse ad agire e litisconsorzio, quando il lavoratore chiede la condanna del datore di lavoro al pagamento dei contributi...e non solo, nota a Cass., Sez. Lav., 21 settembre 2020, n. 19679</i>	»	151

MARCO FERRARESI, <i>Il crocifisso nell'aula scolastica è idoneo a discriminare il docente non cattolico?</i> , nota a Cass., Sez. Lav., ord., 18 settembre 2020, n. 19681	»	171
---	---	-----

Sentenze annotate

Corte Cost. 16 luglio 2020, n. 150, con nota di GIOVANNI ZAMPINI, <i>Licenziamento illegittimo per vizi formali e procedurali ed adeguatezza costituzionale dell'indennità risarcitoria</i>	»	191
Cass., Sez. Lav., 28 settembre 2020, n. 20466, con nota di GIULIA FROSECCHI, <i>Forzata inattività tra periodi di illegittima sospensione in Cig e diversificazione della tutela risarcitoria</i>	»	207
Cass., Sez. Lav., ord., 4 maggio 2020, n. 8444, con nota di MARCO BIASI, <i>Noterelle sull'accertata natura autonoma della prestazione, eterodiretta ed etero-organizzata, degli orchestrali</i>	»	217
Trib. Milano 2 novembre 2020, con nota di LEONARDO BATTISTA, <i>Le caratteristiche del locale delle rappresentanze aziendali</i>	»	225
Trib. Udine 30 settembre 2020, con nota di MARIA LAURA PICUNIO, <i>Il datore di lavoro "costretto" a licenziare può chiedere al lavoratore il ristoro del ticket NASpI?</i>	»	238

Rassegna

CARLOTTA FAVRETTO, <i>Ambito di operatività e applicazione dei criteri di scelta nel licenziamento collettivo: uno, nessuno e centomila</i>	»	247
---	---	-----

TABLE OF CONTENTS No. 1/2021

FIRST PART

ESSAYS

FRANCO CARINCI, <i>The jurisprudential path about the riders from Tribunale Torino 7 may 2018 to Tribunale Palermo 24 november 2020</i>	»	1
PAOLO TOSI, <i>Labour, trade unions and participation in the Italian Constitution</i>	»	26
ADALBERTO PERULLI, <i>Glovo's rider: between subordination, hetero-organization, and freedom</i>	»	37
ALICE BIAGIOTTI, <i>Collective agreements of different levels between tradition and innovation</i>	»	71

QUESTIONS

FRANCO CARINCI, <i>In praise of the face-to-face lesson</i>	»	99
---	---	----

S A G G I

FRANCO CARINCI
già Prof. ord. dell'Università di Bologna

IL PERCORSO GIURISPRUDENZIALE SUI RIDER. DA TRIBUNALE TORINO 7 MAGGIO 2018 A TRIBUNALE PALERMO 24 NOVEMBRE 2020

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La l. d. n. 183/2014, il c.d. Jobs Act, e il d.lgs. n. 81/2015. 3. Tribunale Torino 7 maggio 2018. 4. Corte di Appello Torino 4 febbraio 2019. 5. Cassazione 24 gennaio 2020, n. 1663. 6. La dottrina: una tesi minoritaria. 7. Il CCNL rider 15 settembre 2020. 8. Nota dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro 17 settembre 2020. 9. Circolare dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro 19.11.2020. 10. Circolare dell'Ispettorato del lavoro 30.10.2020. 11. Tribunale di Palermo 24.11.2020. 12. Conclusioni.

1. Premessa.

Il caso *Foodora* ha dato inizio ad un interessante processo a senso inverso, con riguardo al modello svolto dai c.d. *rider* tramite piattaforme digitali: evolutivo da parte della legislazione, involutivo da parte della giurisprudenza. Ne sono testimonianza a tutt'oggi, due sequenze contrapposte: costituita, la prima, dall'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, poi modificato dall'art. 1 e integrato con un Capo V-bis in forza del d.l. n. 101/2019, convertito con modificazioni nella l. n. 128/2019; rappresentata la seconda, da Tribunale Torino 7/5/2018 ⁽¹⁾, Tribunale Milano 10/9/2018 ⁽²⁾, Corte d'Appello Torino 4/2/2019 ⁽³⁾, Cassazione n. 1663/2020 ⁽⁴⁾ e da ultimo, da Tribunale Palermo 24/11/2020 ⁽⁵⁾, se pur riferito al caso similare Foodinho S.r.l.

Non è senza un significativo ritardo che il legislatore pare si sia accorto del rilievo acquisito dall'impatto tecnologico sullo svolgimento del rapporto di lavoro subordinato, sì da rendere se non superato, certo deficitario l'art. 2094 Cod. Civ., per quanto estendibile ed esteso da un secolare lavoro dottrinale e giurisprudenziale. A fronte dell'emergere di fenomeni socialmente rilevanti, come il lavoro da remoto e il lavoro tramite piattaforme digitali, ne ha fatto oggetto di tipi e di regolamenti legali, peraltro con importanti difetti sistematici, già presenti nell'individuazione

(1) Trib. Torino 7 maggio 2018, in *Arg. Dir. Lav.*, 2018, 4-5, pag. 1220 con nota di M. BIASI.

(2) Trib. Milano 10 settembre 2018, in *Arg. Dir. Lav.*, 2019, 1, pag. 151, con nota di E. DAGNINO.

(3) App. Torino 4 febbraio 2019, in *Giur. It.*, 2019, 7, pag. 1589, con nota di F. D'ADDIO.

(4) Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, in *Arg. Dir. Lav.*, 2020, 2, pag. 387, con nota di E. PUCETTI.

(5) Trib. Torino 7 maggio 2018, in *ilGiuslavorista*, 11.12.2020, con nota di F. MEIFFRET.

delle fattispecie, ma soprattutto nelle discipline. Il fatto è che, come detto, l'art. 2094 Cod. Civ., proprio per il lavoro ermeneutico cui è stato sottoposto per espanderne l'ambito al limite del lavoro autonomo di cui all'art. 2222 Cod. Civ., può ancor oggi essere forzato fino al minimo ontologico della doppia alienità del processo e del prodotto, di cui ad una celeberrima sentenza della Corte costituzionale ⁽⁶⁾, si da rendere potenzialmente assorbibile ogni fattispecie intermedia, specie se individuata in maniera del tutto approssimativa, in prevalente funzione anti-fraudolenta.

Ma il problema maggiore è costituito dallo stretto collegamento fra la definizione dell'art. 2094 Cod. Civ., come costruita a misura del lavoro collocato dentro un preciso contesto spazio-temporale, luogo ed orario, e il regime legale, per cui "alle dipendenze", cioè l'esercizio del potere direttivo e disciplinare, è al tempo stesso elemento causale ed effetto del contratto. Sì che, una volta che tale esercizio risulti rinviato alle stesse parti contraenti, come nel caso del patto aggiuntivo ad un rapporto di lavoro subordinato che lo trasforma in lavoro agile per il tempo convenuto, oppure sostituito da un algoritmo, come nel caso del lavoro tramite piattaforme digitali, il legislatore avrebbe dovuto provvedere ad adattare la relativa regolamentazione, ma questo lo avrebbe costretto ad un'operazione di taglia e cucì, non solo impegnativa, ma tale da ridimensionare la dote costruita a misura della subordinazione dalla fine dell'ottocento ad oggi.

2. La l. d. n. 183/2014, il c.d. *Jobs Act*, e il d.lgs. n. 81/2015.

La legge delega n. 183/2014, il c.d. *Jobs Act*, che mette capo a tutta la relativa decretazione delegata, prevedeva all'art. 1, comma 7, "allo scopo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché di riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo ..." la delega al Governo per l'adozione di decreti "di cui uno recante un testo organico semplificato delle discipline delle tipologie contrattuali e del rapporto di lavoro", quale appunto costituito dal d.lgs. n. 81/2015. Non vi è dato riscontrare nella successiva enunciazione dei principi e criteri direttivi alcunché che faccia presagire la previsione di cui all'art. 2 ("Collaborazioni organizzate dal committente"), e la cancellazione del lavoro a progetto con la contestuale riviviscenza dell'art. 409, n. 3 Cod. Proc. Civ., di cui all'art. 52 ("Soppressione del contratto a progetto") dello stesso decreto legislativo. I due articoli appaiono all'interprete interconnessi in senso inverso al loro ordine cronologico secondo un chiaro intento anti-fraudolento: una volta eliminato il contratto a progetto, per l'abuso fattone, se pur contenuto da un occhiuto controllo formale giudiziale, veniva restituito inevitabilmente

(6) Corte cost. 12 febbraio 1996, n. 30, in *Giur. It.*, 1996, I, pag. 389, con nota di I. MASSA PINTO.

spazio al vetusto art. 409, n. 3, Cod. Proc. Civ. relativo ad “altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continua e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato”. Ma, a questo punto, ne conseguiva la preoccupazione di rifare di tale articolo processuale una via di fuga dalla disciplina della subordinazione, con una rifioritura della parasubordinazione sprovvista di tutela sostanziale, sì da farsi carico di neutralizzare una simile possibilità tramite la nuova fattispecie delle collaborazioni organizzate dal committente, cui invece applicare integralmente la legislazione lavoristica.

Così il vecchio *continuum* lavoro subordinato/lavoro autonomo avrebbe compreso l'art. 2094 Cod. Civ., l'art. 2, comma 1 d.lgs. n. 81/2015, l'art. 409, n. 3 Cod. Proc. Civ. e l'art. 2222 Cod. Civ. Semplice? No. Ma il conto non tornava, a cominciare dalla distinzione delle fattispecie costituite dall'art. 2094 Cod. Civ. e 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, tant'è che prima la dottrina poi la giurisprudenza si affaticarono alquanto. Con riguardo a tale ultimo articolo, la prima domanda è stata se ricadesse o meno nell'alternativa classica fra lavoro subordinato e autonomo, con risposte tali da coprire tutte le possibilità, subordinato ⁽⁷⁾, autonomo ⁽⁸⁾, *tertium genus* ⁽⁹⁾, norma di disciplina ⁽¹⁰⁾; la seconda domanda è stata se riguardas-

(7) T. TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2015, 2, pag. 155 e segg.; G. FERRARO, *Collaborazioni organizzate dal committente*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, I, pag. 53 e segg.; G. SANTORO-PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409, n. 3 c.p.c.*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 6, pag. 1148; O. MAZZOTTA, *Lo strano caso delle «collaborazioni organizzate dal committente»*, in *Labor*, 2016, n. 1/2, pag. 7 e segg.; O. RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma “Jobs Act”*, Padova, 2016, pag. 557 e segg.; C. PISANI, *Le collaborazioni coordinate e continuative a rischio estinzione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2018, I, pag. 43 e segg. Parlano di presunzione di subordinazione L. NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico»*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2016, 1, pag. 47 e segg., in termini di presunzione assoluta; M. TIRABOSCHI, *Il lavoro etero-organizzato*, in Id. (a cura di), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, Milano, 2016, pag. 261 e segg., in termini di presunzione relativa.

(8) M. PERSIANI, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 6, pag. 1257 e segg.; R. PESSI, *Il tipo contrattuale, autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in *Labor*, 2016, 3-4, pag. 163 e segg.; M. MARAZZA, *Collaborazioni organizzate e subordinazione: il problema del limite (qualitativo) di intensificazione del potere di istruzione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2016, 6, pag. 1168 e segg.; G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2016, 4-5, pag. 756 e segg.; A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Milano, 2018, pagg. 52-53; S. CIUCCIOVINO, *Le «collaborazioni organizzate dal committente» nel confine tra autonomia e subordinazione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, I, pag. 321.

(9) In questi termini pare esprimersi A. ZOPPOLI, *La collaborazione eterorganizzata: fattispecie e disciplina*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2016, 1, pag. 56, sebbene parta dal presupposto che si tratti di collaborazioni di natura autonoma.

(10) R. DEL PUNTA, *Manuale di diritto del lavoro*, Milano, 2015, pag. 371; A. PERULLI, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni. Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81*, Torino, 2015, pagg. 288-289; M. MA-

se o meno un ambito più ampio rispetto all'art. 2094 Cod. Civ.⁽¹¹⁾, lo sostituisse *in toto*⁽¹²⁾ o lo integrasse coprendo uno spazio ulteriore⁽¹³⁾. Naturalmente le due questioni risultavano collegate: scegliendo il lavoro subordinato, ci si manteneva nell'ambito dell'art. 2094 Cod. Civ., sì da ritenere l'art. 2, comma 1 un disposto addirittura più ristretto o apparente o meramente ricettivo dell'indirizzo giurisprudenziale dominante; mentre se si optava per il lavoro autonomo, ci si muoveva al di fuori di tale ambito, sì da considerare l'art. 2, comma 1 un disposto destinato a coprire uno spazio ulteriore, strappato allo stesso lavoro autonomo.

Ora è stata la formula originaria dell'art. 2, comma 1, per cui "A far data dal 1 gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e ai luoghi di lavoro", a far da referente alla sequenza giudiziaria relativa al caso *Foodora*, con una intrinseca difficoltà, quella di dover adattare una norma dalla tradizionale portanza anti-fraudolenta ad una fattispecie quale quella del lavoro tramite piattaforme digitali, creata dalla stessa evoluzione tecnologica. La novità essenziale è data dalla assoluta tipicità sociale di un contratto siglato in vista di una attività gestita da una piattaforma digitale, tramite una *chat* consegnata al lavoratore. Vi si contempla la normale ripetitività di una identica modalità lavorativa: predisposizione di turni programmati (*slot*), con piena libertà di effettuare a scelta una prenotazione e, effettuata la prenotazione, ancora piena libertà di rinunciare (funzione *swap*) o di non recarsi nei luoghi e nei tempi indicati per iniziare la singola prestazione (funzione *no show*); una volta iniziata, l'esecuzione resta guidata dalla piattaforma, tappa per tappa, con una contemporanea attività di conferma da parte del *rider*.

3. Tribunale Torino 7 maggio 2018.

A iniziare la sequenza giudiziaria, che si svolgerà tutta sulla formula originaria dell'art. 2, comma 1, è il Tribunale di Torino⁽¹⁴⁾, adito da un gruppo di *rider*, contro *Foodora* gestrice della piattaforma digitale, con una duplice domanda di accertamento circa l'esistenza di un rapporto di lavoro, *ex art.* 2094 Cod. Civ. (principale) o *ex art.* 2, comma 1 d.lgs. n. 81/2015 (subordinata). Il giudice è con-

GNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione* (artt. 1, 2, 52, 55, d.lgs. n. 81/2015), in M. MAGNANI, A. PANDOLFO, P.A. VARESI, *I contratti di lavoro*, Torino, 2016, pag. 10.

(11) G.FERRARO, *Collaborazioni organizzate dal committente*, op. cit., pag. 62.

(12) T.TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, op. cit., pag. 164.

(13) O.RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, op. cit., pag. 560.

(14) Trib. Torino 7 maggio 2018, cit., pag. 1220.

sapevole dell'avvento della *gig economy*, ma non intende perdervisi dentro, procedendo a escludere l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato sulla base dello stesso contratto, che non per nulla è definito di collaborazione autonoma; e lo fa alla luce di un indirizzo risalente del Supremo Collegio ⁽¹⁵⁾, per cui, essendo determinante il vincolo di soggezione al potere direttivo e organizzativo del datore, questo non sussisterebbe in carenza di un obbligo di prestare. A conforto cita alcuni precedenti giurisprudenziali relativi ad un caso analogo, per cui "la non obbligatorietà" della prestazione escludeva in radice la subordinazione, perché "la configurabilità della 'eterodirezione' contrasta con l'assunto secondo cui la parte che deve rendere la prestazione può, a suo libito, interrompere il tramite attraverso il quale si estrinseca il potere direttivo dell'imprenditore", cosa qui resa evidente dalla possibilità di dare o meno la propria disponibilità per gli *slot*, nonché dalla presenza delle funzioni *swap* e *no show*.

Solo che il giudice non si ferma qui, ma, quasi anticipando la distinzione fatta dalla successiva sentenza della Cassazione fra fase genetica e fase funzionale, si inoltra a verificare se quel che manca nel contratto, non sia invece presente nello svolgimento del rapporto; questo sulla base dell'indirizzo più tradizionale del Supremo Collegio ⁽¹⁶⁾, per cui "il vincolo di soggezione al potere direttivo, organizzativo disciplinare del datore di lavoro discende dall'emanazione di ordini specifici, oltre che dall'esercizio di una assidua attività di vigilanza e controllo sull'esecuzione della prestazione lavorativa". Una volta conclusa la verifica con la constatazione della mancanza non solo del potere direttivo, ma anche di quello disciplinare, per non potersi ravvisare nell'esclusione temporanea o definitiva dalla *chat* aziendale o dai turni di lavoro una sanzione disciplinare tipizzata, conferma la bocciatura della domanda principale circa l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato e quindi la stessa configurabilità di un licenziamento.

Ma non concede miglior fortuna alla domanda subordinata basata sull'art. 2, comma 1 d.lgs. n. 81/2015; qui, pur dando per probabile l'intento del legislatore di ampliare l'ambito dell'art. 2094 Cod. Civ., non lo ritiene realizzato da un testo che suonerebbe equivalente o addirittura più restrittivo rispetto all'articolo del codice del 1942, secondo un primo orientamento dottrinale. Sì che, una volta escluso che quest'ultimo articolo possa applicarsi al caso dedotto in giudizio, pare considerare come unica alternativa praticabile quella offerta dalla formula della collaborazione continua e coordinata di cui all'art. 409, n. 3 Cod. Proc. Civ.

(15) Cass. 10 luglio 1991, n. 7608, in *Mass. Giur. Lav.*, 1991, pag. 506 con nota di R. PESSI; Cass. 25 gennaio 1993, n. 811, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993, II, pag. 425.

(16) Cass. 8 febbraio 2010, n. 2728, in *Arg. Dir. Lav.*, 2010, 4-5, pag. 943 con nota di S. CAPONETTI.

4. Corte di Appello Torino 4 febbraio 2019.

Chiamata in causa la Corte di Appello di Torino ⁽¹⁷⁾, questa ritiene di condividere quanto deciso dal Tribunale circa la insussistenza di un rapporto di lavoro subordinato ai sensi dell'art. 2094 Cod. Civ., partendo da un dato significativo se pur non determinante, quale offerto dalla limitata durata dell'attività svolta dagli appellanti, compresa fra i sei e gli undici mesi, con una prestazione media, a sentir loro inferiore alle venti ore settimanali, e a guardare le buste paghe prodotta dall'azienda, oscillanti in un *range* fra le sette e le dodici ore settimanali. Determinante, invece, riesce proprio la connotazione di tale attività, quale costituita dalla non obbligatorietà di aderire agli *slot*, con a conferma le funzioni di *swap* e di *no show*. Non è senza interesse, per quel sarà il prosieguo dell'itinerario giudiziario, la critica di Cass. 13/02/2018, n. 3457 ⁽¹⁸⁾, proprio per la sottovalutazione della non obbligatorietà: la sentenza, citata dagli appellanti, con riguardo agli addetti delle sale scommesse ippiche, affermava: "Il fatto che il lavoratore sia libero di accettare o non accettare l'offerta e di presentarsi o non presentarsi al lavoro e senza necessità di giustificazione non attiene a questo contenuto", cioè al materiale svolgimento del rapporto "bensì è esterno, sul piano non solo logico ma temporale (in quanto precede lo svolgimento)".

Esaurita la parte relativa alla inapplicabilità dell'art. 2094 Cod. Civ. al caso in questione, fra l'altro conformemente alla qualificazione offertane dalle parti contraenti di collaborazione autonoma, la Corte si pronuncia per l'applicazione dell'art. 2, comma 1 d.lgs. n. 81/2015, partendo da una premessa sistematica, che, cioè, a fronte di una norma non ce la si può cavare giudicandola priva di qualsiasi carica precettiva ⁽¹⁹⁾, ma si deve dedurne comunque una qualche significanza. Cosa che la Corte fa, coll'individuare "un terzo genere, che si viene a porre tra il rapporto di lavoro subordinato di cui all'art. 2094 Cod. Civ. e la collaborazione come prevista dall'art. 409 n. 3 Cod. Proc. Civ., evidentemente per garantire una maggior tutela alle nuove fattispecie di lavoro che, a seguito della evoluzione e della relativa introduzione sempre più accelerata dalle recenti tecnologie, si stanno sviluppando". Lo spazio, dunque, destinato ad essere coperto dall'art. 2, comma 1, figlio della *gig economy*, è quello fra, da un lato, l'art. 2094 Cod. Civ., interpretato nel senso sopra visto, di un difetto di un vincolo obbligatorio a carico del prestatore, e, dall'altro, l'art. 409, n. 3 Cod. Proc. Civ., come integrato dall'art. 15, comma 1, lett. a), l. n. 81/2017, con il senso da attribuire alla necessità che la collaborazione prevista sia coordinata, cioè "quando, nel rispetto delle modalità

(17) App. Torino 4 febbraio 2019, cit., pag. 1589.

(18) Cass. 13 febbraio 2018, n. 3457, in banca dati *Leggi d'Italia*.

(19) Era questa la tesi propugnata in dottrina da P. Tosi, *L'art. 2, comma 1, d.lgs. 81/2015: una norma apparente?*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 6, pag. 1117 e segg.

di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa”.

Nel fare ricorso alla formula del terzo genere per l'art. 2, comma 1, la Corte si preoccupa di determinarne l'ambito *vis-a-vis* dell'art. 409, n. 3, tracciando il confine sotto l'influsso di un secondo indirizzo dottrinale. L'art. 2, comma 1 integra non l'etero-direzione di cui all'art. 2094 Cod. Civ., ma una etero-organizzazione, ravvisabile in “una effettiva integrazione funzionale nell'organizzazione produttiva del committente, in modo tale che la prestazione lavorativa finisce con l'essere strutturalmente legata a questa”, tanto da risultarne determinate di per sé le modalità di esecuzione, a cominciare proprio dai tempi e luoghi; mentre, a sua volta, l'art. 409, n. 3 Cod. Proc. Civ. non realizza una etero-organizzazione, dato che, una volta definite consensualmente le forme di coordinamento, la prestazione lavorativa viene svolta in piena autonomia.

Detta altrimenti, l'etero-direzione, di cui all'art. 2094 Cod. Civ., implica la spendita di una attività direzionale puntuale e continua, mentre l'etero-organizzazione, di cui all'art. 2, comma 1, no, essendo tale capacità direzionale intrinseca alla stessa organizzazione, capace da sola di formattare la prestazione dovuta. Distinzione sottile, ma esposta a riserve, con riguardo alla lettura dell'art. 2094 Cod. Civ., che sarebbe tale da esigere sempre e comunque la spendita di una attività conformativa della prestazione puntuale e continua, senza così dar conto della tendenza giurisprudenziale a valorizzare la c.d. subordinazione attenuata. Ma altrettanto, con rispetto all'interpretazione dell'art. 2, comma 1, che sarebbe tale da non richiedere alcuna esplicita attività di direzione in presenza di una piattaforma digitale, senza così tener conto della utilizzazione costante della *chat* aziendale, che scandisce le varie fasi della sequenza esecutiva, con relative conferme di ritorno da parte del *rider*.

Né, sempre a stare alla Corte, manca nel caso sottoposto la continuità, nonostante la limitata durata media dell'attività svolta, dato che tale caratteristica va intesa “da un lato come non occasionalità e dall'altro, riguardo all'esecuzione della prestazione, come svolgimento di attività (anche se intervallate) reiterate nel tempo al fine di soddisfare i bisogni delle parti”. Dato così atto della applicabilità dell'art. 2, comma 1, che, pur configurando un rapporto “tecnicamente ‘autonomo’”, gode della “estensione delle tutele previste per i rapporti di lavoro subordinato”, cioè tutte, anche se in particolare per quel che riguarda sicurezza e igiene, retribuzione diretta e differita (quindi inquadramento professionale), limiti di orario, ferie e previdenza. D'altronde questo era sufficiente per accogliere la domanda degli appellanti circa il trattamento retributivo loro spettante, se pur solo per i giorni e per le ore effettivamente prestate, che, “non essendo l'appellata iscritta ad alcuna associazione sindacale che abbia sottoscritto contratti colletti-

vi ... deve essere loro riconosciuta, *ex art. 36 Cost.* in forza dell'inquadramento al V livello del CCNL logistica-trasporto-merci". Al riguardo va tenuta presente l'Intesa raggiunta il 18 luglio 2018 tra le parti firmatarie del CCNL Logistica, Trasporto Merci e Spedizione, in attuazione dell'accordo di rinnovo del 3 dicembre 2017, con riguardo alla "Distribuzione delle merci, con cicli, ciclomotori e motocicli (c.d. *riders*)", confermata dal successivo accordo del 2 novembre 2020.

5. Cassazione 24 gennaio 2020, n. 1663.

Tot capita, tot sententiae, una massima adatta a riassumere l'intera sequenza giudiziale, che, però, dovrebbe essere citata *in primis* per l'accademia, perché la Cassazione ⁽²⁰⁾ fa proprio un terzo orientamento dottrinale, quello che individua nell'art. 2, comma 1 d.lgs. n. 81/2015 non una fattispecie, classificabile come subordinata o autonoma, ma "una norma di disciplina" ⁽²¹⁾. Non necessita insistere sulla incoerenza di una tale qualificazione, dato che ci deve essere sempre una fattispecie cui ricollegare una disciplina, cosa non certo esclusa dall'essere la norma collocata "in una ottica sia di prevenzione sia rimediale" ⁽²²⁾. Dopotutto, l'ammette implicitamente la stessa Corte, quando si fa carico di rintracciare nell'art. 2, comma 1 gli "gli indici fattuali ritenuti significativi" (personalità, continuità, etero-organizzazione), per poi trascurare la personalità, dimenticare la continuità, valorizzare la sola etero-organizzazione, qui "ricondata ad elemento di un rapporto funzionale con l'organizzazione del committente, così che le prestazioni del lavoratore possano, secondo la modulazione unilateralmente predisposta dal primo, opportunamente inserirsi ed integrarsi con la sua organizzazione di impresa" ⁽²³⁾. Trattasi di una formula sostanzialmente equivalente a quella della Corte d'Appello, come tale esposta alle medesime riserve, che troveranno conferma nella recentissima sentenza del Tribunale di Palermo ⁽²⁴⁾.

Comunque, proprio per valutare tutta la sequenza giudiziale, destinata a far da scena di fondo a quel che seguirà, mi sembra cosa opportuna sottolineare come la Corte sia ben consapevole della emanazione del d.l. 3 settembre 2019, n. 101, convertito con modificazioni nella l. 2 novembre 2019, n. 128, che integra il d.lgs.

(20) Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, cit., pag. 387.

(21) Interpretano l'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 come norma di disciplina R. DEL PUNTA, *Manuale di diritto del lavoro*, op. cit., pag. A. PERULLI, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, op. cit., pagg. 288-289.

(22) Cfr. M. PERSIANI, *Osservazioni sulla vicenda giudiziaria dei riders*, in *Giur. It.*, 2020, 7, pag. 1802, secondo cui "è un vero e proprio nonsenso una norma che detti soltanto una disciplina, senza individuare a quale fattispecie quella disciplina sia applicabile".

(23) Cfr. sul punto le osservazioni critiche formulate da M. PERSIANI, *Ancora sul concetto di coordinamento*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2020, I, pag. 338-339.

(24) Trib. Palermo 24 novembre 2020, cit.

n. 81/2015, con la correzione della formula originaria dell'art. 2, comma 1 e con la introduzione di un Capo V-*bis*, rubricato "Tutela del lavoro tramite piattaforme digitali". Ma, pur dando atto della irretroattività della nuova legge, cita le novità introdotte nell'art. 2, comma 1, a supporto della sua interpretazione della formula originaria: prima, menziona la sostituzione dell'avverbio "esclusivamente" con "prevalentemente", senza ricordarsi di aver considerato la personalità tra gli indici fattuali significativi e sufficienti per giustificare l'estensione della normativa della subordinazione; poi, richiama la soppressione dell'inciso "anche con riguardo ai tempi e ai luoghi di lavoro", a conferma del fatto che avrebbe rivestito in precedenza un carattere solo esemplificativo.

La Cassazione non pare essere avvertita della significativa modifica apportata alla formula originaria dell'art. 2, comma 1, sì da rendere ancora più difficile definirla *vis-à-vis* delle due figure contigue, a monte e a valle, rispettivamente quelle dell'art. 2094 Cod. Civ. e dell'art. 409, n. 3, Cod. Proc. Civ. A dire il vero, trova più semplice tracciare la linea di confine fra l'art. 2, comma 1 e l'art. 409, n. 3 Cod. Proc. Civ., dato che questo, così come novellato, prevede una coordinazione consensuale e una esecuzione autonoma; ma più complicato tracciarla fra l'art. 2, comma 1 e l'art. 2094 Cod. Civ. Ne rappresenta una prova la esplicita ammissione che sotto le spoglie della "norma di disciplina" di cui all'art. 2, comma 1, potrebbe ben celarsi una fattispecie subordinata di cui all'art. 2094 Cod. Civ., costringendo il giudice a riconoscerne l'esistenza; bene, ma c'è da chiedersi a cosa servirebbe, se la disciplina applicabile sarebbe pur sempre la stessa, quella della subordinazione.

E tanto meno la Cassazione pare essere consapevole di tutta la problematica creata dalla copresenza, da un lato, nella formula nuova della frase "Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali" e, dall'altro, della disciplina del Capo V-*bis* di cui non fa cenno alcuno; tanto da non riuscire a cogliere la soluzione di continuità effettuata dal legislatore, una volta costretto dalla stessa prima giurisprudenza ad affrontare la tematica del lavoro tramite piattaforme digitali.

Sarebbe stata cosa migliore astenersi dal richiamare a sostegno una normativa inapplicabile perché intervenuta successivamente, senza neppure tentarne una lettura sistematica; comunque tutta la successiva argomentazione riguarda la formula originaria dell'art. 2, comma 1, partendo dalla ricognizione delle varie tesi in dottrina, per poi optare per "l'approccio rimediale, che rinviene in alcuni indicatori normativi la possibilità di applicare una tutela 'rafforzata' nei confronti di alcune tipologie di lavoratori (quali quelli delle piattaforme digitali considerati 'deboli'), cui estendere le tutele dei lavoratori subordinati". Così può dare per scontato che già la formula originaria dell'art. 2, comma 1 riguardi il lavoro tra-

mite piattaforme digitali, sì da rendere scarsamente comprensibili le modifiche apportate successivamente con riguardo esplicito proprio a tale tipo di lavoro.

In questa prospettiva interessa l'argomentazione utilizzata dalla Corte per scollarsi di dosso la pur provata tipicità fenomenica del lavoro dei *rider* Foodora, cioè l'esistenza di un contratto di collaborazione, tale da lasciare ai lavoratori la libertà di prenotarsi o meno sugli *slot* programmati sulla piattaforma, con la possibilità di chiamarsi successivamente fuori, in forza delle funzioni *swap* e *no show*. Qui è evidente l'influenza di Cass. n. 3457/2018 ⁽²⁵⁾, riprodotta ampiamente dalla Corte di Appello di Torino, ma solo per considerarla non rilevante con riguardo alla asserita non obbligatorietà di rispondere alla richiesta di prestazione effettuata nei confronti dei lavoratori delle sale di scommesse ippiche, che si erano resi previamente disponibili, in quanto precedente ed esterna rispetto alla esecuzione dell'attività lavorativa. Così nella fattispecie di cui all'art. 2, comma 1 occorre distinguere il tasso di autonomia presente, "integro nella fase genetica dell'accordo (per la rivelata facoltà del lavoratore ad obbligarsi o meno alla prestazione) ma non nella fase funzionale, di esecuzione del rapporto, relativamente alle modalità di esecuzione del rapporto relativamente alle modalità di prestazione, determinate in modo sostanziale da una piattaforma multimediale e da un applicativo per *smartphone*".

Solo che quella Cass. n. 3457/2018 citata dalla Corte di Appello, continua coerentemente col dire che l'eventuale mancanza di una risposta positiva alla richiesta di prestazione da parte della sala scommesse è idonea "a precludere (per l'assenza di accettazione) la concreta esistenza di un rapporto (di qualunque natura); e comporta la conseguente configurazione di rapporti instaurati volta per volta (anche giorno per giorno) in ragione dell'effettivo svolgimento e sulla base dell'accettazione e della prestazione data dal lavoratore". Trasposta alla fattispecie dell'art. 2, comma 1, così come interpretata dalla nostra Cass. n. 1663/2020, comporterebbe che il contratto di collaborazione ivi sotto esame decadrebbe a un mero contratto normativo, dove verrebbe predeterminato il contenuto di eventuali successivi rapporti di lavoro di terzo genere, conclusi volta a volta con l'inizio dell'attività. Ma allora, non si potrebbe affatto parlare di una collaborazione continuativa, presupposta da entrambe le parti nel prevedere un contratto a tempo, se anche determinato, perché lo sarebbe solo in relazione alla costituzione di successivi rapporti di lavoro con l'inizio della prestazione.

Comunque, la questione più problematica lasciata in eredità dalla nostra Cassazione, a chiusura della sequenza giudiziaria qui esaminata, è la riserva mossa alla Corte di Appello per aver limitato la conseguenza prevista *ex lege* per la fattispecie dell'art. 2, comma 1 di una applicazione integrale della disciplina della

(25) Cass. 13 febbraio 2018, n. 3457, cit.

subordinazione, cosa non vera perché quella Corte si limita ad una esemplificazione delle parti applicabili con riguardo alla domanda subordinata degli appellanti. Solo che la stessa Cassazione, nell'affermare "un'estensione generalizzata dello statuto della subordinazione", capisce di essersi spinta troppo oltre, tanto da precisare in seguito: "Non possono escludersi situazioni in cui l'applicazione integrale della disciplina della subordinazione sia ontologicamente incompatibile con le fattispecie da regolare, che per definizione non sono comprese nell'ambito dell'art. 2094 Cod. Civ., ma si tratta di questione non rilevante nel caso sottoposto all'attenzione di questa Corte". Un modo sbrigativo per uscire dal tentativo di completare quell'approccio sistematico coltivato in tutta la argomentazione, ma d'altronde ci sarebbe voluta molta carta per esaurire la ricognizione dell'intero materiale dell'intero diritto del lavoro, con a bilancio finale l'individuazione dell'"ontologicamente disponibile".

Così, però, viene evidenziata la povertà di una tecnica legislativa, che si compiace di inventare fattispecie nuove, ampliandole via via, senza riuscire a dar loro una chiara identità, sì da delimitarle rispetto alle due contigue, del lavoro subordinato *ex art.* 2094 Cod. Civ. e del lavoro autonomo del novellato art. 409, n. 3 Cod. Proc. Civ.; ma vi applica in modo generico e a-selettivo l'intero corpo giuridico del diritto del lavoro, con una chiara chiamata in causa della contestata supplenza giudiziaria. Sembra quasi volere forzare il ricorso all'eccezione prevista dal comma 2, lett. a) dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015, una specie di cambiale aperta agli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale che prevedano, per le collaborazioni di cui al precedente comma 1 "discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore". Si sa, la ragione originaria della inserzione di tale eccezione era di poter evitare l'applicazione dell'intero corpo del diritto del lavoro agli addetti *in bound* dei *call centers*, ma a ragione della sua acquisita portata generale, si è lasciata alle spalle una ulteriore duplice problematica. Una prima, pratica, circa il perché, una volta accertata la presenza della fattispecie di cui al nuovo art. 2, comma 1, con la conseguente estensione della normativa della subordinazione, la contrattazione collettiva dovrebbe farla rinunciare ai lavoratori che ne abbiano diritto in cambio di uno specifico "trattamento economico e normativo"; una seconda, giuridica, di che cosa si debba appunto intendere per "trattamento economico e normativo".

6. La dottrina: una tesi minoritaria.

Naturalmente la sentenza della Cassazione ha ricevuto larga attenzione da parte della dottrina, con un ampio *range* di posizioni relativo a tutte le parti dell'argomentazione, dalla questione della norma dell'art. 2, comma 1, se di "disciplina"

o di “fattispecie”, se e come distinguibile da quella dell’art. 2094 Cod. Civ., se e come tale da rendere applicabile la disciplina della subordinazione. Qui interessa riconsiderare la fretteosità con cui tale sentenza si sia liberata della modifica apportata al d.lgs. n. 81/2015 dal d.l. n. 101/2019, come convertito nella l. n. 128/2019, sì da lasciare in eredità tutta la problematica relativa all’interpretazione coordinata dell’*aliquid novi*, il novellato art. 2 e il neo-aggiunto art. 47-*bis*, quella stessa destinata a fare da premessa a tutta la vicenda successiva, attivata dalla stipulazione il 15 settembre 2020 del CCNL *rider*, fra Assodelivery e Ugl *rider*. C’è una opinione maggioritaria, per cui l’attività svolta tramite piattaforme digitali sarebbe riconducibile all’art. 2, se continua e all’art. 47-*bis* se discontinua o addirittura occasionale ⁽²⁶⁾; ed una minoritaria, per cui sarebbe sempre ricollegabile all’art. 47-*bis*, se realizzata dai soggetti ivi definiti come “lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui in ambito urbano e con l’ausilio di velocipedi a motore..., attraverso piattaforme digitali”, vera e propria fotografia dei *rider* Foodora, già caduti sotto l’attenzione della giurisprudenza ⁽²⁷⁾. Avendo fatta mia questa posizione minoritaria, posso rinviare alla trattazione già svolta ⁽²⁸⁾, non senza però evidenziarne le tappe essenziali, a cominciare dalla riserva con cui si apre l’art. 47-*bis*, “Fatto salvo quanto previsto dall’art. 2, comma 1”, che, se interpretata nel senso di ritenere la fattispecie dello stesso art. 47-*bis* meramente residuale, la condannerebbe, se non all’irrelevanza, ad una assoluta marginalità, appunto di una attività discontinua o meramente occasionale. Quella riserva andrebbe invece letta come una sorta di scorporazione della fattispecie dell’art. 47-*bis* da quella dell’art. 2, comma 1, in virtù dell’essere definita puntualmente nei lavoratori coinvolti e nelle piattaforme digitali utilizzate; nonché fornita di una disciplina conforme, relativa a lavoratori considerati autonomi proprio in ragione della natura dell’attività svolta, non limitata durata, come sembrerebbe essere l’alternativa che va per la maggiore, peraltro quantificabile solo *a posteriori*. Una definizione onnicomprensiva dei *rider* ivi individuati, in conformità al titolo del Capo V-*bis* (“Tutela del lavoro tramite piattaforme digitali”) e alla rubrica del-

(26) G. SANTORO-PASSARELLI, *Ancora su eterodirezione, etero-organizzazione, su coloro che operano mediante piattaforme digitali, i riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione n. 1663/2020*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2020, num. straord., pag. 215; A. PERULLI, *Il diritto del lavoro “oltre la subordinazione”: le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT* – 410/2020, pag. 60; O. MAZZOTTA, *L’inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali*, in *Labor*, 2020, 1, pag. 25.

(27) F. CARINCI, *L’art. 2 d.lgs. 81/2015 ad un primo vaglio della Suprema Corte: Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663*, in *Lav. Dir. Europa*, 20; P. PASSALACQUA, *Spunti dalla sentenza della Cassazione sui ciclofattorini di Foodora*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2020, num. straord., pag. 158.

(28) Oltre al contributo citato alla nota precedente sia consentito il rinvio a F. CARINCI, *Il C.C.N.L. sui collaboratori autonomi del 15 settembre 2020*, in *Lav. Giur.*, 2020, 11, pag. 1045 e segg.

l'art. 47-*bis* ("Scopo, oggetto ed ambito di applicazione"), risulta poi coerente alla prevista applicabilità immediata dell'art. 47-*quater*, circa i contratti collettivi da scegliere: non quelli del suo comma 1, relativi ad un settore, quello dei *rider*, dato come inesistente; ma quelli indicati nel suo comma 2, riguardanti un "settore affine o equivalente", cioè implicitamente del contratto della logistica, con tanto di appendice costituita dall'accordo 18 luglio 2018.

Ora, passiamo a ricostruire quale sia la natura dell'attività svolta. Per capire, bisogna recuperare il contratto di collaborazione, indebitamente sottovalutato dalla Cassazione, come relativo alla fase genetica, sì da dissolvere la fase funzionale in una sequenza di rapporti di lavoro costituiti con l'inizio del loro svolgimento. Certo se fosse vero, allora la comune caratteristica sarebbe quella della discontinuità, ma per tutti i *rider*, anche di quelli del modello Foodora, considerati soggetti all'art. 2, comma 1.

Recuperare il contratto di collaborazione, qui a tempo determinato, vuol dire considerare la continuità in tal modo assicurata una caratteristica fisiologica di una attività che fa affidamento, sia da parte della società gestrice della piattaforma sia da parte dei *rider*, ad una certa stabilità della offerta/domanda di lavoro. Su questa aspettativa di normale stabilità è stipulato un contratto di collaborazione, che, se non può essere considerato di lavoro subordinato, tenuto conto della libertà concessa ai *rider* di prenotarsi agli *slot* e di avvalersi delle funzioni *swap* e *no show*, certo influenza tutte le prestazioni successive. In primo luogo, ne condiziona l'attivazione, legittimando i *rider* a prenotarsi sugli *slot*, che, se pur non comporta un diritto ad essere scelti, vieta un rifiuto riconducibile ad un motivo discriminatorio, presente nello stesso algoritmo, da intendersi ai sensi dell'art. 47-*quinquies* ("1. Ai lavoratori di cui all'articolo 47-*bis* si applicano la disciplina antidiscriminatoria e quella a tutela della libertà e dignità del lavoratore previste per i lavoratori subordinati, ivi compreso l'accesso alla piattaforma. 2. L'esclusione dalla piattaforma e le riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della prestazione sono vietate"). In secondo luogo, ne determina la disciplina, circa le modalità esecutive. e le spettanze retributive.

Se si perde di vista il fenomeno nel suo complesso, non si capisce neppure perché l'attività svolta dalle piattaforme digitali si serva di algoritmi; lo fa perché rivelatisi funzionali alla gestione di una serie di rapporti, in maniera da permettere sì alla società gestrice della piattaforma di contare su una offerta di lavoro atta a far fronte alla richiesta dei servizi forniti, ma solo in forza di una certa regolarità della sua domanda, capace di alimentare nei *rider* l'aspettativa di una fonte di reddito costante.

7. Il CCNL *rider* 15 settembre 2020.

Come visto, la Corte di Appello di Torino aveva considerato applicabile il CCNL della logistica, trasporti e merci, ma non, come si sarebbe voluto da parte sindacale in ragione di una qualificazione dei *rider* Foodora come lavoratori ricadenti sotto l'art. 2094 Cod. Civ., tanto da averli come tali esplicitamente previsti nell'Intesa raggiunta il 18 luglio 2018 tra le parti firmatarie; bensì come lavoratori ricompresi nell'art. 2, comma 2 d.lgs. n. 81/2015, letto come costitutivo di un terzo genere, pur sempre meritevole di usufruire di un regime collettivo ai sensi dell'art. 36 Cost. A smuovere le acque è, appunto, la stipulazione del CCNL *rider*, 15 settembre 2020, con due peculiarità: quanto all'oggetto, riguarda proprio i *rider* modello Foodora, così elevandoli a categoria contrattuale del tutto autonoma ed autosufficiente ai sensi dell'art. 39, comma 1 Cost., se pur come lavoratori autonomi e non subordinati; quanto ai soggetti firmatari da un lato del tavolo c'è l'Assodelivery, cui sono associate gran parte delle società operanti con piattaforme digitali servite da *rider*, e dall'altro lato c'è l'Ugl *rider*, una federazione aderente alla confederazione Ugl, con alcune centinaia di iscritti.

8. Nota dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro 17 settembre 2020.

Alla presenza di una tipica controversia giurisdizionale, circa chi abbia competenza in materia, se la Cgil/Cisl/Uil o la Ugl, il Ministro del lavoro, del tutto simpatetico rispetto alle tre classiche confederazioni, combinerà la conduzione di una trattativa, con una costante deterrenza esercitata rispetto all'Assodelivery e la Ugl, tramite note dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro e circolari dell'Ispettorato del lavoro. Ad aprire le ostilità è una Nota dell'Ufficio legislativo 17 settembre 2020, che punta ad inficiare il CCNL *rider*, proprio dando per scontato che debba applicarsi il Capo V-bis, inserito da ultimo nel d.lgs. n. 81/2015, sì da rendere incoerente la riserva per cui non spetterebbe ad un contratto qualificare il rapporto come autonomo, perché è lo stesso art. 47-bis a farlo. Ho già contestato tale Nota in un precedente scritto ⁽²⁹⁾, di cui vorrei ricordare quello che vi è ritenuto l'autentico tallone d'Achille del contratto sotto accusa, l'aver violato l'art. 47-quater di tale Capo, relativo al compenso.

Il primo comma dell'art. 47-quater ("I contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale possono definire criteri di determinazione del compenso complessivo che tengano conto delle modalità di svolgimento della prestazione e dell'organizzazione del committente") viene ritenuto inapplicabile, con una duplice forzatura: non considera affatto la rappresentatività della parte datoriale, perché altrimenti

(29) F. CARINCI, *Il C.C.N.L. sui collaboratori autonomi del 15 settembre 2020*, op. cit., pag. 1045 e segg.

non ci sarebbe questione con rispetto all'Assodelivery, dato che, come detto, associa la larga maggioranza delle società operanti tramite *rider*, ma si concentra su quella della parte lavoratrice, negandola alla Ugl, pur considerata tranquillamente dotata di tale rappresentatività. Ma mi sentirei di aggiungere, parlando il comma di "organizzazioni sindacali", cioè ancor prima di federazioni che di confederazioni, che la Ugl *rider* era la sola federazione esistente, dedicata specificamente ai *rider*. Non c'era alcuna corrispondenza nella Cgil, Cisl, Uil, dove a firmare l'Intesa 18 luglio 2018 sulla "Distribuzione delle merci, con cicli, ciclomotori e motocicli (c.d. *riders*)", erano le stesse parti firmatarie del CCNL della Logistica, Filt Cgil, Fit Cisl, Uil Trasporti, federazioni dei lavoratori subordinati di quella area.

Solo che, in aggiunta, c'era la riscoperta della differenza fra le particelle "da" e "dalle", non priva di fortuna in una precedente stagione dottrinale, come nel nostro caso, che l'Ugl *rider*, anche a prescindere dall'essere o meno dotata di una rappresentatività comparativa, non poteva essere l'unica a sottoscrivere il CCNL *rider*. Così, alla fine dei conti, l'esclusione di tale contratto collettivo permetteva di rimettere in corsa proprio il CCNL della Logistica, in virtù del secondo comma dell'art. 47-*quater* ("In assenza della stipula dei contratti di cui al comma 1, i lavoratori di cui all'articolo 47-*bis* non possono essere retribuiti in base alle consegne effettuate e ai medesimi lavoratori deve essere garantito un compenso minimo orario parametrato ai minimi tabellari stabiliti da contratti collettivi nazionali di settori affini o equivalenti sottoscritti dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale"). Dunque, attenzione, perché "le clausole, derogando al criterio legale, paiono commisurare il compenso dei *rider* alle consegne effettuate, senza garantire un minimo orario Potrebbero essere considerate, anche in sede ispettiva, *contra legem* e dunque sostituite dalla norma di legge...". Ora, a prescindere dalla presenza nel CCNL *rider* di un articolo specifico (l'11, dedicato al compenso minimo per consegna, con riferimento al tempo impiegatovi) come si vede, in questione resterebbe pur sempre solo quanto relativo al trattamento economico, da dedurre implicitamente dal CCNL della Logistica.

9. Circolare dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro 19.11.2020.

La posizione dell'Ufficio legislativo del Ministero cambia radicalmente con l'emaneazione della circolare 19.11.2020, dove si effettua una proiezione di quella parte della sentenza della Cassazione sulla relazione fra l'art. 2, comma 1 e l'art. 47-*bis* d.lgs. n. 81/2015, poi di fatto non considerata, visto che in gioco era solo la formula originaria dell'art. 2, comma 1. Solo che, se questo comma andava interpretato come "norma di disciplina" applicabile ai *rider* Foodora, ora, nel testo novellato, restava il problema di quali *rider* ricadessero sotto l'art. 47-*bis*. La risposta

è influenzata da quanto già anticipato in dottrina, qui con una precisa premessa che inverte l'ordine mantenuto dal decreto legislativo, per cui l'art. 47-*bis* offre le definizioni generali, sia dei *rider* sia delle piattaforme digitali, destinate a valere anche per l'art. 2, comma 1. A cui, però, segue una autentica capriola ermeneutica, perché sarebbe proprio questo art. 2 da cui partire per delineare l'ambito applicativo, tenendo presente sia la soppressione di "anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro", sia della sostituzione di "prevalentemente" a "esclusivamente personale"; così da lasciare all'art. 47-*bis* solo quello residuo, in forza del suo inciso iniziale, "Fatto salvo quanto previsto dall'art. 2, comma 1".

Intanto, questa lettura "a ritaglio" dà per scontato che l'art. 2, comma 1 preveda la fattispecie ancor prima della disciplina, se pur non qualificata né come subordinata né come autonoma, e come tale distinguibile solo attraverso la contigua fattispecie autonoma dell'art. 47-*bis*. A segnare la caratteristica discretiva fra i *rider*, di cui, rispettivamente, all'art. 2, comma 1 (soggetti al regime del lavoro subordinato) e all'art. 47-*bis* (soggetti al regime del Capo V-*bis*) è dunque la continuità della prestazione richiesta. Questa andrebbe accertata "caso per caso, con riferimento alla reiterazione della prestazione, quanto con riferimento alla durata del rapporto, pur dinanzi alla occasionalità della prestazione, rileva altresì l'interesse del committente al ripetersi della prestazione lavorativa e della disponibilità, all'interno di un arco di tempo apprezzabile". Bene, non c'è alcuna regola, ma una mistura da adattare alla bisogna, con l'apparenza di una chiamata in causa di una ampia discrezionalità della giurisprudenza; ma la realtà è quella di una copertura della utilizzazione tipica dei *rider* tramite piattaforme digitali, dove è scontata la reiterazione della prestazione entro una lunghezza di tempo significativa, con reciproca soddisfazione dell'interesse di entrambe le parti ad una certa durata e regolarità dell'attività. Tanto irresistibile è la pretesa di fare della collaborazione etero-organizzata una fattispecie onnivora, da non escludere neppure una eventuale "occasionalità", come, invece, aveva fatto la Corte di Appello di Torino proprio in quel caso Foodora che l'estensore della Nota dell'Ufficio legale del Ministero ha tenuto presente.

Pur così lo stesso estensore appare preoccupato di aver lasciato troppo spazio al CCNL *rider*, la cui sterilizzazione rimane la sua finalità principale, per cui ritorna su tutta l'argomentazione svolta nella Nota precedente sulla sua contraddittorietà con l'art. 47-*quater*, circa la determinazione del compenso: divieto di quello a consegna; rinvio a contratti collettivi siglati da organizzazioni comparativamente più rappresentative di cui menziona gli indici giurisprudenziali, dando implicitamente per scontato che l'Ugl *rider* non li posseda e, comunque, sottoscritti da più di una organizzazione. A quest'ultimo riguardo sottolinea la differenza fra l'art. 2, comma 2, lett. a), da un lato, che, nel contemplare la facoltà di chiamarsi fuo-

ri dall'applicazione dell'intera disciplina della subordinazione, rinvia a contratti collettivi siglati "da"; e l'art. 47-*quater*, comma 1, dall'altro, che, nel contemplare la possibilità di stabilire "i criteri di determinazione del compenso complessivo", richiama i contratti collettivi firmati "dalle" organizzazioni comparativamente più rappresentative. Ma a condividere questa interpretazione si avrebbe la conseguenza paradossale che per escludere la disciplina della subordinazione, a favore della determinazione di un generico "trattamento economico e normativo", sarebbe sufficiente la firma da parte di una sola; mentre per escludere la determinazione dei criteri di cui sopra, a favore della fissazione di "un compenso minimo orario", fra l'altro con rinvio a contratti collettivi di "settori affini o equivalenti" siglati "da" organizzazioni comparativamente più rappresentative, sarebbe necessaria la sottoscrizione da parte di più di una organizzazione.

Che la lingua batta dove il dente duole, cioè sulla sterilizzazione del CCNL *rider*, trova conferma nella comune conclusione sanzionatoria, in carenza dei contratti collettivi di cui agli artt. 2, comma 2, lett. a) e dell'art. 47-*quater*, comma 1 costituita dal diritto del lavoratore "tutelabile anche con lo strumento della diffida accertativa, ... all'eventuale differenza tra gli importi, relativi al trattamento economico, dipendenti dall'applicazione della disciplina legale e quelli contrattualmente previsti ed effettivamente corrisposti". Solo che questo vale per la mancanza di contratti collettivi citati dall'art. 47-*quater*, comma 1, ma non di quelli richiamati dall'art. 2, comma 2, lett. a), perché qui resta applicabile l'intera disciplina della subordinazione, che si espande ben oltre la rivendicazione dell'eventuale differenza fra gli importi *ex lege* ed *ex contractu*.

Né allo stesso fine vale richiamare l'art. 47-*octies*, laddove nel prevedere un Osservatorio "composto da rappresentanti dei datori di lavoro e dei lavoratori di cui al comma 1 dell'art. 47-*bis* designati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale", dà affatto per scontato che quei lavoratori non rappresentino un settore contrattualmente autonomo ai fini dell'art. 47-*quater*, comma 1 sì da far scattare il comma 2, che rinvia ad un settore "affine o equivalente". Non vale, perché dimentica che il 15 settembre 2020 è stato stipulato il CCNL *rider*, cioè proprio quello che l'Ufficio Legislativo intende contrastare in ogni modo, a beneficio del CCNL della Logistica, sottoscritto dalle federazioni aderenti a Cgil, Cisl, Uil; manipolando a tale scopo un testo legislativo dall'intento favorevole all'oligopolio della triade confederale, ma dal testo non forzabile più di tanto in tal senso, fra l'altro, a costo di un chiaro contrasto col principio di libertà sancito dall'art. 39, comma 1, Cost.

10. Circolare dell'Ispettorato del lavoro 30.10.2020.

Nell'intermezzo fra i due successivi interventi dell'Ufficio legislativo del Ministero del Lavoro, si inserisce la circolare 30.10.2020 dell'Ispettorato del lavoro, meritevole di essere ricordata per costituire una specie di trattatello, basato sull'identica ricostruzione fatta propria dall'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro, se pure sostenuta senza necessità di alcuna capriola interpretativa: l'art. 2, comma 1 d.lgs. n. 81/2015 "in ragione del riferimento generico alle collaborazioni utilizzato dal legislatore, è suscettibile di applicazione nei confronti di tutti i rapporti di collaborazione non riconducibili, secondo i criteri di natura generale, allo schema di cui all'art. 2094 Cod. Civ.". Da qui segue una elencazione dei requisiti richiesti sulla traccia di Cass. n. 1663/2020, se pur non riprendendone la qualificazione dell'art. 2, comma 1, come "norma di disciplina", cosa logicamente incompatibile con l'elencazione dei requisiti richiesti per renderlo applicabile: personalità, continuità, etero-organizzazione. Quanto alla personalità se la cava con poca fatica rispetto alla sostituzione dell'avverbio di "esclusivamente" con "prevalentemente", nella nuova formulazione dell'art. 2, comma 1, citando una Cass. 19 aprile 2002, n. 5698 ⁽³⁰⁾, ai sensi della quale è sufficiente la prevalenza del lavoro personale del soggetto incaricato della realizzazione dell'opera, che, però, riguardava la collaborazione di cui al testo originario dell'art. 409, n. 3 Cod. Proc. Civ. Ma, una volta escluso che la carenza della personalità possa essere data da una sostituzione occasionale, segue un decalogo ermeneutico notevolmente complesso, sì rendere il responso finale circa la rilevanza di una sostituzione estremamente discrezionale. Lasciandosi, però alle spalle un interrogativo non da poco: se l'art. 2, comma 1 schiude l'accesso all'intero regime del lavoro subordinato, come vi si concilia una sostituzione nell'esecuzione, anche occasionale, del collaboratore?

Da buona seconda viene la continuità, a dire il vero la più importante, in quanto alla fine resta la caratteristica fondamentale per tracciare la linea dove termina l'area coperta dall'art. 2, comma 1 e comincia quella dell'art. 47-bis, individuabile "Ogni qualvolta la ripetizione di una medesima prestazione sia oggetto o presupposto del contratto (o sia accertata sulla base del reale andamento del rapporto fra le parti) anche laddove non sia predefinito l'arco temporale di esecuzione della prestazione va pertanto escluso il carattere della occasionalità." Tanto più che così intesa, la continuità «risponde peraltro alle caratteristiche più moderne del mercato del lavoro, in cui risulta difficile predeterminare il tempo di lavoro per tutte quelle prestazioni che rientrano nell'area della c.d. "*on-demand economy*" e "*just-in-time*"», facendo propria la corrente spendita unitaria di due espressioni

(30) Cass. 19 aprile 2002, n. 5698, in *Lav. Giur.*, 2002, 12, pag. 1164 con nota di G. GIRARDI.

riferibili a stagioni e a strutture produttive diverse, comunque considerate capaci di assorbire la quasi totalità delle presenti tipologie lavorative.

Terza giunge la etero-organizzazione, che da definizione sintetica dell'intera collaborazione di cui all'art. 2, comma 1, diventa una caratteristica della sua esistenza, peraltro, con una messa in evidenza della sua intrinseca contraddittorietà. Da un lato, consisterebbe "nell'imposizione da parte del committente, delle modalità esecutive della prestazione, così determinando una sorta di inserimento del collaboratore nell'organizzazione", cioè qualcosa per niente distinguibile dalla etero-direzione, in cui è l'esercizio del potere direttivo a produrre l'inserzione del lavoratore nell'azienda. Dall'altro, risulterebbe "quando l'attività del collaboratore è pienamente integrata nell'attività produttiva e/o commerciale del committente e ciò risulti indispensabile per rendere la prestazione lavorativa", così condividendo l'indirizzo prevalente che sarebbe l'inserimento del collaboratore nell'organizzazione a modularne le modalità esecutive, senza bisogno dell'esercizio del potere direttivo. Un distinguo difficile, tanto da rendere assai più facile tracciare il confine dell'art. 2, comma 1 con il novellato art. 409, n. 1 Cod. Proc. Civ. che con l'art. 2094 Cod. Civ. Di fatto, come verrà rilevato dal Tribunale di Palermo, nel caso dei *rider*, l'esercizio del potere direttivo è continuo e regolare, sia pure effettuato tramite la piattaforma digitale, sì che, una volta depotenziato il contratto di collaborazione su cui si basa tutto il successivo svolgimento del rapporto, la etero-organizzazione finisce irrimediabilmente per sconfinare nella etero-disciplina.

Una volta accertata la presenza della fattispecie di cui all'art. 2, comma 1, sempre sulla traccia di Cass. n. 1663/2020, la Circolare considera applicabile "l'intera disciplina del rapporto di lavoro subordinato con l'unico limite delle disposizioni 'ontologicamente incompatibili' con la fattispecie da regolare che per definizione non sono comprese nell'ambito dell'art. 2094 cod. civ.". Ma, ovviamente si guarda bene dall'individuare, dando invece spazio a quelle trasgressioni considerate più rilevanti per l'attività ispettiva, dai limiti massimi, pause e riposi alle misure in materia di salute e sicurezza, per chiudere con le violazioni relative alla retribuzione.

Giunta alla problematica dei *rider*, opera una distinzione fra "autonomi" di cui all'art. 47-bis ed "etero-organizzati" di cui all'art. 2, comma 1, peraltro con un evidente rovesciamento dell'approccio, per cui sono "autonomi" quelli che non sono "etero-organizzati", così che ad essere individuati in via residuale risultano i primi e non i secondi. Solo questi ultimi trovano una definizione puntuale nell'art. 47-bis, peraltro resa con l'ambiguità già sottolineata fra una integrazione del lavoratore al servizio di piattaforme digitali realizzata con la sola inserzione nell'organizzazione, di per sé capace di formattarla, oppure con la spendita diretta di una attività direzionale. Il fatto è che si è recuperata una ricostruzione dottrinale effettuata in relazione alla formula originaria dell'art. 2, comma 1, senza

alcuna referenza alle piattaforme digitali, che non vi erano richiamate, con in più l'assenza del Capo V-*bis*; lo si è fatto, senza tener conto che le piattaforme digitali guidano l'esecuzione, con una attività direzionale continua, che, pur attribuibile all'operare di un algoritmo, non si differenzia affatto dalla formula codicistica di "alle dipendenze e sotto la direzione", tanto che, una volta sganciata l'esecuzione dal contratto di collaborazione, diventa difficile tracciare la linea distintiva fra etero-organizzazione e etero-direzione.

Questo tanto più quanto più l'enfasi si sposta dalla presenza della continuità, che di per sé non può essere assunta come la caratteristica discreta fra lavoro subordinato e autonomo, alla modalità dell'esecuzione, con l'affermare che "le ipotesi di lavoro autonomo disciplinate nel Capo V-*bis* appaiono caratterizzate da un maggior grado di autonomia decisionale da parte del collaboratore in ordine alle modalità esecutive della prestazione". Qui, oltre la conferma che l'art. 47-*bis*, comma 1, fa da referente definitorio tanto per il lavoro autonomo quanto per il lavoro etero-organizzato, si enuncia un criterio quantitativo che non si vede come applicare al modello tipico di utilizzo di piattaforme digitali, secondo un decrescendo del loro intervento difficile da misurare, come ammette la stessa Circolare.

11. Tribunale di Palermo 24.11.2020.

Con questa scena di fondo, era inevitabile che il Tribunale di Palermo 24/11/2020 giungesse, in un caso come quello della Foodinho S.r.l. – società spagnola operante sotto il marchio Glovo, se pur non in tutto coincidente, certo strutturalmente simile al precedente Foodora, di una piattaforma digitale servita da *rider* – ad accogliere la domanda principale dell'attore, cioè della esistenza di un rapporto di lavoro subordinato⁽³¹⁾. In fondo tale sentenza ha fatto propria quella conclusione che Cass. n. 1663/2020, assunta come base portante della argomentazione, ha in qualche modo suggerito nei casi in cui la domanda sia riferita all'applicabilità dell'art. 2094 Cod. Civ. La ricostruzione della fattispecie concreta è estremamente minuziosa, ma già chiaramente orientata alla decisione finale, tanto da non considerare la previa conclusione di un contratto di collaborazione, ma concentrandosi esclusivamente sulla successiva attività, secondo la classica distinzione fra fase genetica e fase funzionale, per cui a rilevare è solo la seconda, considerata del tutto autosufficiente rispetto alla prima. Dopo di che non sarebbe stato neppure necessario farsi carico di una interpretazione evolutiva dell'art. 2094 Cod. Civ. sul presupposto che "l'art. 2094 Cod. Civ. venne scritto per la prima rivoluzione

(31) Fra gli altri, v. P. TOSI, *Riders: qualificazione del rapporto e rappresentanza sindacale*, in *Guida Lav.*, 2020, 48, pag. 12; M. BARBIERI, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders*, in *Lab. Law Issue*, 2020, 2, pag. 63.

industriale, in cui il modello di lavoro subordinato era quello dell'operaio della fabbrica e del fordismo; esso deve essere interpretato in modo evolutivo per applicarlo o escluderne l'applicazione al lavoro su piattaforme digitale, che, in sé, ben può essere subordinato", tanto da sfociare nella lettura di Corte cost. 5 febbraio 1996, n. 30 della "doppia alienità", formula suggestiva, ma troppo ampia per avere una precisa rilevanza definitoria. Bene, ma c'è da chiedersi che cosa mai ha creduto di fare il legislatore, quando ha aggiornato il d.lgs. n. 81/2015, integrando l'art. 2, comma 1 e aggiungendo il Capo V-bis, con esplicito riguardo al lavoro prestato tramite piattaforme digitali.

Il Tribunale poggia la sua decisione circa l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato a favore del *rider* ricorrente su una duplice tesi: l'assenza di una vera libertà di scelta con riguardo ai turni in ragione della previsione di un 'Premio di eccellenza'; la presenza di direttive continue e puntuali, in forza della *app* inserita nello *smartphone*.

Una volta raggiunto il numero di *rider* necessario per ogni sessione di lavoro, viene scaglionata nel tempo la facoltà di prenotare i turni, secondo un punteggio di eccellenza, calcolato in 100/100, con riguardo a vari parametri, quali l'attività svolta in c.d. "alta domanda", efficienza, *feedback* dell'utente, esperienza, *feedback* dei *partner*; ma diminuibile per alcuni comportamenti non conformi al modello lavorativo, sì da rivelare in negativo l'esercizio di un potere sanzionatorio. In base al punteggio maturato ci si può prenotare per i turni, per cui i produttivi accedono per primi, mentre i meno produttivi solo in seguito, quindi ai turni non ancora saturi o residui, così da avere "una minore possibilità di scelta e conseguentemente minori possibilità di lavoro venendo man mano estromessi".

Comunque, a seguito della prenotazione per un turno di lavoro, il *rider* deve presentarsi nel giorno e nell'ora prestabiliti nella zona di lavoro, a meno che non abbia deciso di chiamarsi fuori con un preavviso di tre ore; qui effettua il collegamento alla piattaforma, c.d. *check in*, che lo rende geo-localizzabile; riceve l'ordine, contenente l'indicazione del percorso ritenuto ottimale o comunque unilateralmente utilizzato dalla società per il calcolo della tariffa chilometrica; ritira la merce, con contestuale fotografia, inserzione nel sistema dello scontrino, sottoscrizione sullo schermo dello *smartphone* da parte del fornitore; rispetta un codice di condotta relativo alla soluzione di qualsiasi problema sorga con il cliente in sede di consegna. Insomma, la sua prestazione è costantemente gestita e diretta dalla piattaforma digitale dalla fase iniziale di accettazione dell'ordine, al suo ritiro (la c.d. 'presa in consegna'), sino al recapito e alla rimessa del denaro.

La decisione viene offerta come scontata, tanto da non meritare una qualche argomentazione giuridica circa la differenza fra la fattispecie dell'art. 2094 Cod. Civ. e la fattispecie dell'art. 2, comma 1, fra etero-direzione ed etero-organizza-

zione, ma facendo grande uso della giurisprudenza d'oltre Alpe, conforme nella classificazione del lavoro dei *rider* come subordinato. Nel corso della motivazione ci si libera con una scrollata di spalle della normativa di cui al Capo V-bis, in quanto "appare finalizzata a regolamentare i casi residuali di lavoro occasionale dei *rider*, reso nelle forme del lavoro autonomo", con la sola argomentazione che sarebbe ricavabile "anche sulla scorta dell'interpretazione normativa fornita con circolare del 19.11.2020 dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro".

Ora non sembra persuasiva la tesi che l'operare del 'Premio di eccellenza' creerebbe una obbligatorietà giuridica a non saltare o rinviare alcun turno, perché questa resta intatta, se pur condizionata di fatto dalla continuità ed efficienza della condotta precedente, che fra l'altro non sembra aver penalizzato il ricorrente, a giudicare dalla quantità oraria della sua attività, come calcolata *a posteriori*. Mentre, certo, risulta rilevante la presenza di una direzione costante e dettagliata esercitata dalla piattaforma, in nulla diversa da quella richiesta dall'art. 2094 Cod. Civ. con l'endiadi "alle dipendenze e sotto la direzione", senza alcuna necessità di chiamare in causa una formula elastica come quella della subordinazione attenuata, o addirittura evanescente come quella della doppia alienità ⁽³²⁾.

Così dal Tribunale di Torino al Tribunale di Palermo si compie, almeno per il momento, un percorso giurisprudenziale, con un denominatore comune circa l'irrelevanza dell'intervento del legislatore, se pur con un contrapposto punto di arrivo rispetto al lavoro tramite piattaforme digitali: il primo chiama in causa l'art. 409, n. 3 Cod. Proc. Civ., nel suo testo originario; il secondo l'art. 2094 Cod. Civ. Dal niente al tutto, lasciandosi alle spalle una domanda, quali saranno mai le piattaforme digitali effettivamente operanti tramite *rider* che potranno essere inquadrare nell'art. 2, comma 1 o nell'art. 47-bis, d.lgs. n. 81/2015? Perché l'impressione è che per esistere dovrebbero rinunciare alle loro caratteristiche sociali tipiche. Solo che queste sono state costruite nella logica della *gig economy*, cioè di lavoretti integrativi del reddito altrimenti conseguito, tanto da contemplare normalmente la possibilità di servire altre piattaforme digitali. Così che la giurisprudenza ha finito per trovarsi di fronte a vicende in cui il *server* al servizio di una determinata piattaforma digitale è venuto ad acquistare un rilievo esclusivo, in termini di tempo lavoro occupato e compenso maturato, con una evidente deriva giudiziaria a favore dell'esistenza della subordinazione.

(32) Nella stessa logica si è mossa la recentissima Trib. Bologna, ord. 31 dicembre 2020, a quanto consta inedita, che in presenza di un caso di *rider* Deliveroo, ha ritenuto l'esistenza di rapporti di lavoro subordinato, in relazione all'utilizzo di un algoritmo che penalizzava le mancate prenotazioni a prescindere dalla loro causa, senza distinguere le cause legittime, quali date dalla partecipazione agli scioperi o da malattia, così da attuare una discriminazione.

12. Conclusioni.

Come si è anticipato, il percorso del legislatore per individuare una fattispecie del lavoro tramite piattaforme digitali, cui ricollegare una disciplina a misura, si è rivelato viziato, perché il d. lgs. n. 81/2015, così come novellato, si è lasciato alle spalle uno iato profondo, difficilmente componibile fra l'art. 2, comma 1, con il corposo patrimonio del lavoro subordinato e l'art. 47-*bis*, con lo striminzito regime del Capo V-*bis*. Se pure, a mio avviso, un approccio sistematico renda, in punto di stretto diritto, più rispondente un discorso interpretativo che riconduca i *rider* modello Foodora, come quello assimilabile di Foodinho S.r.l., sotto il Capo V-*bis*, se non altro per il carattere estremamente forzato dell'indirizzo alternativo; tuttavia, riesce comprensibile il tentativo giurisprudenziale di rinviare ad un altro articolo, tale da comportare un regime protettivo assai più generoso.

Solo che, una volta che la Cassazione abbia optato per l'art. 2, comma 1 – senza, peraltro tenere in debito conto l'intervento legislativo che ha novellato tale articolo e aggiunto il Capo V-*bis* – si è presentato del tutto problematico definirne l'ambito applicativo, con riguardo all'art. 2094 Cod. Civ. Sul più o meno esplicito presupposto di un *prius* costituito da un contratto non di lavoro subordinato per il fatto di concedere al *rider* una libertà di scelta circa la prenotazione ai turni, il punto discrezionale fra etero-direzione ed etero-organizzazione è stato trovato nel richiedere, per formattare l'esecuzione, due modalità distinte: nella prima, la spendita di una autorità direzionale continua e regolare; nella seconda, una configurazione dell'organizzazione tale da modulare di per sé la prestazione.

È emerso, però, che in sede di esecuzione, la prestazione risulta formattata in forza di una presenza di una autorità direzionale specifica e puntuale, se pur attuata normalmente tramite la stessa piattaforma, che incorpora e pratica tale autorità in forza di un algoritmo, con la conseguente esclusione di una conformazione ricondotta direttamente alla stessa organizzazione considerata per sé sola.

Nessuna meraviglia che, alla fine, un giudice abbia ritenuto, sulla base di una istruttoria che rivelava una carenza di libertà nella scelta dei turni ancor prima di una continua attività conformatrice dell'esecuzione, la applicabilità dell'art. 2094 Cod. Civ., con la conseguente attribuzione dell'intera normativa della subordinazione, senza necessità alcuna di una previa, se pur eccezionale, selezione.

Ora, non basta distinguere fra l'art. 2 e l'art. 47-*bis* d.lgs. n. 81/2015, con una opzione a favore del primo in forza di una continuità che degraderebbe nel secondo in mera occasionalità autonoma. Così facendo si traccia una linea di confine assai difficile da fissare, ma, comunque, irrilevante, perché il ricorso ad una piattaforma digitale conta sul fatto che vi sia una certa costanza da parte dei *rider* iscritti, se pur con una scontata rotazione. Così che la tesi dell'esserci di fatto una copertura esclusiva da parte dell'art. 2 dell'attività svolta tramite piattaforme

digitali, renderebbe irrilevante l'art. 47-*bis* e segg., cioè tutto il capo V-*bis*, introdotto specificatamente per tale attività.

Solo che, come visto, a sua volta l'art. 2 tende a cedere il campo all'art. 2094 Cod. Civ., se pur restando formalmente comune la disciplina dettata in tema di subordinazione. In entrambe le ipotesi, però, tale disciplina si rivela inidonea a coprire la gamma di fattispecie variamente caratterizzate dalla esistenza di una selezione nella prenotazione dei turni, dalla presenza di intervalli più o meno lunghi fra una prestazione e l'altra, dalla effettiva misura degli orari giornalieri, settimanali, mensili.

In assenza di una normativa legislativa costruita a misura, proprio la contrattazione collettiva si rivela qui la fonte migliore per regolare il fenomeno. Da questo punto di vista, la chiamata in causa dell'art. 2094 Cod. Civ. appare la meno opportuna, perché non lascia ampia area di manovra alla autonomia collettiva. Non resta che far riferimento all'art. 47-*quater*, comma 1, in forza della applicabilità dell'art. 47-*bis* con conseguente accredito del CCNL *rider*; oppure – per allinearsi all'indirizzo della Cassazione se pur non condiviso in punto di diritto – all'art. 2, comma 2 lett. a), come visto, relativo alla possibilità di derogare alla normativa della subordinazione tramite la contrattazione collettiva sottoscritta da (e, qui, non dalle) organizzazioni sindacali dotate di una maggiore rappresentatività comparata a livello nazionale con riguardo al solo “trattamento economico e normativo”, che pare una formula tale da poter selezionare e modellare lo statuto legale del lavoro subordinato.

*ABSTRACT: L'A. ricostruisce la vicenda rider, così come si articola nella sequenza giudiziaria relativa al caso Foodora, dal Tribunale di Torino alla Cassazione, per poi considerare l'entrata in scena del CCNL Ugl rider del settembre 2020, accompagnato dalle riserve critiche dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro e dell'Ispettorato del lavoro. Pur ritenendo che, in punto di diritto il legislatore abbia dedicato al lavoro svolto al servizio delle piattaforme digitali il Capo V-*bis* d.lgs. n. 81/2015, l'A. non può che prendere atto del diverso indirizzo della Cassazione, nel senso di considerare applicabile l'art. 2, comma 1 dello stesso decreto; sottolineando, però, che esso si è rivelato passibile di essere sostituito dall'art. 2094 Cod. Civ., come accaduto con la sentenza del Tribunale di Palermo, relativa al caso Foolinho/Glovo. Comunque, la disciplina della subordinazione non risulterebbe congrua nella sua interezza, sia considerata applicabile ai sensi dell'art. 2, comma 1 oppure dell'art. 2094 Cod. Civ. Si da richiedere in assenza di una normativa costruita a sua misura, una supplenza della contrattazione collettiva quale prevista, a seconda dell'opzione circa la fattispecie legislativa presa a riferimento, dall'art. 47-*quater* o dall'art. 2, comma 2, lett. a).*

ABSTRACT: *The author reconstructs the rider affair, as articulated in the Foodora case law, from Tribunale di Torino to Corte di Cassazione, to consider then the adoption of the CCNL Ugl rider of September 2020, accompanied by critical reservations of the Legislative Office of the Ministry of Labour and the Labour Inspectorate. Although the author believes that, in point of law, the legislator has dedicated to platform work the Capo V-bis of the d.lgs. n. 81/2015, he can only take note of the different view of the Corte di Cassazione, in the sense of considering applicable the art. 2, co. 1 of the same decree. He points out, however, that the art. 2 has proved to be replaceable by art. 2094 of the Italian Civil Code, as happened with the judgment of the Tribunale di Palermo in the case law Foodinho/Glovo. In any event, the discipline of subordination would not be adequate in its entirety, whether it is considered applicable pursuant to art. 2, co.1 or art. 2094 of the Italian Civil Code. Consequently, it is required, in the absence of a law built to its extent, an integration of the collective bargaining as provided for, depending on the option regarding the legislative case taken as a reference, by art. 47-quater or art. 2, co. 2, lett. a).*

PAOLO TOSI
Prof. emerito dell'Università di Torino

LAVORO, SINDACATI E PARTECIPAZIONE NELLA COSTITUZIONE ITALIANA ^(*)

SOMMARIO: 1. La questione della specificità delle norme della Carta. 2. L'art. 39, seconda parte. 3. L'art. 36. 4. L'art. 46. 5. L'art. 40.

1. La questione della specificità delle norme della Carta.

Come noto la nostra Costituzione è stata scritta prevalentemente nelle tre Sottocommissioni in cui si è articolata la Commissione permanente per la Costituzione (c.d. dei 75). Ciò segnatamente con riguardo agli articoli del titolo terzo di cui intendo qui occuparmi, nei quali sono indicate le linee fondanti del nostro ordinamento del lavoro e sindacale. Talune rilevanti modifiche del testo approvato in Sottocommissione furono tuttavia operate dalla Commissione permanente (di quello dell'articolo 40) e, soprattutto dalla Adunanza plenaria dell'Assemblea costituente (di quello degli articoli 39, seconda parte, 40 e 46) ⁽¹⁾.

Anche relativamente alle tematiche del lavoro e dell'impresa fu trattata diffusamente, in tutte le sedi anzidette, la questione, in generale e quanto ai singoli articoli, circa la misura di specificità delle regole da codificare compatibile con una Carta fondamentale, per sua natura e funzione proiettata sul lungo termine, nella consapevolezza dei Redattori del rischio che l'eccessiva specificità determinasse la effimerità delle sue norme a fronte della evoluzione dei rapporti sociali ed economici.

Tuttavia era largamente prevalente la convinzione che una ragionevole specificità delle linee guida fosse indispensabile nel disegno dei cardini della futura democrazia sociale, sia pure, come vedremo, con diversi accenti delle varie anime politiche dei deputati dell'Assemblea ed altresì con diversi esiti nel percorso di redazione delle norme fino a quella definitiva.

Questa ampia convergenza di opinioni non può sorprendere visto che alle spalle c'era un regime dirigistico dei rapporti socio-economici e un ordinamento sindacale pubblicistico. In particolare non può sorprendere che il massimo di specificità sia rinvenibile nella seconda parte dell'articolo 39.

(*) Questo saggio è destinato agli *Studi in onore di Alessandro Garilli*.

(1) La numerazione degli articoli è quella acquisita in sede di revisione definitiva della Carta.

2. L'art. 39, seconda parte.

Tornando al processo di formazione della nostra Carta, il percorso che condusse al testo definitivo dell'art. 39 ⁽²⁾ fu assai complicato e può ritenersi che sia stato caratterizzato, nelle varie fasi, dalla progressiva maturazione del pensiero di Di Vittorio; una maturazione determinante giacché, quale esponente di primo piano del PCI e Segretario generale della CGIL, fu tra i principali tessitori di quella tela dei "punti di incontro" (come lui stesso ebbe a definirli) con i democratici cristiani che è alla base della Carta.

La terza Sottocommissione, nella seduta del 15 ottobre 1946, sembrava avviata ad adottare la formulazione, contenente una sostanziale delega al futuro legislatore, proposta dal democratico cristiano Rapelli (sulla quale già nella precedente seduta la Sottocommissione "si era trovata prevalentemente d'accordo", come sottolineato dal Presidente Ghidini, socialista di unità proletaria): "L'organizzazione sindacale è libera.- Al fine della stipulazione dei contratti collettivi di lavoro, che dovranno avere efficacia per tutti gli appartenenti alla categoria, la legge regolerà la formazione delle rappresentanze unitarie di ciascuna e detterà le norme relative".

La seduta si concluse però senza l'approvazione di tale testo e nella successiva seduta del 17 ottobre 1946 tornò a far parte della Sottocommissione Di Vittorio, il quale nelle precedenti era stato temporaneamente sostituito. Egli prese le mosse da una affermazione molto significativa: "essendo fautore della libertà sindacale, ammetto l'esistenza dei sindacati plurimi; non tutti i sindacati hanno, però, il diritto di stipulare il contratto di lavoro, ma solo quello maggioritario con rappresentanza proporzionale dei sindacati di minoranza".

All'udienza successiva del 17 ottobre 1946 peraltro Di Vittorio si presentò con la proposta di un articolo nel cui comma 3 era previsto che "ai sindacati è attribuito il compito di stipulare contratti collettivi di lavoro secondo quanto stabilito dalla legge". Nel corso delle sedute, a fronte dell'insistenza di Rapelli e di altri componenti della Sottocommissione sulla formulazione dal primo precedentemente proposta, Di Vittorio disse di non essere contrario ma di ritenere che dovesse allora essere reso più chiaro il concetto in essa espresso. Dichiarando di abbandonare la soluzione da lui preferita del conferimento della facoltà di stipulare il contratto collettivo per tutta la categoria al sindacato maggioritario aggiunse di essersi convinto che, "per non conculcare il diritto delle minoranze, i sindacati minoritari devono avere il diritto di partecipare con propri rappresentanti in proporzione al numero dei propri iscritti di modo che la Commissione che stipula il contratto è composta in modo proporzionale dai rappresentati di tutti i sindacati

(2) G. GIUGNI, *Art. 39*, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di G. Branca), T.I, Bologna-Roma, 1979.

della categoria, questo per non lasciare al legislatore la facoltà in avvenire di comporre la Commissione anche con persone al di fuori dei sindacati”.

Di Vittorio propose pertanto questa formulazione: “L’organizzazione sindacale è libera. – Non può essere imposto altro obbligo che quello della registrazione presso organi del lavoro, locali e centrali. – Le rappresentanze sindacali unitarie, formate in proporzione agli iscritti, stipulano i contratti collettivi di lavoro che devono avere efficacia obbligatoria per tutti gli interessati”.

Con qualche limatura e l’aggiunta di un comma sulla personalità giuridica dei sindacati, attorno al nucleo centrale suggerito da Di Vittorio la Sottocommissione pervenne a stendere il testo che poi divenne definitivo superando, ma non senza travaglio, con il solo inserimento del requisito di democraticità statutaria proposto dal democratico cristiano Mortati, l’esame dell’Assemblea costituente in seduta plenaria.

Non senza travaglio giacché il democratico cristiano Gabrieli e il repubblicano Mazzei presentarono emendamenti incentrati sul pieno rinvio al legislatore futuro.

L’emendamento Gabrieli era sostitutivo dell’intero testo: “L’organizzazione sindacale è libera. I sindacati hanno l’obbligo della registrazione presso uffici locali e centrali secondo le norme di legge. – I sindacati registrati hanno personalità giuridica. Le modalità per la stipulazione e i limiti di efficacia dei contratti collettivi sono stabiliti dalla legge”. L’emendamento Mazzei sostituiva invece i commi da 2 a 4 con un unico comma: “La legge regola il riconoscimento giuridico dei sindacati e determina le condizioni necessarie perché i contratti collettivi di lavoro abbiano efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali i contratti stessi si riferiscono”.

Nell’acceso dibattito che seguì Di Vittorio dovette spendersi in una appassionata e vittoriosa difesa del testo formulato dalla Commissione. Egli sottolineò, in particolare, che tale testo “risolve il principio della libertà sindacale, il quale è collegato alla possibilità della molteplicità dei sindacati. Non è possibile, in regime di libertà sindacale, istituire un sindacato unico che sia obbligatorio per tutti i lavoratori... (inoltre) esclude qualsiasi ingerenza dello Stato nei sindacati. Perciò il sindacato come è definito dall’articolo del progetto, è libero, autonomo, indipendente”.

Insomma può ragionevolmente ritenersi che fu in forza della preoccupazione di salvaguardia della libertà e dell’autonomia sindacale che l’Assemblea pervenne alla approvazione dell’art. 39 nella sua veste definitiva.

Del resto, se è vero che i vincoli posti dall’articolo 39 all’intervento del legislatore sono stati, per comune opinione, la principale causa della sua mancata attuazione ⁽³⁾, occorre però riconoscere che quei vincoli hanno risposto a quella

(3) G. GIUGNI, *Art. 39, op. cit.*; G. PERA, *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Milano, 1960; G. F. MANCINI, *Libertà sindacale e contratto collettivo erga omnes*, in *Riv. Trim. Dir. Proc.*

preoccupazione. L'ordinamento sindacale privatistico si è sviluppato sui cardini del primo comma dell'articolo 39 e dell'articolo 40. Ed è sulla scorta dell'articolo 39 che sono stati avanzati i maggiori dubbi sulla legittimità ed hanno comunque influito sulla effettività di quell'articolo 8 del d.l. 138/2011 che secondo la dottrina probabilmente maggioritaria ha rappresentato, nel dopo Costituzione, il massimo di ingerenza eteronoma nell'autonomia sindacale ⁽⁴⁾.

3. L'art. 36.

L'anzidetta concezione della centralità sindacale e la preoccupazione di salvaguardia dell'autonomia dei sindacati che hanno determinato l'accentuata specificità della seconda parte dell'articolo 39 hanno finito invece per tradursi in una sorta di *self restraint* relativamente alla specificità del contenuto dell'articolo 36.

La terza Sottocommissione nella seduta del 12 settembre 1946 fu chiamata a discutere la proposta di articolo del democratico cristiano Fanfani. Il primo comma ("Ogni lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla qualità e quantità del lavoro prestato e, possibilmente, adeguata alle sue necessità personali e familiari"), che era stato condiviso nella sostanza anche dalla Prima Sottocommissione come corredo del diritto al lavoro, fu confermato dalla Commissione permanente e poi, salva la soppressione dell'avverbio "possibilmente" e qualche ritocco marginale, anche dall'Assemblea costituente in seduta plenaria per entrare nel testo definitivo della Carta.

Il secondo comma era così formulato: "La Repubblica agevolerà il godimento di questo diritto con norme sulla determinazione, nei contratti di lavoro, delle retribuzioni vitali, previdenziali e familiari".

A fronte di questa formulazione, per la verità non del tutto perspicua, Di Vittorio, pur "d'accordo nel principio informatore dell'articolo e nell'opportunità di riferire la remunerazione del lavoratore anche ai bisogni della famiglia", espresse una decisa critica al secondo comma: "Ritiene che, con la formulazione proposta, lo Stato invada un campo che è più specifico del sindacato. Desidererebbe che fosse ben chiarito che nell'azione di tutela diretta ad assicurare al lavoratore una remunerazione adeguata ai propri bisogni (che è funzione specifica del sindacato) lo Stato asseconi nei suoi compiti il sindacato". Il comma finì pertanto per essere soppresso.

Nell'adunanza plenaria dell'Assemblea costituente (10 maggio 1947) Bitossi e Bibolotti, comunisti e membri della segreteria della CGIL, il primo con la carica

Civ., 1963, pag. 570 e segg.; L. MENGONI, *Il regime giuridico delle organizzazioni professionali in Italia*, in CECA, *Il regime giuridico delle organizzazioni professionali nei paesi membri della CECA*, Lussemburgo, 1966, pag. 464 e segg.

(4) Per tutti, R. DE LUCA TAMAJO, *Prime valutazioni e questioni di illegittimità costituzionale dell'art. 8 della legge n. 108/2011*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, pag. 19 e segg.

di vice segretario, proposero che fosse aggiunto al testo un comma così formulato: “il salario minimo individuale e familiare e la durata della giornata lavorativa sono stabiliti dalla legge”.

Di contro, Gronchi, in dichiarazione di voto per il gruppo democristiano, così si esprese: “A noi pare, nel merito, che il salario minimo individuale e familiare non possa essere stabilito dalla legge. Mi pare che praticamente si miri, in tal modo, a disciplinare una materia estremamente varia e diversa a seconda dei settori produttivi. È un compito contrattuale questo, che è difficile ridurre a compito legislativo”.

I deputati del gruppo democristiano nella votazione conseguentemente non votarono a favore determinando il rigetto dell'emendamento.

Sebbene possa apparire singolare la provenienza della proposta di inserimento nell'articolo 36 del salario minimo legale dal seno della CGIL malgrado le perplessità manifestate da Di Vittorio in Sottocommissione, dal pur sommario confronto dialettico in Assemblea costituente può ricavarsi che la scelta contraria fu alla fine determinata dalla preoccupazione di scongiurare future interferenze legislative nella funzione di governo delle politiche salariali spettante ai sindacati ⁽⁵⁾.

4. L'art. 46.

Diverso da quello appena ricostruito con riguardo all'art. 36 fu invece il filo del dibattito che segnò il percorso di formazione dell'art. 46 fino all'esito, anche qui, di un *self restraint* dal profilo della sua specificità.

La terza Sottocommissione nella seduta del primo ottobre 1946 prese le mosse dalla proposta del comunista Pesenti, riferita in sua assenza dal compagno di partito Corbi, di un articolo così formulato: “Per garantire lo sviluppo economico del paese e per assicurare nell'interesse nazionale l'esercizio del diritto e delle forme di proprietà previste dalla legge, lo Stato assicura al lavoratore il diritto di partecipare alle funzioni di direzione dell'impresa, siano esse aziende private, pubbliche o sotto il controllo della Nazione”.

Il Presidente Ghidini in apertura della discussione aggiunse, richiamando le proposte di altri relatori: “Anche sui consigli di gestione vi è accordo; tutti ritengono necessario l'intervento dei lavoratori nel processo produttivo”. Dopo i primi interventi nel dibattito, però, si affrettò a precisare che, mentre vi era ac-

(5) Di Vittorio poi, nel 1954, fu tra i firmatari, insieme a molti deputati del suo partito, di una proposta di legge (Camera dei Deputati n. 895) per la “Fissazione di un minimo garantito di retribuzione per tutti i lavoratori”. Erano passati alcuni anni nel contesto di un clima politico-sindacale diverso e, tra l'altro, non si era ancora consolidato (come sarebbe avvenuto di lì a poco) l'orientamento sulla diretta applicazione da parte del giudice dell'art. 36 Cost. Sulla questione M. MAGNANI, *Il salario minimo legale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, I, pag. 769.

cordo generale ad intervenire nella vita delle aziende, non v'era "accordo invece sulla natura di questo intervento, in quanto taluni temono che una accentuata partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese possa essere di intralcio alla attività dei dirigenti aziendali". E dichiarò pertanto di preferire la proposta, contenuta nella relazione di Di Vittorio, così concepita: "Ai lavoratori di aziende di ogni genere aventi almeno 50 dipendenti è riconosciuto il diritto di partecipare alla gestione dell'azienda mediante appositi consigli di gestione, le cui norme costitutive e i cui compiti saranno fissate dalla legge".

Il dibattito proseguì articolandosi in varie proposte, tra cui quella di Fanfani che, al termine di una lunga perorazione, esprime il voto che "la partecipazione dei lavoratori alla vita e alla sorte delle imprese...non sia limitata all'aspetto direzionale... (ma) sia estesa all'amministrazione economica (consigli di amministrazione), alla conduzione tecnica (affiancando la direzione con consigli che si possono chiamare di efficienza), agli utili eccezionali delle imprese e alla proprietà delle imprese stesse". Il collega di partito Dominedò avanzò tuttavia l'ipotesi "se non sia il caso di pensare a una diversa struttura dei consigli di gestione, fondata sul concetto che questi consigli potrebbero essere organi di consulenza tecnica per rafforzare l'unità e la solidarietà aziendale: cioè organi di efficienza piuttosto che di gestione".

Tra le altre proposte, va rammentata quella del socialista di unità proletaria Basso così concepita: "È garantita a tutti i lavoratori la libertà di associarsi per la difesa e il miglioramento delle condizioni di lavoro e di vita e per una maggiore partecipazione alla gestione della produzione". A richiesta del comunista Togliatti precisò "che non è il sindacato che partecipa alla gestione, bensì i lavoratori organizzati nel sindacato, i quali possono sviluppare questa organizzazione per affermare lo sciopero", ottenendone così l'adesione; che ebbe però una eco solo nella proposta, essa pure scarsamente perspicua, del deputato del Fronte dell'uomo qualunque Marinaro: "Tutte le imprese industriali sono sottoposte a controllo tecnico ed amministrativo da parte dei lavoratori maggiormente interessati e raccolti in sindacati di categoria addetti all'industria. La legge determinerà le forme, i modi ed i limiti di tale controllo".

A fronte del caleidoscopio di proposte il Presidente Ghidini, rilevandone l'inconciliabilità, si risolse a proporre una formulazione di sostanziale rinvio al futuro legislatore, che peraltro conteneva un significativo riferimento all'impronta sindacale della partecipazione: "Tutte le imprese industriali sono sottoposte a controllo tecnico ed amministrativo da parte dei lavoratori maggiormente interessati e raccolti in sindacati di categoria addetti all'industria. La legge determinerà le forme, i modi ed i limiti di tale controllo"; formulazione che fu approvata all'unanimità, fatta poi propria anche dalla Prima Sottocommissione e adottata dalla Commissione Permanente in adunanza plenaria.

Nell'adunanza plenaria dell'Assemblea costituente si riaprì un acceso dibattito e furono presentati numerosi emendamenti al testo pervenuto dalla Commissione. Decisivi furono quello del liberale Corbino, per la sostituzione del termine "gestione" con "collaborazione" e soprattutto di Gronchi ed altri del gruppo democristiano: "Ai fini della elevazione economica e sociale del lavoro ed in armonia con le esigenze della produzione, la Repubblica riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge, alla gestione delle aziende".

Gronchi, illustrando l'emendamento, sottolineò come alla sua base fossero due "concetti": primo, la necessità che l'elevazione economica e sociale del lavoro avvenga in armonia con le esigenze della produzione, essendo principio categorico "in ogni tipo di sistema economico, quello di produrre di più affinché vi siano più utili, più frutti da distribuire, sia nel senso finanziario che nel senso più largamente economico e sociale"; secondo, la necessità, in vista di una "ordinata e perciò feconda attività produttiva, che la partecipazione non comprometta l'unità di comando delle aziende produttive".

Il Presidente Ghidini difese la formulazione approvata in Commissione, osservando che proprio i contrasti in seno alla Sottocommissione avevano indotto ad adottare "un testo il quale lasciasse ampia libertà al legislatore futuro di fissare al consiglio di gestione quelle attribuzioni e quelle funzioni che potessero sembrare più opportune in relazione al tempo e all'economia del Paese...(essendo) evidente che la parola "gestione" è usata in senso generico, e non nel suo significato letterale...(cosicché) la partecipazione può essere consultiva oppure deliberativa; può essere classista oppure collaborativa; può essere partecipazione all'amministrazione, alla direzione ecc."

Gronchi mantenne però l'emendamento e fu allora decisivo, per la sua approvazione da parte dell'Assemblea, l'intervento di Di Vittorio: " Il Gruppo comunista sarebbe favorevole a mantenere il testo approvato dalla Commissione; però, siccome noi vogliamo ricercare dei punti di incontro con altri Gruppi che rappresentano larghe correnti dell'opinione pubblica e dei lavoratori, voteremo l'emendamento sostitutivo dell'onorevole Gronchi, attribuendo al concetto di collaborazione il significato di partecipazione attiva dei lavoratori alla gestione dell'azienda, e quindi allo sviluppo dell'azienda stessa nell'interesse dei lavoratori e del Paese".

È lecito allora registrare come nell'ampio e contrastato dibattito attraverso il quale si formò il testo dell'art. 46 nelle varie sedi del percorso di formazione della Carta non sia mai stata avanzata (essendo quantomeno arduo ricavarla dalle proposte di Basso e Marinaro ed anche dalla formulazione approvata in Sottocommissione) la preoccupazione per i potenziali contrasti e le potenziali interferenze tra la partecipazione dei lavoratori tramite loro delegati aziendali e la rappre-

sentanza ed azione sindacale (c.d. doppio canale), tra collaborazione e conflitto. Preoccupazione che oggi possiamo ritenere essere stata una delle principali cause della mancata attuazione dell'art. 46 ⁽⁶⁾.

5. L'art. 40.

Particolarmente complicato e controverso fu il percorso di formazione dell'art. 40, del cui contenuto si occuparono diffusamente sia la Prima Sottocommissione, sotto il profilo de "I principi dei rapporti sociali (economici)", sia la Terza, sotto il profilo del "Diritto di associazione e ordinamento sindacale", successivamente la Commissione permanente in adunanza plenaria e infine l'Assemblea costituente.

Nella prima seduta della Prima Sottocommissione dedicata all'argomento Togliatti propose la formulazione "La legge assicura ai lavoratori il diritto di sciopero". A seguito del dibattito, assai teso specie con riguardo ai pubblici dipendenti, il Presidente democratico cristiano Tupini propose la formulazione "Lo sciopero è ammesso, tranne che nei servizi di pubblica utilità" e a partire da essa si riaprì il dibattito nella seduta successiva.

Togliatti in apertura di seduta propose una formulazione unica: "Il diritto di organizzazione sindacale e di sciopero è garantito" per poi disgiungere i due diritti proponendo la formulazione "È assicurato a tutti i lavoratori il diritto di sciopero".

A seguito dei contrasti di opinione tra i vari deputati il Presidente trasformò la formula proposta da Togliatti nel comma 1 in un testo così articolato: "È assicurato a tutti i lavoratori il diritto di sciopero. – La legge ne regola le modalità di esercizio unicamente per quanto attiene: a) alla procedura di proclamazione; b) all'esperimento preventivo di tentativi di conciliazione; c) al mantenimento di servizi assolutamente essenziali alla vita collettiva".

Posti in votazione separatamente, entrambi i commi furono approvati.

Anche il lungo ed acceso dibattito nella Terza sottocommissione si aprì con una proposta, da parte del Relatore Di Vittorio, d'una incondizionata costituzionalizzazione del diritto di sciopero. Fanfani di contro espresse la preferenza per il silenzio della Carta aggiungendo: "ma se per fortissime ragioni lo si vuol proclamare, naturalmente la Repubblica che, in base alla nuova Costituzione deve armonizzare tutti i fenomeni economici, deve anche armonizzare gli scioperi con il complesso della vita economica nazionale e pertanto si rende indispensabile il rinvio ad una legge che regoli l'esercizio del diritto di sciopero". Nel corso dei lavori egli propose poi un articolo così formulato: "È ammesso il ricorso allo sciopero e alla serrata. La legge ne regola le modalità di proclamazione e di svol-

(6) F. CARINCI, *La partecipazione dei lavoratori alla gestione: la via italiana*, in C. ASSANTI (a cura di), *Dallo statuto dei diritti dei lavoratori alla dimensione sociale europea*, Milano, 1991, pag. 203 e segg.

gimento, a tutela della pace sociale, del godimento del diritto al lavoro, della continuità dei servizi essenziali alla vita collettiva e dell'espletamento delle funzioni proprie dello Stato".

Il dibattito successivo fu molto acceso; da alcuni deputati democratici cristiani fu sostenuto che la Costituzione non dovesse occuparsi dello sciopero. La conseguenza fu che nessuna proposta ottenne l'approvazione e fu invece approvato un ordine del giorno proposto da Fanfani così concepito: "La terza Sottocommissione, ritenuto urgente ed indispensabile che una legge riconosca il diritto di sciopero dei lavoratori, abrogando i divieti fascisti in materia, non ritiene necessario che la materia sia regolata dalla Carta costituzionale".

Nell'adunanza plenaria della Commissione permanente dedicata alla questione (14 gennaio 1947) il Presidente Ruini, deputato del Partito democratico del lavoro, riferì le due proposte approvate aggiungendo che vi era stata "una terza proposta, formulata in sede di Sottocommissione, che ammette il diritto di sciopero senza alcun limite".

Tupini intervenne a sostegno della proposta formulata dalla Prima Sottocommissione, Ghidini contro l'ordine del giorno Fanfani approvato dalla Terza Sottocommissione con la propria presidenza e contro il secondo comma della proposta (seconda) Tupini ("vi sono tali limitazioni per cui questo diritto è non soltanto mutilato ma può essere praticamente soppresso") mentre Di Vittorio tornò a sostenere che il diritto di sciopero dovesse essere riconosciuto senza limitazioni invitando a votare a favore del primo comma della proposta Tupini ("è assicurato a tutti i lavoratori il diritto di sciopero") e contro il secondo comma. Dopo aver preliminarmente respinto la proposta del democratico cristiano Bulloni che aveva auspicato il silenzio della Carta in materia, la Commissione effettivamente approvò il primo comma e non approvò il secondo.

L'Assemblea costituente si occupò dello sciopero in due lunghe e travagliate sedute (7 e 12 maggio 1947). Nei riguardi del testo approvato dalla Costituente, e strenuamente difeso da Di Vittorio, furono presentati i più svariati emendamenti che echeggiavano le diverse posizioni di fondo già emerse nelle due Sottocommissioni e nella Commissione permanente in adunanza plenaria.

Credo quindi che sia qui sufficiente menzionare quello presentato, in dichiarata funzione compromissoria, dal democratico cristiano Umberto Merlin: "Il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano". Infatti, quando si arrivò alla votazione degli emendamenti la democratica cristiana Cingolani, intervenendo per dichiarazione di voto, dichiarò di votare per l'emendamento Merlin invitando i colleghi a ritirare i vari emendamenti. Dichiarazioni di voto favorevoli a questo emendamento vennero da Camangi per i repubblicani e da Foa per gli Autonomisti, sia pure "con qualche preoccupazione e qualche titubanza"

in quanto, “col richiamo alla legge, non prevede alcuna limitazione, alcun orientamento, alcun indirizzo sul modo come la legislazione ordinaria dovrà regolare e disciplinare il diritto di sciopero”; altri deputati ritirarono i loro emendamenti. Quello Merlin fu approvato e divenne quindi il testo dell’art. 40.

Non può certo affermarsi che l’emendamento sia stato approvato nello spirito della prospettazione offerta da Fanfani nella terza Sottocommissione, ma innegabilmente lo fu nella prospettiva di un’ampia discrezionalità del futuro legislatore ordinario. Tuttavia i rischi di interventi legislativi fortemente limitativi del diritto di sciopero paventati da Di Vittorio e da molti deputati dei partiti di sinistra non si sono avverati ⁽⁷⁾ se è vero che si è dovuto attendere il 1990 per il varo di una legge (solo) sull’esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali; legge sul cui grado di efficacia tuttora si discute ⁽⁸⁾.

Concludendo, mi pare opportuno sottolineare che lungo tutto il percorso di formazione dell’art. 40 furono marginali i riferimenti al ruolo del sindacato con riguardo all’esercizio del diritto di sciopero e pressoché assenti quelli alle interrelazioni tra ordinamento contrattuale e conflitto.

ABSTRACT: Il saggio ripercorre la genesi delle fondamentali norme costituzionali sui diritti dei lavoratori e delle organizzazioni sindacali. In primis, l’Autore rileva come la specifica formulazione dell’art. 39, commi 2-4, esprima la preoccupazione di garantirne il raccordo con la libertà di organizzazione sindacale sancita nel comma 1 e, al tempo stesso, di limitare interventi del legislatore ordinario invasivi dell’autonomia sindacale. L’Autore rileva altresì come analoga preoccupazione nella stesura dell’art. 36 abbia invece indotto i costituenti ad una sorta di self restraint sì da omettere, al di là del principio generale di proporzionalità ed adeguatezza della retribuzione, ogni riferimento ad una determinazione legale del salario minimo. Nel ripercorrere l’intenso dibattito che ha portato alla formulazione dell’art. 46, l’Autore rileva come i costituenti, per salvaguardare la libertà imprenditoriale e correlate autonomia organizzativa e produttiva, abbiano definito la partecipazione dei lavoratori nella gestione dell’impresa nei termini, alquanto sfumati, di una “collaborazione”. Infine, l’Autore illustra il complicato percorso di formazione dell’art. 40 tra l’affermazione incondizionata del diritto di sciopero, proposta dalla componente comunista; la sua limitazione in relazione a determinati interessi o settori produttivi, proposta dalla componente democristiana; la sua mancata di-

(7) T. TREU, *Il conflitto e le regole*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2000, pag. 285 e segg.; F. SANTONI, *Lo sciopero*, Padova, 2001.

(8) Cfr. *Relazioni e Interventi in Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, in *Quad. Arg. Dir. Lav.*, n. 15 del 2018 (contenente gli atti del Convegno organizzato a Roma presso l’Università La Sapienza dall’AIDLASS il 30 novembre 2017).

sciplina costituzionale, sempre di matrice democristiana, sino all'approvazione di una formula compromissoria che riconosce il diritto di sciopero nell'ambito della sua regolamentazione legislativa.

ABSTRACT: *The essay retraces the genesis of the fundamental constitutional rules on the rights of workers and trade unions. In primis, the Author notes that the specific formulation of art. 39, paragraphs 2-4, expresses the concern to ensure the connection with the freedom of trade union organization enshrined in paragraph 1 and, at the same time, to limit interventions by the ordinary legislator invasive of trade union autonomy. The author also notes that a similar concern in the drafting of art. 36 has instead led the constituents to a sort of self restraint so as to omit, beyond the general principle of proportionality and adequacy of remuneration, any reference to a legal determination of the minimum wage. In retracing the intense debate that led to the formulation of art. 46, the Author notes how the constituents, in order to safeguard entrepreneurial freedom and related organizational and productive autonomy, have defined the participation of workers in the management of the company in terms, somewhat veiled, of a "collaboration". Finally, the author illustrates the complicated path of formation of art. 40 between the unconditional affirmation of the right to strike, proposed by the Communist component; its limitation in relation to certain interests or productive sectors, proposed by the Christian Democrat component; its failure of constitutional discipline, always of Christian Democrat matrix, until the approval of a compromise formula that recognizes the right to strike within its legislative regulation.*

IL RIDER DI GLOVO: TRA SUBORDINAZIONE, ETERO-ORGANIZZAZIONE, E LIBERTÀ

SOMMARIO: 1. I rapporti di lavoro tramite piattaforma: tecniche di interpretazione, valore di subordinazione e ideologia dell'interprete. 2. La natura della piattaforma come impresa e il suo rilievo ai fini della qualificazione. 3. Il diritto comparato: un metodo delicato. 4. Le nozioni di subordinazione richiamate dal Tribunale di Palermo e il sistema normativo: problemi di (in)coerenza. 5. Il problema del potere direttivo e la libertà del *rider* di scegliere se e quando lavorare. 6. Segue: il problema della "libertà" del *rider* interferisce con il profilo della qualificazione del rapporto? 7. Il divieto di penalizzare il *rider* tramite *ranking* reputazionali algoritmici.

1. I rapporti di lavoro tramite piattaforma: tecniche di interpretazione, valore di subordinazione e ideologia dell'interprete.

Il diffondersi delle nuove forme di economia legate all'incessante innovazione tecnologica e l'irrompere sulla scena di attori, come le piattaforme digitali, in grado di scompaginare i basilari riferimenti categoriali del diritto del lavoro, acuiscono i problemi di qualificazione dei rapporti e propongono nuove questioni di valore legate alle conseguenze della qualificazione. Il confine tra subordinazione e autonomia, sempre più incerto e poroso nonostante il rigore metodologico con cui la *summa divisio* può essere tracciata *in apicibus*, tende a sfrangiarsi, e i materiali contenuti nell'uno come nell'altro universo contermini si muovono, trascinati dai fattori della produzione, per essere ricomposti da legislatori intenti a rintracciare, in questo incerto sommovimento, una bussola razionale di regolazione, ovvero da interpreti più o meno rigorosi nell'impiegare le tecniche dell'ermeneutica giuridica ed influenzati dalla propria ideologia.

Alla base di questi processi vi è un progressivo mutamento di paradigma del diritto del lavoro, che si è progressivamente discostato dal modello rigidamente binario di subordinazione e autonomia, per assumere una più complessa architettura normativa, arricchita di nuove fattispecie, come le collaborazioni organizzate dal committente *ex art. 2, co. 1, d. lgs. n. 81/2015* (d'ora in avanti *art. 2, co. 1*) oltre alle rivisitate collaborazioni coordinate e continuative *ex art. 409 n. 3, c.p.c.*, onde il sistema guarda alla qualificazione dei rapporti aventi ad oggetto un *facere* per altri in una logica più articolata, in cui le tutele del lavoro si spostano anche "oltre" la fattispecie di subordinazione di cui all'*art. 2094 c.c.*

Invero, il problema posto dall'incidenza dell'evoluzione tecnologica sui rapporti di lavoro non richiama semplicemente l'impiego della tecnica giuridica

in punto di qualificazione, secondo il metodo sussuntivo classico o tipologico, ma assume significati sociali e regolativi particolarmente pregnanti ed avvertiti anche dall'opinione pubblica. La questione della qualificazione, riguardando fasce più o meno ampie di lavoratori addetti ad un intero "comparto" produttivo (quello gestito dalle piattaforme digitali) assume quindi una precisa natura assiologico-teleologica, che non coinvolge solo profili di efficienza delle categorie tradizionali, interrogate per verificare l'idoneità a risolvere i problemi di qualificazione dei rapporti di lavoro nell'ambito delle forme produttive dell'economia digitale, ma attiene alla razionalità valoriale degli effetti che la qualificazione produce in termini regolativi. Un sistema giuridico del lavoro costituzionalmente orientato al valore dell'equità e della giustizia sociale non può solo possedere categorie dogmatiche (quali esse siano) in grado di ricondurre la realtà sociale entro le caselle del sistema tipologico, ma deve preoccuparsi di fornire risposte regolative che evitino di disattendere il bisogno di tutela sociale continuamente emergente nel mondo reale.

Si comprende dunque perché, a fronte dell'espandersi dell'economia *on demand* e alla crescente inadeguatezza assiologica del sistema di qualificazione binario, si stia producendo, in tutti i sistemi giuridici europei, una reazione difensiva del diritto del lavoro, che porta a leggere la realtà sociale in guisa tale da attivare le più ampie tutele giuslavoristiche, anche a costo di seguire percorsi non lineari e non sempre coerenti con il metodo classico di riconduzione della fattispecie al tipo contrattuale del lavoro subordinato. Si tratta, per certi versi, di una reazione comprensibile, anche se problematica sul piano dell'impiego della dogmatica giuridica. In tal prospettiva, gran parte della dottrina europea tende a ravvisare nel "capitalismo delle piattaforme" l'ennesima contraddizione della logica neo-liberista, in cui lo sfruttamento del lavoro attraverso le tecnologie digitali esprime il massimo potenziale di disumanizzazione e mercificazione della persona⁽¹⁾. Adottata questa postura critica, il lavoro tramite piattaforma digitale tende ad apparire vuoi come l'estremo lembo della precarizzazione del lavoro, che si realizza attraverso una micro-parcellizzazione dell'attività svolta dietro la corresponsione di micro-salari, vuoi come un'inedita forma di darwinismo sociale in cui il lavoro, nelle sue forme più professionali, viene ricondotto ad una sorta di lotteria a premi, e retribuito solo a favore dei *winners*, mentre la piattaforma resta comunque titolare del diritto di proprietà sull'opera intellettuale⁽²⁾.

(1) Cfr. M. FREEDLAND, *Le contrat de travail et les paradoxes de la précarité*, in *Rev. Dr. Trav.*, 2016, pag. 289 e segg.

(2) Cfr. W. DÄUBLER, *Challenges to Labour Law*, in A. PERULLI, a cura di, *L'idea di diritto del lavoro, oggi. In ricordo di Giorgio Ghezzi*, Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2016, pag. 503, il quale ricorda come, ai sensi del diritto tedesco, il *crowdworker* non è qualificato come un normale lavoratore subordinato.

Il riflesso incondizionato di questo genere di analisi non può che appellarsi alle consuete protezioni somministrate dal diritto del lavoro, la cui porta di accesso, in ragione del perdurante sistema binario che caratterizza i sistemi giuridici, è comunque costituita dalla qualificazione del prestatore come lavoratore subordinato. L'offensiva del diritto del lavoro si è quindi concentrata sull'impiego di dispositivi interpretativi che garantiscano la riconduzione del caso concreto all'area presidiata dalle tutele giuslavoristiche mediante l'impiego di varie tecniche, convergenti nell'obiettivo di non lasciare il prestatore sprovvisto di adeguate protezioni e garanzie: a) l'uso di test orientati ad adattare, nelle peculiari condizioni del lavoro tramite piattaforma, la *ratio* protettiva alla situazione di vulnerabilità sociale del prestatore (come il *control test* inglese, o il criterio del *service organisation* adottato dalla giurisprudenza francese); b) l'operare di presunzioni di lavoro subordinato, come accade nello stato di California mediante l'ABC test, e come si propone di generalizzare sulla base di quanto previsto dalla Raccomandazione OIL n. 198/2006⁽³⁾; c) una interpretazione teleologica ("*purposive*") della nozione di subordinazione, in cui si sommano i criteri del deficit democratico e la dipendenza economica, benché non riferibile a qualsiasi tipo di piattaforma digitale⁽⁴⁾; d) un approccio "rimediale", in grado di rispondere attraverso la giurisprudenza ai bisogni di tutela sociale anche a prescindere dall'impiego delle consuete tecniche di qualificazione della fattispecie⁽⁵⁾.

In certi casi, accanto alla mobilitazione di tecniche interpretative da parte della dottrina e della magistratura, lo stesso legislatore, consapevole delle incertezze nella qualificazione di questi peculiari rapporti, è intervenuto per fornire un *set* di tutele minime ai lavoratori delle piattaforme, di fatto realizzando un sistema selettivo e mirato di protezione che riconosce, da un lato, la difficoltà di sussumere le nuove forme di lavoro digitale entro le categorie consolidate, e, dall'altro, la necessità di assicurare alcune protezioni di base ai *platform workers* anche se autonomi. In Francia la *Loi Travail* (l. n. 1088/2016) recante "*nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs*", ha seguito questa direzione utilizzando la tecnica dell'assimilazione in modo molto debole e parziale, prevedendo l'applicazione di regole riservate ai "*lavoratori autonomi che ricorrono per l'esercizio della loro attività professionale a una o più piattaforme di messa in rela-*

(3) Cfr. V. DI STEFANO, *The rise of the "just-in-time workforce: On demand work, crowdwork and labour protection in the "gig economy"*, ILO, 2016, pag. 22.

(4) G. DAVIDOV, *Setting labour Law's Coverage: Between Universalism and Selectivity*, A. PERULLI, a cura di, *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Wolters Kluwer-Cedam, 2018, pag. 49 e segg.

(5) T. TREU, *Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della Gig economy*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 136/2017; ID., *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy*, in *Lav. Dir.*, 2017, pag. 367 e segg.

zione per via elettronica” onde, qualora la piattaforma determini le caratteristiche della prestazione di servizi forniti o del bene venduto e fissi il suo prezzo, vengono estesi al prestatore una serie di diritti normalmente non riconosciuti ai lavoratori autonomi ⁽⁶⁾. In altri sistemi, a fronte delle incertezze qualificatorie ed alla conseguente difficoltà di ricondurre le figure lavorative in esame entro le coordinate della subordinazione standard, sono state utilizzate “categorie intermedie”, come nei caso dei *workers* inglesi (categoria cui sono stati ricondotti gli autisti di *Uber*) e, in Italia, le collaborazioni coordinate continuative e il lavoro etero-organizzato ⁽⁷⁾, con un ampio dibattito dottrinale anche in merito all’impiego di questi schemi contrattuali nell’ambito del lavoro tramite piattaforme.

Anche il legislatore italiano, seguendo la prospettiva interpretativa aperta dalla sentenza della Corte d’Appello di Torino nel caso *Foodora* (confermata da Cassazione n. 1663/2020) ha espressamente sancito, con la novella dell’art. 2, co. 1, l’applicabilità della norma anche ai lavoratori che impiegano piattaforme anche digitali, consentendo in tal modo di collocare con maggior agio i *platform workers* nel cono d’ombra delle tutele del rapporto di lavoro subordinato grazie ad un dispositivo debitamente alleggerito dall’eliminazione del richiamo all’organizzazione “anche con riferimento al luogo e ai tempi di lavoro”, che aveva sollevato problemi interpretativi ostativi all’impiego della disposizione in esame nel settore dei *riders* ⁽⁸⁾.

Ma non è tutto: fatta salva l’applicazione dell’art. 2, comma 1, a favore del lavoratore etero-organizzato dalla piattaforma, il legislatore ha inteso apprestare anche una tutela minima, residuale ed inderogabile, contenuta nel Capo V-bis dedicato alla *Tutela del lavoro tramite piattaforme digitali* in cui (art. 47-bis) si fissano i livelli minimi di garanzia per i lavoratori autonomi che, tramite piattaforma, effettuano consegne di beni per conto altrui in ambito urbano e con l’ausilio di velocipedi o veicoli a motore.

In questo complesso scenario, in cui sulla mera tecnica qualificatoria prevale la necessità avvertita dall’interprete (ma anche dal legislatore) di assicurare

(6) Si tratta dell’assicurazione sociale in caso di infortuni e malattie professionali, di un diritto alla formazione professionale e alla certificazione delle competenze, ma anche di diritti collettivi come il diritto di organizzazione sindacale, una sorta di diritto sciopero inteso come peculiare strumento di tutela contro i comportamenti ritorsivi della piattaforma, ed infine dell’indennità di disoccupazione per i lavoratori che perdano le occasioni di operare sul mercato attraverso le piattaforme tecnologiche.

(7) Sia consentito anche per il dialogo critico instaurato con la dottrina e per i riferimenti bibliografici il rinvio a A. PERULLI, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, Torino, 2015, pag. 279 e segg.; A. PERULLI, *Le nuove frontiere del diritto del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 2016, pag. 11 e segg.

(8) Cfr. M. PERSIANI, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, in *Arg. Dir. Lav.*, 6, 2015, pag. 1257 e segg.

risultati regolativi socialmente adeguati ai bisogni di tutela espressi dal mondo delle piattaforme, si colloca il dibattito sulla natura giuridica del rapporto dei *rider* che operano in ambito urbano tramite piattaforme digitali. La sentenza del Tribunale di Palermo del 21 novembre 2020 relativa al caso di un *rider* di Glovo, il cui rapporto è stato riqualificato dal Giudice come subordinato ai sensi dell'art. 2094 c.c., arricchisce questo confronto interpretativo, sollevando alcune importanti questioni tecnico-giuridiche che richiedono una approfondita analisi circa il *modus procedendi* e la coerenza della decisione con il sistema giuridico complessivo. Giova subito premettere, al riguardo, una valutazione di sintesi, che sarà argomentata nel corso del presente scritto. Benchè l'opzione della subordinazione fosse naturalmente rimasta sul tappeto anche a seguito della sentenza della Suprema Corte n. 1663/2020 - che pure ha confermato la decisione della Corte d'Appello di Torino sulla qualificazione del rapporto di lavoro dei *rider* come collaboratori etero-organizzati ex art. 2, co. 1 - la sentenza palermitana non convince appieno, affastellando diverse linee di ragionamento, tutte protese a riconoscere nella figura del *rider* le stigmate della subordinazione, ma evitando di confrontarsi adeguatamente con il quadro normativo così come modificato ad opera della legge n. 128/2019, che ha novellato l'art. 2, co.1, ed introdotto, come si è detto, una disciplina minima di tutela per i *rider* autonomi.

Il Tribunale, invero, sembra unicamente interessato a far valere un unico “punto di osservazione”, che rispecchia evidentemente quel sentimento, assai diffuso anche in dottrina, secondo il quale la subordinazione racchiude un preciso “valore di posizione” ⁽⁹⁾. In tal prospettiva il punto di osservazione dell'interprete (e della sua pre-comprensione) diventa il “punto di attacco” di un percorso di rilettura della norma positiva (l'art. 2094 c.c.) alla luce della rivoluzione digitale, volto ad identificare nella piattaforma e nel suo dispositivo operativo, l'algoritmo, un “datore di lavoro” che impiega metodi di organizzazione che riflettono, sia pure in forme nuove ed atipiche, la dipendenza gerarchica e l'assoggettamento ai poteri di direzione, controllo e disciplinare che hanno forgiato la nozione di subordinazione in epoca “fordista”.

Sotto questo profilo, la sentenza sulla subordinazione del *rider* non sorprende: nessuno pensava che la vecchia nozione di subordinazione fosse andata in soffitta dopo l'entrata in vigore dell'art. 2, co. 1, sulle prestazioni etero-organizzate dal committente, né dubitava che gli interpreti avrebbero, presto o tardi, rintracciato le sue sembianze anche nel mondo della *Gig economy*. Ciò che desta molte perplessità, piuttosto, è la metodologia impiegata dal Tribunale, che nell'attività di riconduzione della fattispecie concreta a quella astratta mobilita diverse nozio-

(9) C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Adelphi, Milano, 2008, pag. 55.

ni di subordinazione: dalla “doppia alienità”, in cui il potere direttivo è sostanzialmente espunto a vantaggio di un’alterità strutturale del lavoratore rispetto all’organizzazione del lavoro ed ai suoi prodotti, alla nozione di “subordinazione attenuata”, in cui il potere direttivo, pur presente, si affievolisce sino a perdere sostanziale rilievo qualificatorio in ragione delle condizioni di relativa autonomia del prestatore (normalmente un professionista intellettuale), sino alla più tradizionale visione gerarchica incardinata sull’esercizio del potere direttivo ai sensi dell’art. 2094 c.c. Ma non basta, perché la sentenza abbonda di richiami alla giurisprudenza straniera, specie spagnola (e francese), senza tuttavia che emerga nella motivazione la consapevolezza che l’impiego di tali precedenti richiede le opportune cautele tipiche dell’analisi comparata. Come ora vedremo, infatti, la nozione di subordinazione propria di quei sistemi non è del tutto sovrapponibile a quella italiana, e così dicasi per i diversi indici di qualificazione impiegati dalla giurisprudenza, mentre non è presente una norma comparabile all’art. 2, co. 1, che impone oggi all’interprete - come riconosciuto dalla Cassazione n. 1663/2020 - di distinguere tra subordinazione (caratterizzata da etero-direzione) ed etero-organizzazione (consistente nell’integrazione funzionale del prestatore nell’organizzazione altrui).

2. La natura della piattaforma come impresa e il suo rilievo ai fini della qualificazione.

La prima questione affrontata dal Tribunale di Palermo in vista della qualificazione giuridica del rapporto di lavoro oggetto di causa attiene alle caratteristiche e alla natura giuridica delle piattaforme digitali attraverso le quali la prestazione viene resa, e ciò sul presupposto che tale analisi abbia *“inevitabili conseguenze sulla qualificazione dei rapporti di lavoro che si realizzano mediante il suo utilizzo”*.

Ora, si sarebbe tentati di replicare, su questo punto, che la natura giuridica della piattaforma in quanto “impresa” non sia affatto decisiva ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro: sia perché il nostro ordinamento giuridico conosce, e regola, *“rapporti di lavoro che non sono inerenti all’esercizio dell’impresa”* (art. 2239 Cod. Civ.), sia perché, qualora la piattaforma agisse quale semplice intermediario tra il produttore dei pasti ed i clienti-consumatori, il problema della qualificazione del rapporto dei *riders* che collaborano con l’asserito “intermediario” si porrebbe comunque ⁽¹⁰⁾, sia infine perché, nell’attuale scenario economico- produttivo,

(10) Sono debitore di tali precisazioni, del tutto condivisibili, al Prof. Mattia Persiani, che ringrazio molto. Alla luce di questa precisazione risulta incomprensibile, e comunque giuridicamente infondata, la tesi del Tribunale, secondo cui solo se la piattaforma è impresa si apre la possibilità di qualificare i suoi collaboratori come collaboratori che lavorano “per conto (e non semplicemente in nome) della piattaforma, mentre se la piattaforma fosse considerata un’attività di mera intermediazione, residuerebbe la possibilità che i prestatori lavorino tramite una organizzazione ad essi imputabile. A prescindere

l'impresa instaura una serie di rapporti di lavoro che non sono necessariamente subordinati, ma si caratterizzano per un pluralismo di figure di collaborazione di natura autonoma. A ben vedere, quindi, la questione circa le conseguenze derivanti dalla natura giuridica delle piattaforme in punto di qualificazione dei rapporti di lavoro non può certo dirsi decisiva, o addirittura "essenziale" come ritiene il Tribunale, ma neppure del tutto insignificante: almeno nella misura in cui, secondo l'*id quod plerumque accidit*, il rapporto di lavoro subordinato si svolge nell'impresa, la quale continua a costituire "l'elemento determinante della problematica del diritto del lavoro in quanto impone di tener conto e di rendere ragione della posizione che il lavoratore assume come *persona* inserita in un'organizzazione" ⁽¹¹⁾. È noto, peraltro, che il c.d. capitalismo delle piattaforme – nozione impiegata dalla sociologia economica per descrivere il fenomeno in esame – esprime un preciso mimetismo morfologico, finalizzato, tra l'altro, a spostare l'attenzione dell'osservatore dall'organizzazione del lavoro della piattaforma digitale, con i suoi vincoli e disciplinamenti delle persone, alla funzione intermediatrice o, ancor meglio, di mera "abilitatrice tecnologica" che produce un valore aggiunto limitandosi a facilitare le interazioni sociali, senza però influenzare il comportamento degli attori che impiegano quei dispositivi. Sotto questo profilo il Tribunale afferma, non senza ragione, che "*se le piattaforme possono considerarsi imprese, si apre, de facto, la possibilità che i suoi collaboratori lavorino per conto (e non semplicemente in nome) della piattaforma stessa e che, dunque, siano inseriti in una organizzazione imprenditoriale, di mezzi materiali e immateriali, di proprietà e nella disponibilità della piattaforma stessa e così del suo proprietario o utilizzatore*". Si noti che il Tribunale fa qui riferimento alla nozione di impresa, e non di "datore di lavoro" ⁽¹²⁾, onde si tratta di una valutazione sicuramente preliminare e generale, che certamente non risolve il problema della qualificazione dei rapporti di lavoro intrattenuti con la piattaforma nel senso della subordinazione, posto che, al contrario, nell'attuale sistema normativo, il riferimento all'organizzazione - e all'inserimento

dal discutibile impiego a fini qualificatori dei concetti impiegati (lavorare "per conto", lavorare tramite un'organizzazione imputabile al prestatore), è evidente che il tema della qualificazione della fattispecie prescinde *in assoluto* dalla natura giuridica del soggetto utilizzatore della prestazione, sia esso impresa, azienda, committente, organizzazione, ecc. posto che gli unici elementi decisivi e rilevanti ai fini della qualificazione sono quelli definiti dalla norma definitoria (art. 2094 c.c.), vale a dire l'assoggettamento del prestatore al potere direttivo del datore di lavoro.

(11) M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966, pag. 4, il quale precisa, comunque, che "sebbene la legge si occupi prevalentemente del lavoro nell'impresa, le dimensioni e la complessità dell'organizzazione, allo stesso modo del fine per il quale questa è costituita, non influiscano necessariamente sulla funzione assolta dal contratto di lavoro, né sugli effetti a questo riferiti" (pag. 18).

(12) Come invece scrive M. BARBIERI, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders*, in *LLI*, 2, 2020, pag. 73, che sembra sovrapporre le due nozioni (impresa e datore di lavoro).

del lavoratore nell'organizzazione imprenditoriale - non è affatto decisiva ai fini del riconoscimento della natura subordinata del rapporto, ben potendo quell'inserimento funzionale nell'organizzazione altrui condurre l'interprete verso altri schemi tipologici, in base all'apprezzamento della fattispecie concreta e dei suoi elementi fattuali (dalle collaborazioni coordinate e continuative alle collaborazioni etero-organizzate dal committente: v. *infra*).

Giova comunque rilevare come la tesi della piattaforma quale mero intermediario o abilitatrice tecnologica sul mercato sia stata ampiamente smentita, in molte occasioni, dalla giurisprudenza, non solo lavoristica. Da quando il modello della produzione di servizi tramite piattaforma si è imposto come uno dei nuovi ed emergenti mercati del lavoro su scala planetaria, la discussione dottrinale e le decisioni della giurisprudenza (anche sovranazionale) non lasciano spazio alle tesi che identificano nella piattaforma un mero intermediario, spostando invece l'attenzione sulla sua funzione tipicamente imprenditoriale e produttiva e, quindi, di utilizzatore del lavoro altrui (vuoi come datore di lavoro, vuoi come committente nell'ambito di rapporti di natura non subordinata). La stessa Corte di Giustizia, nel caso *Elite Taxi*, ha affermato che la piattaforma svolge un "servizio d'intermediazione" basato "sulla selezione di conducenti non professionisti che utilizzano il proprio veicolo ai quali tale società fornisce un'applicazione senza la quale, da un lato, tali conducenti non sarebbero indotti a fornire servizi di trasporto e, dall'altro, le persone che intendono effettuare uno spostamento nell'area urbana non ricorrerebbero ai servizi di tali conducenti. Inoltre, la Uber esercita un'influenza determinante sulle condizioni della prestazione di siffatti conducenti. In relazione a tale ultimo punto, emerge segnatamente che la Uber fissa, mediante l'omonima applicazione, se non altro il prezzo massimo della corsa, che tale società riceve tale somma dal cliente prima di versarne una parte al conducente non professionista del veicolo e che essa esercita un determinato controllo sulla qualità dei veicoli e dei loro conducenti nonché sul comportamento di quest'ultimi, che può portare, se del caso, alla loro esclusione" ⁽¹³⁾. L'attività di intermediazione della piattaforma non è, quindi, affatto neutra, ma viene esercitata attraverso la fissazione di condizioni generali di vendita per il cliente, e la predisposizione di un contratto (generalmente di prestazione di servizi, d'opera, di collaborazione coordinata e continuativa) tra la piattaforma e il prestatore, mediante il quale la prima manifesta il proprio predominio sul piano dei rapporti contrattuali, ed esercita, di conseguenza, ampie e penetranti prerogative giuridiche di organizzazione delle prestazioni.

(13) CGE, 20 dicembre 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi contro Uber Systems SpainSL*, C-434/15, punto 39.

Non dimentichiamo, infine, che il legislatore ha recentemente definito i tratti caratteristici della piattaforma digitale nell'ambito di una disciplina che ha ad oggetto "livelli minimi di tutela per i lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore", ai sensi del quale si considerano piattaforme digitali "i programmi e le procedure informatiche utilizzati dal committente che, indipendentemente dal luogo di stabilimento, sono strumentali alle attività di consegna dei beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione" (art. 47 bis, co. 2, come introdotto dall'art. 1, l. n. 128/2019). Il Tribunale di Palermo si è totalmente disinteressato di questa normativa, che, benché applicabile *ratione temporis* al caso di specie, non viene neppure richiamata *per incidens*, così come nessun richiamo è svolto all'art. 2, co. 1, e alla possibilità di ricondurre la fattispecie concreta nell'alveo di quella disposizione: come se il Giudicante operasse all'interno di un sistema normativo connotato unicamente dalla presenza dell'art. 2094 c.c. da una parte, e dell'art. 2222 c.c. dall'altra.

Approfondiremo più avanti questi limiti della sentenza. Vale ora rilevare che la disposizione di legge qui richiamata, riferendo il proprio ambito di applicazione a "lavoratori autonomi", dia per presupposta la corretta e genuina riconduzione del rapporto ad un'area esterna rispetto a quella presidiata dall'art. 2094 c.c. Al contempo, tuttavia, è difficile non avvedersi che la norma definitoria della piattaforma digitale contiene alcuni inequivoci riferimenti ad alcune caratteristiche del rapporto di lavoro, vale a dire la definizione del compenso e, soprattutto, la *determinazione* delle condizioni di esecuzione della prestazione da parte della piattaforma, onde il disposto, identificando le prerogative unilaterali del committente, inevitabilmente finisce per *interferire* con il profilo della qualificazione dei rapporti di lavoro dei *riders*, in coerenza con lo schema delle collaborazioni etero-organizzate ex art. 2, co. 1, il cui rilievo applicativo *in subiecta materia* è addirittura "fatto salvo" nell'incipit dell'art. 47-bis.

È anche vero, per altro verso, che la norma definitoria della piattaforma, nel suo raccordo con l'art. 2, comma 1, pone un problema di coordinamento sistematico che si traduce in una grave contraddizione sotto il profilo della razionalità intrinseca del disposto: infatti, l'enunciato definitorio di cui all'art. 2, comma 1, relativo alla organizzazione delle condizioni di esecuzione della prestazione, e quello che connota le prerogative della piattaforma ex art. 47-bis, comma 2, attinente alla determinazione delle modalità di esecuzione della prestazione, sono sostanzialmente sovrapponibili, ed impediscono operazioni differenzianti in base a manipolazioni ermeneutiche della lettera della legge. Di conseguenza, se ai sensi dell'art. 47-bis co. 2, le piattaforme digitali *determinano* le modalità di esecuzione della prestazione fissandone il compenso, il relativo rapporto di lavoro dovrebbe

be venire ricondotto nell'ambito di applicazione dell'art. 2, comma 1 (essendo senz'altro integrato il requisito dell'organizzazione delle modalità di esecuzione della prestazione, in quanto *determinate* dalla piattaforma), con applicazione di tutte le tutele del rapporto di lavoro subordinato (non solo quelle minimi previste dal Capo V-bis), ciò che renderebbe, però, del tutto inutile l'aver stabilito selettivamente i previsti livelli minimi di tutela di cui al Capo V bis.

Tale difetto di coordinamento determinatosi nell'ambito del medesimo testo normativo può venire razionalizzato sulla base di due elementi di analisi. Il primo riguarda un criterio di differenziazione tra la fattispecie dell'art. 2, comma 1, e quella dell'art. 47-bis, consistente in ciò che mentre il rapporto di lavoro etero-organizzato è necessariamente *continuativo*, l'art. 47-bis non richiama questo requisito, onde, benché tenue, un primo fattore distintivo tra le due fattispecie e relative discipline può essere rintracciato nella distinzione tra prestazioni etero-organizzate continuative e lavoro autonomo etero-organizzato occasionale. Il secondo elemento da prendere in considerazione riguarda il caso in cui le tutele previste dall'art. 2, comma 1, vengano diversamente modulate dalla contrattazione collettiva, rispetto alla quale il legislatore ha inteso definire una *disciplina minima, intangibile dalla stessa autonomia collettiva nell'esercizio della sua funzione derogatoria ex art. 2, comma 2*. In sostanza, il lavoratore della piattaforma, avrà diritto – se ricorrono le condizioni di etero-organizzazione delle modalità di esecuzione della prestazione univocamente poste dagli artt. 2, comma 1, e 47-bis, comma 2 – alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato, ovvero, in caso di intervento dell'autonomia collettiva ai sensi dell'art. 2, comma 2, alla diversa regolamentazione stabilita dalle parti sociali, le quali non potranno tuttavia disattendere *la disciplina minima di fonte legislativa* contenuta nel Capo V-bis, che assume quindi carattere *inderogabile* (perché non è nella disponibilità dell'autonomia collettiva) e, al contempo, *residuale* (perché si applica solo qualora non trovi applicazione l'art. 2, comma 1).

3. Il diritto comparato: un metodo delicato.

Uno degli elementi innovativi della decisione del Tribunale di Palermo riguarda l'impiego di ampi richiami alla giurisprudenza straniera in materia di qualificazione dei *riders* come lavoratori subordinati. Benché sia certo utile e culturalmente apprezzabile il riferimento al diritto comparato anche nell'ambito delle decisioni di giustizia nazionali, bisogna rilevare che la giustificazione addotta dal Tribunale per tenere in considerazione i principi espressi dalla giurisprudenza straniera è del tutto inconferente: né la "*natura internazionale delle piattaforme*" né le caratteristiche del "*lavoro svolto mediante le stesse*" possono avere rilievo nell'ambito del processo di qualificazione, che rimane saldamente ancorato al perimetro definitorio della nozione di subordinazione.

La “natura internazionale delle piattaforme” non ha alcuna rilevanza ai fini della qualificazione dei rapporti di lavoro, posto che ciascuna società nazionale adotta la propria organizzazione del lavoro, adattandola alle circostanze e all’ambiente normativo in cui si colloca l’attività produttiva, a nulla rilevando la dimensione multinazionale dell’attore economico. Del pari, il “lavoro svolto dai *rider*”, pur analogo nei diversi contesti nazionali, deve essere valutato non in astratto, come se si trattasse di un paradigma transnazionale omogeneo ai fini di una altrettanto omogenea qualificazione dei rapporti di lavoro, ma in relazione alle norme definitorie (ove esistenti) o agli orientamenti giurisprudenziali, sulla base dei quali, in una prospettiva sistematica, si attua il processo logico-giuridico di qualificazione. In luogo di richiamare in questi termini la giurisprudenza straniera, impiegando direttamente nella motivazione passaggi argomentativi tratti da sentenze spagnole e francesi, il Tribunale avrebbe dovuto praticare con maggiore prudenza il metodo comparativo, mettendo appunto in comparazione i sistemi giuridici entro i quali quelle sentenze vengono adottate, con la consapevolezza che, specie in materia di subordinazione, l’analisi dei sistemi comparati deve essere particolarmente attenta. Non a caso, quando l’Organizzazione Internazionale del Lavoro, nel 2006, ha adottato la Raccomandazione n. 198 sul rapporto di lavoro, ha indicato ben quindici criteri o elementi di qualificazione del contratto di lavoro, a dimostrazione della complessità e diversità degli indici impiegati nei diversi sistemi giuridici, anche quelli apparentemente più prossimi, come la Francia o la Spagna. Se avesse adottato questa precauzione comparativa, l’interprete si sarebbe avveduto che non è possibile fondare una decisione italiana su tesi interpretative espresse dalla giurisprudenza straniera, per il semplice motivo che diversi sono i presupposti normativi di partenza, e che, come insegna la migliore dottrina comparatista europea, “la subordinazione è un concetto che è concepito diversamente da paese a paese” ⁽¹⁴⁾.

Il principale sostegno tratto dal Tribunale di Palermo per giustificare la propria decisione riguarda una sentenza della Corte Suprema spagnola, laddove si afferma che *“nella società postindustriale il concetto di dipendenza è diventato più flessibile. Le innovazioni tecnologiche hanno favorito la nascita di sistemi di controllo digitalizzati per la prestazione di servizi. L’esistenza di una nuova realtà produttiva obbliga ad adattare i concetti di dipendenza e di alienità alla realtà*

(14) B. WAAS, G. HEERMA VAN VOSS, *Restatement of Labour Law in Europe*, Volume I, *The Concept of Employee*, p. xlv. Sembra di diversa opinione M. BARBIERI, op. cit., pag. 78, il quale riporta una serie di definizioni relative a paesi europei (Francia esclusa) che avrebbero adottato una nozione “del tutto simile a quella dell’art. 2094 c.c.”; ma così non pare, leggendo le stesse definizioni riportate dall’A. (quantomeno per quanto riguarda quelle relative a Olanda, Svizzera e Spagna, mentre una maggiore assonanza è riscontrabile nelle definizioni del Belgio e della Finlandia).

sociale del tempo in cui le norme devono essere applicate”⁽¹⁵⁾. Secondo il Tribunale, queste argomentazioni sarebbero “*in modo evidente comuni anche al nostro ordinamento*”, e consentirebbero, di conseguenza, di ravvisare gli elementi della subordinazione nella fattispecie oggetto di causa. Tale affermazione lascia molto perplessi, sia per la generalità e superficialità dell’osservazione sociologica, del tutto inconferente ai fini qualificatori, sia – ed è ciò che più conta – per la diversa nozione di subordinazione adottata dal legislatore spagnolo rispetto a quella riferibile al sistema italiano.

Sotto il primo profilo, è sufficiente rilevare che una così ingenua prospettazione evolutiva non può certo essere accolta, e soprattutto entrare nelle aule di un Tribunale. Non è vi è alcuna automatica corrispondenza tra evoluzione della realtà materiale e dover essere giuridico, né sotto il profilo legislativo né sotto quello interpretativo, specie se il quadro normativo oggettivamente dato non consente di operare in via ermeneutica l’auspicato adattamento della razionalità strumentale nei processi di qualificazione. Ragionare diversamente equivale ad identificare il diritto con il mero “dato” sociale, e quindi a ricondurre la norma qualificatoria ad un “rapporto di forza”, tale per cui tutto ciò che riesce ad affermarsi nella sfera dell’essere costituisce diritto. Ma una simile concezione “realista” della subordinazione non è conforme al sistema giuridico e ai suoi ineliminabili (per quanto interpretabili) elementi normativi di diritto positivo italiano, i quali, nella loro razionalizzazione teorica di situazioni pre-giuridiche (fattuali)⁽¹⁶⁾, attengono all’etero-direzione della prestazione, vale a dire all’esercizio del potere direttivo dell’imprenditore come potere unilaterale di conformazione della prestazione che depriva il lavoratore di autonomia nell’ambito della sua attività prestatoria.

Sotto il secondo profilo, relativo alla diversa nozione di subordinazione adottata dal sistema spagnolo, è ancor più rilevante osservare come il riferimento della Suprema Corte ai concetti di “dipendenza e alienità” ben si attaglia al disposto di cui all’art. 1 dell’*Estatuto de los Trabajadores*, laddove l’*alienidad* si configura come un requisito fondamentale del contratto di lavoro⁽¹⁷⁾, posto che la normativa statutaria si applica “ai lavoratori che volontariamente prestano la loro attività retribuita *per conto altrui*” e “nell’ambito dell’organizzazione e della direzione di un’altra persona fisica o giuridica”. Ma non basta, perché l’ordinamento spagnolo, diversamente da quello italiano, prevede una *presunzione di subordinazione* relativa a tutti coloro che prestano servizio per conto altrui, nell’ambito di una orga-

(15) TS, sentenza n. 805/2020.

(16) Cfr. M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione*, Giuffrè, Milano, 1985, pag. 66 e segg.

(17) Cfr. F. MARTELLONI, op. cit.

nizzazione e direzione altrui (art. 8, co. 1); tale presunzione, di carattere generale e applicabile anche al campo della sicurezza sociale, viene utilizzata diffusamente per qualificare attività la cui natura giuridica è ambigua o di difficile classificazione ⁽¹⁸⁾, in particolare, per quanto qui interessa, nell'ambito delle prestazioni di lavoro tramite piattaforma ⁽¹⁹⁾.

Entrambe le norme contengono un riferimento ai requisiti di "alienità" (intesa come prestazione resa a favore di altri) e di "organizzazione", oltre che di "direzione", la cui compresenza consente, in rapporto a quanto previsto dall'art. 2094 c.c., di ricavare una diversa e più ampia nozione di subordinazione, comprensiva di "alienità", "organizzazione" e "direzione", da cui la dottrina del *Tribunal Supremo* sulla necessità di valorizzare in modo congiunto gli indici di "dipendenza" e di "alienità" ai fini qualificatori. Tanto la dipendenza quanto la alienità, precisa il *Tribunal Supremo*, sono concetti "di un livello di astrazione sufficientemente elevato da manifestarsi in modo diverso secondo le attività e modi di produzione", consentendo di riconoscere con una certa larghezza il "vincolo lavorativo" tipico della subordinazione ⁽²⁰⁾. In questa prospettiva, peraltro, il *Tribunal Supremo* ha vieppiù allentato le maglie di una interpretazione rigida di "dipendenza" e "alienità" basata sulla presenza cumulativa dei due requisiti, aprendo ad una nozione ancor più ampia di subordinazione, sostanzialmente identificabile ogniquale volta il prestatore non disponga di una propria organizzazione imprenditoriale, e risultati, quindi, inserito in una organizzazione altrui, con la conseguenza – impensabile in base al diritto italiano – di qualificare un rapporto come subordinato in ragione della circostanza che "le decisioni relative i rapporti di mercato e le relazioni con il pubblico vengono assunte dall'imprenditore, e non dal lavoratore". Come dire che il *Tribunal Supremo* ha finito per adottare una postura interpretativa "finalista" tale da consentire l'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato "a qualsiasi prestazione di servizi resa personalmente, sia essa subordinata o meno" ⁽²¹⁾.

Alla luce di queste necessarie precisazioni del quadro normativo e dell'evoluzione giurisprudenziale si possono apprezzare le sostanziali differenze con il sistema italiano, che ha imboccato una diversa via per assecondare il processo

(18) B. WAAS, op. cit., pag. lviii.

(19) Cfr. M. LOPEZ BALAGUER, *Trabajo en plataformas digitales en España: primeras sentencias y primeras discrepancias*, in *LLI*, Vol. 4, No. 2, 2018, pag. 53 e segg. (qui pag. 57).

(20) TS, 3 novembre 2014.

(21) Cfr. A. TODOLÍ SIGNES, *Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista*, in *Revista de relaciones laborales*, n. 41, 2019, pag. 14 e segg., il quale riferisce che la ragione per cui il rapporto di lavoro dei lavoratori delle piattaforme deve ricadere nell'ambito della disciplina del diritto del lavoro consiste in ciò, che tali soggetti non sono "imprenditori con un potere negoziale".

espansivo del diritto del lavoro, utilizzando non il formante giurisprudenziale, ma quello legislativo, attraverso una norma, l'art. 2, co.1, che ha sostanzialmente ampliato il campo di applicazione del diritto del lavoro senza agire sulla norma definitoria della subordinazione, ma adottando la tecnica dell'estensione (o assimilazione) della relativa disciplina a rapporti collocati al di fuori del perimetro di cui all'art. 2094 c.c. Il ragionamento comparato deve, peraltro, essere completato con riferimento alla diversa connotazione normativa delle figure contermini alla subordinazione in senso stretto, vale a dire l'area del lavoro autonomo economicamente dipendente in Spagna e quello delle collaborazioni (etero-organizzate ex art. 2, co. 1, e coordinate e continuative ex art. 409, n. 3, c.p.c.) in Italia, mettendo in luce le diverse concezioni che riguardano anche tale ambito regolativo. Or bene, in Spagna il lavoratore autonomo economicamente dipendente (*TRADE*) - solo apparentemente corrispondente al nostro prestatore parasubordinato - non può assolutamente risultare *etero-organizzato*, come invece accade per il collaboratore ex art. 2, co.1, né coordinato, come avveniva ⁽²²⁾ per il collaboratore ex art. 409, n. 3, c.p.c. ⁽²³⁾; di conseguenza, ai sensi di quella normativa, è sufficiente che

(22) Come è noto, infatti, con dell'art. 15 della legge n. 81/2017, statuendo che "La collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa", ha collocato il coordinamento all'interno di un programma negoziale stabilito consensualmente dalle parti, diversamente dalla prerogativa *unilaterale* di organizzazione delle modalità esecutive della prestazione di cui all'art. 2, comma 1. Nel programma contrattuale ex art. 409, n. 3, c.p.c., viene quindi non solo predefinita consensualmente l'opera o il servizio richiesto, ciò costituendo il contenuto dell'obbligazione pattuita nella fase formativa del contratto e senza che ciò implichi l'inserimento del prestatore nell'organizzazione del committente, ma anche i modi di coordinamento tra il prestatore e l'attività del committente. Come dire che il coordinamento si manifesta, in mancanza di esercizio del potere direttivo o di etero-organizzazione, nella semplice concatenazione di successive prestazioni che, in base ad elementi predeterminati *ex ante* dalle parti nel programma negoziale, sono volte alla realizzazione dell'interesse complessivo del committente; distinguendosi quindi nettamente dalla situazione di etero-organizzazione (art. 2, comma 1) in cui l'autonomia nell'esecuzione della prestazione è fortemente compromessa (se non del tutto esclusa) in ragione dell'esercizio di una prerogativa unilaterale del creditore. Tale interpretazione sistematica ha ricevuto l'avvallo della Corte di Cassazione (n. 1663/2020), la quale, una volta ricondotta l'etero-organizzazione ad "elemento di un rapporto di collaborazione funzionale con l'organizzazione del committente", evidenzia "la differenza rispetto ad un coordinamento stabilito di comune accordo dalle parti che, invece, nella norma in esame, è imposto dall'esterno, appunto etero-organizzato" (punto 32; lo stesso concetto è ribadito al punto 53 della sentenza).

(23) Il legislatore spagnolo ha infatti disatteso l'indicazione, proveniente dal comitato tecnico, che suggeriva di adottare, in sede di definizione della figura di lavoratore economicamente dipendente, i criteri dell'art. 409, n. 3, c.p.c. italiano, con la conseguenza che l'unica caratteristica che contraddistingue il *TRADE* dal resto dei lavoratori autonomi è lo *status* di dipendenza economica, consistente nel percepire dal committente principale almeno il 75% delle entrate, quale reddito da attività economica o professionale: cfr. A. VALDÉS ALONSO, *El concepto de trabajador autónomo económicamente dependiente*, in J. CRUZ VILLALÓN, F. VALDÉS DAL-RÉ (Directores), *El Estatuto del Trabajo Autónomo*, Wolters Kluwer, 2008, pag. 197 e segg.; vedi anche A. MONTYA MELGAR, *El contrato del TRADE. La Ley y el Reglamento*, Thomson Reuters, 2009, pag. 48.

la prestazione di lavoro sia etero-organizzata per escludere la natura autonoma del rapporto, laddove, nell'ordinamento italiano, se la prestazione è etero-organizzata ben può, in assenza di etero-direzione, essere qualificata come autonoma (benchè gli effetti di tale qualificazione comportino l'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato). Difatti, per essere qualificato come *TRADE*, il lavoratore dovrà disporre di un'"infrastruttura produttiva" e di "materiali propri" necessari all'esercizio dell'attività e indipendenti da quelli del proprio committente (art. 11, comma 2, lett. c), ed inoltre essere in grado di svolgere l'attività *secondo criteri organizzativi propri* (art. 11, comma 2, lett. d). La caratteristica di auto-organizzazione del *TRADE*, che partecipa alla più generale definizione di lavoratore autonomo come persona fisica che realizza un'attività "al di fuori dell'autorità di direzione o organizzazione di un'altra persona" (art. 1, comma 1), rafforza l'idea secondo cui tale prestatore appartiene ad una *species* del *genus* lavoro autonomo, nella misura in cui deve disporre di un potere decisionale autonomo relativamente alle modalità di organizzazione e di fornitura del proprio servizio; ed è per questo motivo che la giurisprudenza spagnola ha negato al *rider* la qualifica di *TRADE*.

Come si vede, lo scenario normativo in cui si colloca la richiamata decisione del *Tribunal Supremo* è sensibilmente diverso da quello che caratterizza il sistema italiano, onde la pretesa di trapiantare il senso di quella decisione in un diverso contesto legislativo equivale ad impiegare in modo giuridicamente scorretto la comparazione giuridica.

Mutatis mutandis, analoghe considerazioni valgono per il richiamo alla giurisprudenza francese sul *service organisé*. È anzitutto necessario ricordare che il sistema francese, pur offrendo all'interprete un vero e proprio *Code du Travail*, non conosce una nozione legale di subordinazione, la cui morfologia giuridica è affidata alla giurisprudenza e alla sua evoluzione. Già questa considerazione, nella sua semplicità, dovrebbe rendere avvertito colui che si pone in ascolto con l'esperienza d'oltr'alpe, della diversità strutturale tra i due sistemi, l'uno basato su una norma definitoria di legge (art. 2094 c.c.), l'altro su un concetto di elaborazione giurisprudenziale. La principale conseguenza di tale diverso assetto delle fonti in punto di definizione della fattispecie consiste in ciò, che la giurisprudenza francese è molto più libera di adottare un approccio interpretativo-creativo nella misura in cui non deve confrontarsi con un *testo di legge*, sviluppando quindi con maggior agio la propria funzione creativa (e quindi anche la propria funzione di ri-scrittura ermeneutica di un concetto da lei stessa nel tempo elaborato), ciò dipendendo, in modo decisivo, dalla mancanza di definizioni legislative di subordinazione, al pari di quanto accade, del resto, con certi approcci "*purposive*" della tradizione di *common law*. Ma non basta, perché, al fine di una corretta compa-

razione tra i due sistemi, è necessario aggiungere che in Francia, diversamente da quanto accaduto in Italia e in Spagna, non è stata mai adottata una disciplina dei rapporti di lavoro “parasubordinati”, o “economicamente dipendenti”, né esiste una norma paragonabile all’art. 2, co.1, onde la nozione giurisprudenziale di subordinazione, dilatata attraverso l’indice del *service organisé*, si contrappone nettamente e senza residui alla nozione di lavoro autonomo. È vero che anche in Francia operano meccanismi di assimilazione parziale di talune forme di lavoro autonomo (e addirittura imprenditoriale) al lavoro subordinato, grazie ai quali il legislatore estende la disciplina del *Code du Travail* oltre il perimetro della subordinazione giuridica, ma tale tecnica estensiva prescinde completamente dalla individuazione di un vincolo di subordinazione, e si fonda sulla constatazione che i lavoratori autonomi contemplati versano in una situazione di “dipendenza economica” (e parzialmente “organizzativa”) tale da giustificare una loro (limitata o totale, a seconda dei casi) assimilazione ai lavoratori subordinati ⁽²⁴⁾.

Il Tribunale di Palermo, senza riflettere sulle conseguenze interpretative ed applicative che necessariamente discendono dall’analisi di un sistema normativo che si è assestato in modo alquanto diverso rispetto a quello italiano, e senza adottare alcuna precauzione comparativa, si ispira direttamente ad una sentenza della *Cour de cassation* 4 marzo 2020, n. 374, riguardante un caso *Uber*, laddove la Corte ha ritenuto di rispolverare, ai fini della qualificazione, il concetto di “servizio organizzato”, invero da tempo ricondotto a semplice *indice* tra i tanti impiegati dalla giurisprudenza francese per identificare in concreto la sussistenza del *lien de subordination* ⁽²⁵⁾. Il criterio del *service organisé* propone una visione allargata della subordinazione, svincolata dall’esercizio del potere direttivo; pur presentando qualche assonanza con la nozione di lavoro etero-organizzato conosciuta dal legislatore italiano (art. 2, co. 1), il concetto di inserimento del lavoratore nel servizio organizzato (nel caso di specie un autista) conduce alla qualificazione del rapporto nel senso della subordinazione, laddove la nozione italiana di etero-organizzazione indica un rapporto di lavoro autonomo. Mentre il primo è un indice di subordinazione elaborato dalla giurisprudenza, soggetto come tale ad alterne fortune in ragione dei mutevoli orientamenti delle Corti, ed in questo caso specifico utilizzato per adattare la nozione di subordinazione al contesto tec-

(24) V. G. J. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendence. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, LJDJ, Paris, 1986, pag. 182.

(25) Tale criterio, nella giurisprudenza francese, ha trovato tuttavia una battuta d’arresto con la celebre decisione *Société Générale* (Cass. Soc. 13 novembre 1996) che ha riaffermato la centralità del potere direttivo (anche solo in modalità programmatica: cfr. la sentenza *Société Humanitaire*, Cass. Soc. 15 ottobre 1998), degradando il *service organisé* a mero indice fra i tanti. Sia consentito il rinvio a A. PERULLI, *Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work: A Comparative Analysis of Selected European Countries*, op. cit., pag. 151 e seg. e pag. 160 e seg.

nologico delle piattaforme digitali ⁽²⁶⁾, il lavoro etero-organizzato è un concetto di fonte legislativa, che non modifica la nozione di subordinazione, ponendosi come estrema propaggine del lavoro autonomo reso in condizioni di “dipendenza organizzativa”. Ora, se la nozione francese di *lien de subordination* permette all’interprete di elaborare criteri alternativi di qualificazione - in particolare quello del “servizio organizzato” - del tutto sganciati dall’esercizio del potere direttivo, nel nostro ordinamento la nozione di subordinazione *ex art. 2094 c.c.* è indissolubilmente legata all’etero-direzione. Non a caso, nella fattispecie esaminata dal Tribunale di Palermo, emerge più volte il riferimento alla “etero-organizzazione”, che il Giudicante vorrebbe leggere “alla francese”, ma non manca il riferimento anche al potere direttivo, asseritamente esercitato dalla piattaforma. Se la prima affermazione è certamente convincente, in quanto il lavoratore è sicuramente condizionato dall’algoritmo nella fase esecutiva del rapporto, onde può dirsi etero-organizzato *ex art. 2, co. 1*, assai meno convincente, per le ragioni che ora vedremo, è l’affermazione secondo la quale il prestatore sarebbe, al contempo, assoggettato ad etero-direzione *ex art. 2094 c.c.*

4. Le nozioni di subordinazione richiamate dal Tribunale di Palermo e il sistema normativo: problemi di (in)coerenza.

Per giustificare la sua conclusione, e sottrarre il rapporto *de quo* alla qualificazione ai sensi dell’art. 2, co. 1, il Tribunale di Palermo mobilita tutte le possibili nozioni di subordinazione, dalla “doppia alienità” alla “subordinazione attenuata”, senza la precisa consapevolezza che si tratta di nozioni non coincidenti ed anzi, per certi versi, addirittura antitetiche. L’eclettismo metodologico rischia così di trasformarsi in una coesistenza di concetti eterogenei, un po’ frettolosamente assemblati dal Giudicante per giustificare la propria decisione ⁽²⁷⁾.

La tesi della subordinazione come “doppia alienità”, cioè alienità del risultato e alienità dell’organizzazione dovrebbe esprimere un concetto di subordinazione non semplicemente quale “*modo di essere della prestazione dedotta in contratto*”, rappresentando una qualificazione della prestazione “*derivante dal tipo di regolamento di interessi prescelto dalle parti con la stipulazione di un contratto di lavoro, comportante l’incorporazione della prestazione di lavoro in una organizzazione produttiva sulla quale il lavoratore non ha alcun potere di controllo*,”

(26) Cour de Cassation, Chambre Sociale, n. 374, 4 mars 2020, in *RDT*, 12, 2018, pag. 820, con *Observation* di T. PASQUIER. Secondo la Corte, quando l’autista si connette alla piattaforma *Uber*, viene integrato in “servizio organizzato”.

(27) Pur nell’ambito di un commento assai favorevole, lo stesso M. BARBIERI, op. cit., pag. 80, giudica questo richiamo alla doppia alienità come “forse esorbitante”, e quello alla subordinazione attenuata come “del tutto eterogeneo al caso concreto” (pag. 85).

essendo costituita per uno scopo di ordine al quale egli non ha alcun interesse (individuale) giuridicamente tutelato". Come è noto la nozione riportata dal Tribunale, frutto di una notissima elaborazione dottrinale ed in seguito riversata dal suo autorevole estensore, divenuto giudice costituzionale, in una sentenza della Consulta ⁽²⁸⁾, è stata accolta con entusiasmo da una parte della dottrina, ma non ha mai rappresentato un reale e praticabile viatico per applicare l'art. 2094 c.c. in una prospettiva evolutiva, per la semplice ragione che sostanzialmente prescinde dal dato normativo offerto dalla norma codicistica, incardinata sull'elemento dell'assoggettamento del prestatore ad etero-direzione. Tanto è vero che lo stesso giudice delle leggi, in una più recente pronuncia, ha ribadito che ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro nell'alveo della subordinazione rileva esclusivamente l'esercizio del potere direttivo, il quale, *"pur nelle multiformi manifestazioni che presenta in concreto a seconda del contesto in cui si esplica e delle diverse professionalità coinvolte, si sostanzia nell'emanazione di ordini specifici, inerenti alla particolare attività svolta e diversi dalle direttive d'indole generale, in una direzione assidua e cogente, in una vigilanza e in un controllo costanti, in un'ingerenza, idonea a svilire l'autonomia del lavoratore"* ⁽²⁹⁾. Si tratta, secondo la Corte, di elementi caratteristici del potere direttivo che non possono "sbiadire in mero coordinamento della prestazione" ⁽³⁰⁾, onde è evidente – se si vuole rimanere saldamente ancorati al dettato legislativo – che ogni teorizzazione dei criteri di identificazione della fattispecie di subordinazione che prescindono da tale dato si pone non solo al di fuori del perimetro disegnato dal diritto vivente, ma pure da quello imperativamente vigente. Peraltro, è del tutto evidente che la norma di cui all'art. 2, co. 1 - inspiegabilmente del tutto ignorata dal Tribunale di Palermo - abbia ulteriormente spinto *ab externo* la nozione di subordinazione entro i rigorosi limiti indicati dalla Consulta nella sentenza n. 76/2015, imponendo all'interprete di distinguere tra etero-direzione ed etero-organizzazione. È ciò che ha indicato sul piano metodologico la Cassazione nel caso *Foodora* (Cass. n. 1663/2020) laddove, rigettando la tesi della "norma apparente", ha affermato che *"i concetti giuridici, in specie se direttamente promananti dalle norme, sono convenzionali, per cui se il legislatore ne introduce di nuovi l'interprete non può che aggiornare l'esegesi a partire da essi"* (punto 17 della sentenza, c.m.). Invero, con l'introdu-

(28) Corte cost. 5 febbraio 1996, n. 30.

(29) Corte cost. 76 del 7 maggio 2015.

(30) L'ambito della subordinazione, ai sensi dell'art. 2094 c.c., resta contrassegnato dal potere unilaterale di conformazione della prestazione in capo al datore di lavoro, e tale potere si distingue qualitativamente sia dalle prerogative di "istruzione" presenti in alcune fattispecie tipiche di lavoro autonomo, sia dal "coordinamento" previsto dall'art. 409, n. 3, c.p.c., per le collaborazioni coordinate e continuative, sia dal potere di etero-organizzazione di cui all'art. 2, comma 1.

zione delle collaborazioni etero-organizzate dal committente ad opera dell'art. 2, co. 1, l'interprete che non intenda negare il diritto positivo è quindi tenuto a prendere atto di questa necessaria distinzione normativa, calibrando di conseguenza la propria attività ricostruttiva. Ed è evidente che la prospettiva della "doppia alienità" è del tutto estranea al quadro normativo attuale, perché non ha alcuna attinenza con il dettato legislativo e con le sue più recenti evoluzioni. Peraltro, la stessa innovazione rappresentata dall'art. 2, co. 1, ha di fatto decretato la fine di qualsivoglia pretesa di rileggere la subordinazione alla luce della tesi della doppia alienità, posto che quest'ultima è oggi "senza dubbio comune a due diverse fattispecie: il lavoro subordinato ex art. 2094 e le collaborazioni etero-organizzate ex art. 2, comma 1", onde non è affatto utile a distinguere due figure che, pur equiparate *quoad effectum*, conservano il discrimine costituito dalla diversità dei poteri unilaterali (direttivo nel primo caso, organizzativo nel secondo) riconosciuti al creditore della prestazione ⁽³¹⁾. Come dire, insomma, che sul piano del diritto positivo attuale, anche volendo adottare la nozione di doppia alienità, non si potrebbe più ridefinire *su questa base* la nozione di subordinazione, essendo il concetto di "doppia alienità" indifferentemente applicabile alla fattispecie di cui all'art. 2094 c.c. così come a quella di cui all'art. 2, co. 1.

Sicuramente più pertinente, in astratto - se non altro perché esprime un consolidato orientamento giurisprudenziale - è il richiamo alla nozione di subordinazione attenuata, che ha realizzato una ri-modulazione morfologica del concetto di potere direttivo, analogamente, del resto, a quanto avvenuto in altri sistemi giuridici europei, dalla Francia alla Germania. In questa prospettiva, del tutto compatibile con lo schema dell'art. 2094 c.c., lo sforzo giurisprudenziale di adattare il campo di applicazione della disciplina giuslavoristica a forme di attività caratterizzate da una particolare autonomia decisionale e spirito di iniziativa (come, ad esempio, nel caso del lavoro giornalistico) non ha offuscato ma, al contrario, confermato la funzione dell'etero-direzione nella sua dimensione di intensità variabile, morfologicamente instabile, ma comunque percepibile sul piano del dover essere normativo ⁽³²⁾. Ciò, tuttavia, non consente di affermare che il nostro sistema abbia conosciuto un'evoluzione (giurisprudenziale, né tantomeno legislativa) tale da ritenere che il potere direttivo, inteso come assoggettamento a direttive ed ordini specifici dell'autorità datoriale, non rappresenti più il criterio principale di identificazione della subordinazione, e che quest'ultima, in ragione degli sviluppi tecnologici e della progettazione di nuovi contesti organizzativi

(31) Cfr. in tal senso F. MARTELLONI, *Il ragazzo del secolo scorso. Quando il rider è lavoratore subordinato a tempo pieno e indeterminato*, in *Questione Giustizia*.

(32) Sia consentito il rinvio a A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, Milano, 1991, pag. 348 e seg.

(cioè di dati *extra-normativi*) debba essere concepita come assoggettamento del lavoratore ad un più ampio e generico potere “di organizzazione”, e ciò per la decisiva ragione – del tutto obliterata dal Tribunale di Palermo – che l’introduzione dell’etero-organizzazione come concetto di diritto positivo ulteriore e diverso dal potere direttivo previsto dall’art. 2094 c.c., impone necessariamente un’opera di rivisitazione del relativo concetto di subordinazione. Quest’ultima, a prescindere dalla sua valenza “organizzativa”⁽³³⁾, deve essere reinterpreta per escludere che sia riconducibile al puro e semplice elemento dell’organizzazione delle modalità esecutive della prestazione di lavoro (come recita, oggi, l’art. 2, co.1); e ciò per la decisiva circostanza che quest’ultimo concetto (etero-organizzazione) è divenuto per volontà del legislatore un elemento tipologico, o comunque specifico e caratterizzante, di una *diversa fattispecie* o schema logico-giuridico, irriducibile (per quanto contermine) a quello dell’art. 2094 c.c.⁽³⁴⁾

(33) Nella tradizionale accezione giuslavoristica di matrice contrattualistica, l’organizzazione del lavoro altrui, priva di reali connotazioni normative (cfr. M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, op. cit., pag. 324), è stata relegata a denotare un micro-sistema fattuale di rapporti giuridicamente irrilevanti (cfr. M. GRANDI, *L’attività sindacale nell’impresa*, Giuffrè, Milano, 1976, pag. 331). Le relazioni interindividuali di lavoro nell’impresa, pur se colte nella loro innegabile integrazione organizzativa non emergono nel mondo del diritto “globalmente” considerate (cfr. G. GHEZZI, *La mora del creditore*, Giuffrè, Milano, 1965, pag. 21) e si pongono come relazioni laterali di mero fatto tra lavoratore e lavoratore. L’organizzazione è infatti elemento che si pone fuori dal contratto, venendo ad esistere concettualmente quale riflesso dei poteri e dei doveri che le parti si attribuiscono reciprocamente nell’ambito dell’autonomia privata e dei suoi limiti (cfr. R. PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1989, pag. 44).

(34) *Contra*, ma senza motivazioni plausibili di diritto positivo, M. BARBIERI, op. cit., pag. 86, che continua ad identificare subordinazione ed etero-organizzazione *come se* il sistema non contemplasse, oltre all’art. 2094 c.c., anche l’art. 2, co. 1. (che andrebbe, nella logica dell’A., evidentemente superato a fronte di una visione evolutiva dell’art. 2094, c.c., “liquidando molte capziose discussioni intorno alle disposizioni dell’art. 2”, pag. 87). È interessante la diffidenza di Barbieri verso l’impiego dell’art. 2, co. 1, posto che si tratta di una norma che dispiega *i medesimi effetti* dell’art. 2094 c.c.; sorge il dubbio che dietro l’attaccamento all’art. 2094 c.c. e al “luminoso futuro” del concetto di subordinazione vi sia il legame indissolubile ad una visione squisitamente antagonista del rapporto di lavoro, in cui è necessario chiarire che da una parte c’è il datore di lavoro-*capitalista*, dall’altra il lavoratore *subordinato*-proletario, mentre l’offuscamento della qualificazione in una indistinta fattispecie di lavoro etero-organizzato rischierebbe di sfociare in una messa in discussione di ciò che l’A., in un significativo e ricco scritto di matrice filosofico-giuridica, identifica con la qualificazione nei termini di subordinazione: vale a dire l’attuale condizione della lotta di classe (v. M. BARBIERI, *Il concetto di lavoro in Marx e il diritto del lavoro*, in *DD*, 2019, 2, pag. 169, secondo il quale “le forme attuali della lotta di classe e della mediazione giuridica richiesta vedono appunto pressanti in tutto il mondo le richieste dei lavoratori digitali (*rider*, autisti ecc.) di essere (cioè di essere riconosciuti) subordinati”). Ma a fronte di tale visione può osservarsi che il diritto del lavoro, nelle attuali condizioni di evoluzione del capitalismo e dei rapporti sociali di produzione su scala globale, non è più solo il diritto del lavoro subordinato, ma il diritto di tutela di molte altre situazioni di svantaggio e di dipendenza economica e sociale del prestatore, anche autonomo, mentre il retaggio di visione della subordinazione come elemento di classe è in radice contraddittoria, perché non tiene in conto che lo stesso *lavorare per altri* non riguarda solo il proletario nella misura in cui, come bene aveva visto Kojève, anche il *Borghese* lavora “per altri”, nell’Ordine economico dettato dal Capitale (cfr. A. KOJÈVE, *Introduction à la*

Ciò posto, è evidente che anche il riferimento alla subordinazione attenuata non appare affatto calzante alla fattispecie concreta affrontata dal Tribunale di Palermo, il quale, in nessun passaggio argomentativo, e nonostante la minuziosa ricostruzione del fatto, del funzionamento in concreto della piattaforma, e della relativa organizzazione cui è sottoposta la prestazione del *rider*, è in grado di spiegare convincentemente in che senso la piattaforma eserciti il *potere direttivo*, inteso correttamente come potere di conformazione della prestazione, e non piuttosto come un potere *organizzativo* della prestazione. Vero è, in effetti, come riconosce a più riprese lo stesso Tribunale di Palermo, che il lavoro del *rider* viene “organizzato dalla piattaforma”, nel senso che “*solo accedendo alla medesima e sottostando alle sue regole il ricorrente poteva svolgere le prestazioni di lavoro*”, onde si trattava di una prestazione “*completamente organizzata dall'esterno (eteroorganizzata)*”. L'insistito richiamo del Tribunale all'etero-organizzazione è corretto. Ogniquale volta la prestazione venga inserita all'interno di un “dispositivo organizzativo” capace di “formattare”, anche sotto il profilo spazio-temporale la prestazione, a prescindere dall'esercizio in concreto del potere direttivo e di conformazione della prestazione, con ordini puntuali ed assidui da parte del datore di lavoro giusta lo schema dell'art. 2094 c.c., si realizza una situazione di etero-organizzazione. La legge n. 128 del 2019, con cui è stato eliminato dalla definizione dell'art. 2, co. 1, il riferimento all'etero-organizzazione *spazio-temporale* della prestazione, ha confermato tale ricostruzione, nella misura in cui ha eliminato un elemento definitorio (il richiamo ai tempi e al luogo) che, di fatto, avrebbe potuto vanificare la *ratio* estensiva delle tutele, propria della legge. Ora, è chiaro che la fattispecie del lavoro autonomo etero-organizzato (circa le modalità di esecuzione della prestazione) si differenzia dalla fattispecie del lavoro subordinato (in quanto caratterizzato dalla soggezione al potere di scelta della prestazione nonché alle disposizioni impartite dal datore di lavoro per la disciplina e l'esecuzione del lavoro), sia per la diversa funzione del potere (che non risponde ad esigenze di conformazione della prestazione) sia in ragione della non necessaria presenza, quale elemento tipizzante la fattispecie di cui all'art. 2, comma 1, di una determinazione da parte del committente dei tempi e del luogo della prestazione. Residua solo, per integrare gli estremi del lavoro etero-organizzato, un condizionamento unilaterale delle modalità prestatorie, in funzione del rispetto di criteri organizzativi propri della struttura produttiva del committente, che potranno riguardare la dimensione esecutiva relativa al “come” attuare la prestazione, la dimensione temporale in cui la prestazione si colloca, la dimensione spaziale di svolgimento

lecture de Hegel, Gallimard, Paris, 1947, pag. 190; mi permetto di rinviare, su questo punto, a A. PERULLI, *Il diritto del lavoro e il “problema” della subordinazione*, in *LLI*, 2/2020, pag. 95 e segg.).

dell'attività: aspetti relativi all'organizzazione delle modalità di esecuzione della prestazione che non possono più venire intesi come necessariamente *compresenti* ai fini dell'applicazione delle tutele previste dall'art. 2, comma 1.

Orbene, nonostante sia lo stesso Tribunale di Palermo ad indicare nell'etero-organizzazione della prestazione del *rider* la caratteristica principale del rapporto di lavoro, il Giudicante non intende trarne le naturali conseguenze in punto di qualificazione del rapporto (ai sensi dell'art. 2, co. 1); conseguenze che, in una fattispecie del tutto analoga, relativa alla piattaforma *Foodora*, aveva invece tratto la Corte d'Appello di Torino, con la sentenza confermata poi dalla Cassazione n. 1663/2020, la quale, sul presupposto che il *rider* è libero di scegliere se e quando rendere la prestazione, e quindi non può dirsi subordinato, aveva qualificato il rapporto nei termini dell'etero-organizzazione, vale a dire - per usare le parole della Suprema Corte - un rapporto caratterizzato da autonomia nella "fase genetica" ma decisamente condizionato dall'organizzazione della piattaforma in quella esecutiva.

Ma anche laddove, in ipotesi, si volessero interpretare le modalità di esecuzione del contratto inforcando le lenti della subordinazione, e quindi come espressione di un vero e proprio potere direttivo, inteso come potere di conformazione della prestazione lavorativa (clienti e fornitori predeterminati; tempi di esecuzione del lavoro; predeterminazione dei percorsi da seguire, ecc.), e non con quelle del potere di organizzazione *ex* art. 2, co. 1, rimarrebbe comunque il problema relativo alla "pienezza" dell'assoggettamento ad etero-direzione: manca infatti, nel caso di specie, la possibilità di *obbligare* il prestatore allo svolgimento della prestazione una volta stipulato il contratto, obbligo che, invece, costituisce indubbiamente un elemento pregnante della fattispecie di cui all'art. 2094 c.c., ai sensi del quale il prestatore "*si obbliga ... a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro*", onde la mancata assunzione di una tale obbligazione da parte del *rider* che sia *ab initio* libero di disimpegnarsi a fronte della richiesta datoriale, fa necessariamente venir meno la possibilità stessa di esercitare il potere direttivo-conformativo della prestazione ⁽³⁵⁾.

La questione in esame è stata affrontata dalla Corte d'Appello di Torino nel caso *Foodora*, ove, nel confermare sul punto la statuizione del Tribunale, ha decretato la natura non subordinata dei rapporti di lavoro dei *riders* in ragione della non obbligatorietà della prestazione di lavoro e della correlativa mancanza di un obbligo di ricevere la prestazione, ove offerta, in capo al committente/datore di lavoro. Come è noto, la questione della riconducibilità a subordinazione di una

(35) *Contra*, ma senza argomentazioni convincenti, M. BARBIERI, op. cit., pag. 76, il quale in modo assertivo afferma che la libertà di scelta è in sè stessa compatibile con la subordinazione.

fattispecie in cui il prestatore può, senza incorrere in sanzioni, svincolarsi dall'obbligo di assoggettamento al potere direttivo si era posta, molti anni or sono, con riferimento ai c.d. *pony express*, che già solcavano le strade cittadine consegnando pacchi a domicilio: questione risolta dalla Cassazione sul presupposto che "la configurabilità dell'eterodirezione contrasta con l'assunto secondo cui la parte che deve rendere la prestazione può, a suo libito, interrompere il tramite attraverso il quale si estrinseca il potere direttivo dell'imprenditore" ⁽³⁶⁾.

Analogamente la Corte d'appello di Torino ha ritenuto che in mancanza del requisito della "obbligatorietà della prestazione" non sia corretto inquadrare il lavoro reso dai ciclo-fattorini nell'alveo della subordinazione: i *riders* sono infatti liberi di dare o meno la propria disponibilità per i vari turni (*slot*) offerti dall'azienda, decidendo quindi in autonomia *se e quando* lavorare. In realtà, nel caso *Foodora*, i lavoratori potevano addirittura non adempiere la prestazione nei turni per i quali avevano già dato la loro disponibilità, revocando quest'ultima o semplicemente non presentandosi al lavoro (mediante le funzioni *swap* e *no show* dell'applicazione), senza incorrere per questo motivo in provvedimenti sanzionatori. Non è stato dato seguito, quindi, alla diversa impostazione offerta dalla Corte di Cassazione (n. 367/2018) in un giudizio relativo agli addetti al ricevimento delle giocate presso le agenzie ippiche e le sale scommesse, laddove il vincolo di subordinazione era stato ritenuto compatibile con la peculiare facoltà, concessa al prestatore, di accettare o non accettare l'offerta e di presentarsi o meno al lavoro, in quanto tale profilo non riguarderebbe il contenuto del rapporto e il suo materiale svolgimento, trattandosi, invece, di un elemento esterno al rapporto stesso, onde l'accettazione e la presentazione del lavoratore, pur incidendo sulla costituzione del rapporto e sulla sua durata, non riguarderebbe la forma ed il contenuto della prestazione (e quindi la natura del rapporto). In effetti, la postura ricostruttiva dell'obbligazione di lavoro prospettata dalla Suprema Corte nel caso delle agenzie ippiche non convince affatto, nella misura in cui trascura inspiegabilmente la circostanza secondo la quale, ai fini della qualificazione del rapporto, rilevano non solo le concrete (materiali) modalità di svolgimento della prestazione, ma anche l'obbligazione di lavorare, la quale, a seguito della stipula del contratto di lavoro subordinato, rappresenta l'antecedente logico-giuridico per l'esercizio del potere direttivo del datore. Tant'è che, secondo una risalente tesi dottrinale, il contratto di lavoro subordinato sarebbe composto da una doppia coppia di posizioni giuridiche soggettive di credito-obbligo: l'una antecedente, "che fa capo al potere direttivo dell'imprenditore e al dovere di obbedienza del prestatore; l'altra susseguente che consta da un lato dell'obbligazione di lavoro e

(36) Cass. 10 luglio 1991, n. 7608; Cass. 25 gennaio 1993, n. 811.

dall'altro non del potere direttivo, già esercitato quando la singola obbligazione di lavoro si costituisce, ma del credito di lavoro”⁽³⁷⁾.

Vale la pena di rammentare, poi, che il requisito evidenziato dalla Corte d'appello torinese, *id est* l'obbligatorietà della prestazione, è stato impiegato anche dal Tribunale di Milano nel caso della piattaforma *Foodihno (Glovo)*⁽³⁸⁾ e costituisce uno dei principali *test* della giurisprudenza anglosassone per identificare il rapporto di lavoro subordinato. Il c.d. *mutuality of obligation test* riguarda infatti la reciproca promessa delle parti di mantenere in essere un rapporto di lavoro subordinato per un certo periodo di tempo; in questa prospettiva il contratto di lavoro è subordinato se sussiste una esplicita o implicita obbligazione in capo al prestatore ad eseguire con regolarità la prestazione richiesta⁽³⁹⁾. L'incompatibilità tra subordinazione ed assenza di un obbligo di lavorare una volta stipulato il contratto di lavoro non sembra quindi revocabile in dubbio⁽⁴⁰⁾, né può essere messa in discussione sulla base della presenza, nel sistema giuridico del lavoro, di una peculiare sub-tipologia contrattuale, il lavoro intermettente senza obbligo di risposta alla chiamata, che costituisce un *unicum* che, come tale, non può certo assurgere a parametro di riferimento per giustificare la subordinazione del *rider*⁽⁴¹⁾.

(37) Cfr. G. SUPPES, *La struttura del rapporto di lavoro*, vol. II, Cedam, Padova, 1963, pag. 59; F. SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1985, pag. 194.

(38) La sentenza milanese ritiene che la libertà di decidere, di settimana in settimana, in quali giorni e in quali orari lavorare – ed anche di non lavorare affatto, non sia compatibile con lo stato di subordinazione: cfr. Trib. Milano, 10 settembre 2018.

(39) Sia consentito il rinvio a A. PERULLI, *Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work: A Comparative Analysis of Selected European Countries*, in G. Casale (Ed.), *The Employment Relationship. A Comparative Overview*, Hart Publishing-International Labour Office, Oxford-Geneva, 2011, pag. 161.

(40) Considera “valido” l'argomento dell'autonomia delle parti di offrire/ricevere la prestazione al fine di negare la natura subordinata del rapporto E. GRAMANO, *Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione e ritorno. Un commento alla sentenza Foodora*, in *Labor*, 2018, pag. 609 e segg.

(41) La fattispecie del lavoro intermettente senza obbligo di rispondere ha posto sin dalla sua introduzione notevoli problemi di sistemazione e razionalizzazione, spiegandosi la facoltà di non rispondere alla chiamata nei termini di una legittima causa di sospensione del rapporto, aggiuntiva rispetto alle ipotesi legali (P. BELLOCCHI, *Le nuove tipologie di lavoro: il lavoro a chiamata*, in M. T. CARINCI, a cura di, *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 201), o di una soggezione temporale attenuata, ma non tale da potersi interferire la modificazione della natura giuridica del rapporto di lavoro (D. GOTTARDI, *Lavoro intermettente*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI, a cura di, *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004); ma non è mancato chi ne ha ipotizzato addirittura l'inesistenza o la nullità per mancanza di vincoli obbligatori in capo alle parti (P. G. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 in materia di mercato del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, pag. 887 e segg.) ovvero ne ha ricostruito i tratti come accordo normativo volto a definire i termini di scambi futuri che potranno realizzarsi ad ogni singola chiamata sub specie di una pluralità di contratti di lavoro subordinato a termine stipulati in sequenza, per periodi di breve o brevissima durata (A. PERULLI, *Il lavoro intermettente*, in A. PERULLI, a cura di, *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, pag. 142; V. PINTO, *La modernizzazione promessa*.

Anche sotto questo profilo, peraltro, le tesi dottrinali che predicano un diverso approccio al problema qualificatorio, mobilitando vuoi la nozione di “subordinazione attenuata”, vuoi quella della “doppia alienità” non sembrano centrare l’obiettivo, in quanto la rilevata assenza di un preciso obbligo di prestazione in capo al lavoratore impedisce l’esercizio del potere direttivo dell’imprenditore non solo nell’accezione più rigorosa e restrittiva (ordini e direttive specifiche), ma anche in quella più debole, che ammette la compatibilità della subordinazione con l’emanazione di direttive meramente programmatiche, escludendosi, finanche, la possibilità di ravvisare l’alienità del prestatore rispetto all’organizzazione e al risultato: ciò nella misura in cui, potendosi liberamente sottrarre all’obbligo lavorativo, il *rider* non risulta stabilmente inserito nell’organizzazione del committente e, di conseguenza, non può dirsi estraneo ad un risultato alla cui realizzazione, essendo libero di non rendere la prestazione, non risulta costantemente partecipe.

Il Tribunale è evidentemente consapevole di questa cospicua problematica, che si oppone all’ipotesi di qualificazione del rapporto nei termini della subordinazione. Su cosa si fonda, allora, la decisione del Tribunale di Palermo? La risposta è abbastanza semplice, e ruota attorno all’affermazione, volta a negare il presupposto da cui era partita la Corte d’Appello di Torino, secondo la quale, nel caso di specie, la libertà del *rider* “di scegliere se e quando lavorare, su cui si fonda la natura autonoma della prestazione non è reale, ma solo apparente e fittizia, poiché, a tutto concedere, il lavoratore può scegliere di prenotarsi per i turni che la piattaforma (e quindi il datore di lavoro che ne è titolare o ne ha il controllo) mette a disposizione in ragione del suo punteggio”. In sostanza il *rider* non sceglie quando lavorare o meno, “poiché le consegne vengono assegnate dalla piattaforma tramite l’algoritmo, sulla scorta di criteri del tutto estranei alle preferenze e allo stesso generale interesse del lavoratore”. In particolare, l’operatività dell’algoritmo che assegna il punteggio al *rider* sulla base di una serie di criteri unilateralmente predefiniti dalla piattaforma, riduce le possibilità di lavoro anche in ragione dell’esercizio, da parte del prestatore, della “libera scelta” di rifiutare un turno prenotato, con la conseguenza di assoggettare il lavoratore “al potere disciplinare del datore di lavoro, oltre che al suo potere organizzativo e direttivo in relazione alla cennata serie ordinata di attività che egli è tenuto a svolgere sulla piattaforma per riuscire a svolgere l’attività lavorativa”. Di conseguenza la piattaforma, riducendo il punteggio a causa delle condotte negativamente valutate in base ai parametri algoritmici, irroga delle vere e proprie “sanzioni disciplinari atipiche” consistenti nella negazione “di lavorare a condizioni migliori o più vantaggiose”. La giustifi-

Osservazioni critiche sul decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, in V. PINTO, *Lavoro e nuove regole*, Ediesse, Roma, 2004, pag. 68).

cazione della subordinazione sta quindi in ciò, che le modalità di funzionamento della piattaforma “*appaiono aver privato del tutto il ricorrente di qualsiasi possibilità di scegliere se e quando lavorare*”.

5. Il problema del potere direttivo e la libertà del *rider* di scegliere se e quando lavorare.

Secondo il Tribunale, quindi, la subordinazione, occultata dalla falsa libertà del *rider*, viene disvelata nella misura in cui il prestatore non è realmente libero di scegliere non solo il *quando* ma anche l'*an* della prestazione, potendo solo prenotarsi per i turni messi a disposizione dalla piattaforma e distribuiti sulla base di un punteggio, determinato, fra l'altro, in ragione delle condotte del lavoratore (tra cui il rifiuto di un turno prenotato). Inoltre il *rider* subirebbe sanzioni disciplinari “atipiche”, consistenti nella penalizzazione classificatoria e, al limite, nella disconnessione dalla piattaforma. Argomenti del genere sono stati impiegati, in tutt'altro contesto normativo, dall'australiana *Fair Work Commission* in un caso *Foodora*, ravvisandosi nella metrica usata dal “*batching system*” che classifica la *work performance* del lavoratore una ragione sufficiente per qualificare il rapporto del *rider* come subordinato. Ma evitiamo di confrontarci, secondo il metodo comparato, con la decisione australiana – evidentemente sconosciuta al Tribunale di Palermo, che non vi ha fatto cenno – perché la digressione ci porterebbe lontano, e rimaniamo al contesto nazionale.

Orbene, se è certamente vero che il *rider* viene (almeno in parte) condizionato nella sua libertà di scelta dai criteri stabiliti dalla piattaforma (la quale assegna gli *slot* in base al punteggio assegnato dall'algoritmo), non si può dedurne *automaticamente* il pieno assoggettamento del prestatore ad etero-direzione *ex art.* 2094 c.c. L'esercizio del potere direttivo riguarda infatti la conformazione della prestazione, oltre che la determinazione delle modalità attuative della stessa, la scelta del luogo e dei tempi di esecuzione, e presuppone *a monte* la piena soggezione del prestatore al potere datoriale: diversamente dal lavoratore della catena di montaggio, richiamato nella sentenza palermitana, che non ha alcuna possibilità di sottrarsi al potere direttivo, il *rider* può rifiutarsi di accettare una chiamata, o svincolarsi da un impegno già assunto, benché l'esercizio di tale libertà lo svantaggi in termini di punteggio e, quindi, in termini di future migliori occasioni di lavoro.

Ma analizziamo più da vicino questo sistema di classificazione. La descrizione delle modalità di formazione del punteggio che condiziona i turni affidati al *rider* è effettuata sia a pagina 3, sia a pagina 15 della decisione. Da essa si desume che, considerato come 100 il punteggio stesso, il 35% è legato all'efficienza del lavoratore e il 10% alla sua esperienza, mentre il restante 55% dipende da fattori estranei al lavoratore (alta domanda del partner convenzionato, 35%, feedback dell'utente, 15%, feedback del partner, 5%). La stessa sentenza poi specifica che il punteggio

“subisce riduzioni in ragione di condotte fra cui annoverare la ‘libera scelta’ del lavoratore di rifiutare un turno prenotato (tanto più se in ritardo rispetto al termine di tre ore prima del suo inizio il cui rifiuto può essere effettuato sull’app)” (pagina 15).

L’argomentazione utilizzata dal Tribunale ha apparentemente un elevato grado di plausibilità, perché utilizza il metodo tradizionale di verifica delle concrete modalità di svolgimento della prestazione che, non solo nella realtà giuridica italiana, sono utilizzate dalla giurisprudenza e dalla dottrina per individuare la reale natura del rapporto di lavoro. Tra l’altro la sentenza della Corte di Giustizia a cui fa riferimento il tribunale (22 aprile 2020, C- 692/19), citata nelle pagine 11/12, dopo aver ribadito che la possibilità di utilizzare sostituti o di accettare o non accettare i vari compiti offerti sono modalità incompatibili con il lavoro subordinato, specifica tuttavia che la natura subordinata è esclusa purché *“l’indipendenza di tale persona non risulti fittizia”* (pagina 12).

In definitiva, il Tribunale sembra seguire un ragionamento che potrebbe riassumersi nei seguenti termini. Quando viene stipulato tra le parti un contratto di collaborazione continuativa coordinata, il programma negoziale è modulato sul carattere autonomo della prestazione. Tuttavia, il datore di lavoro, con il suo comportamento (ad esempio attraverso l’imposizione di direttive specifiche sul contenuto della prestazione o l’obbligo di effettuare l’attività lavorativa in tempi diversi da quelli contenuti nel contratto, dove magari erano previste solo fasce di reperibilità) di fatto modifica il contenuto del contratto stesso. E tale modifica comporta la sua riqualificazione quale lavoro subordinato. *Mutatis mutandis*, la situazione sarebbe uguale anche nel caso specifico. Vi sarebbe cioè la teorica libertà di non effettuare la prestazione e di scegliere se e quando lavorare, a cui corrisponderebbe una realtà fattuale completamente diversa. La libertà di scelta, concretamente, non potrebbe essere esercitata, perché il lavoratore sarebbe in ogni caso “costretto” a lavorare secondo le modalità che gli sono imposte dall’algoritmo, con la conseguenza che detta libertà sarebbe appunto soltanto *“apparente e fittizia”* (secondo le parole utilizzate dal Tribunale a pagina 14 della motivazione).

In verità, il parallelismo descritto è soltanto apparente. Nell’ipotesi della collaborazione coordinata e continuativa il datore di lavoro che impone unilateralmente le modalità esecutive della prestazione in contrasto con gli obblighi giuridici astrattamente previsti dal contratto compie un atto contrario alla natura dell’accordo, che viene passivamente subito dal prestatore. Per il *rider*, invece, la situazione è sensibilmente diversa. Egli infatti conserva la libertà di scelta sul “quando” lavorare, sia nel momento in cui sceglie i turni, sia nella misura in cui può, tre ore prima, cancellare la sessione di lavoro che è stata prenotata. È vero che questa libertà è fortemente condizionata dal punteggio da lui conseguito, che è anche influenzato dall’eventuale rifiuto di svolgere l’attività lavorativa. Tuttavia, tale pun-

teggio da un lato si lega per il 45% a parametri connessi al lavoratore (efficienza ed esperienza), dall'altro dipende da elementi del tutto estranei al datore di lavoro.

Dunque: nel caso del contratto di collaborazione il lavoratore subisce un'iniziativa unilaterale del committente che gli impone determinate modalità di svolgimento del lavoro, senza che egli abbia possibili alternative (se non quella meramente teorica di rifiutarsi di lavorare con tutte le conseguenze annesse); nel lavoro con la piattaforma il *rider* subisce un condizionamento della piattaforma che dipende da fattori legati alla sua performance e ad altri elementi esterni, oltre che dal suo eventuale rifiuto a svolgere le prestazioni nei turni prenotati.

Le due situazioni quindi differiscono: a) nella totale unilateralità del "condizionamento" nel primo caso e nella riconducibilità dello stesso al comportamento del lavoratore o a fattori estranei al committente nel secondo caso; b) nella stessa "intensità" del condizionamento, molto più accentuata nel primo caso (quando il committente impone come e quando lavorare potendo, a fronte di un rifiuto, recedere del contratto), molto meno forte nel secondo caso, perché il prestatore conserva la possibilità di poter continuare a lavorare, seppure a condizioni meno favorevoli.

Per arrivare alle conclusioni del Tribunale si dovrebbero equiparare integralmente la situazione in cui è il committente/datore di lavoro che unilateralmente impone diverse modalità di svolgimento del rapporto, incompatibili con l'autonomia della prestazione, con quella in cui il contenuto del contratto è condizionato da scelte del lavoratore o dalla sua performance o da scelte esterne al committente. Il che ci porterebbe anche a ulteriori conseguenze assai problematiche. In sostanza, ogni qual volta il prestatore risulti in vario modo condizionato nello svolgimento del lavoro, per la sua debolezza economica, perché non ha alternative occupazionali, perché versa in uno stato di "dipendenza economica", ecc., l'interprete dovrebbe necessariamente ricondurre la fattispecie a subordinazione, anche in assenza di comportamenti del datore di lavoro che siano tali da integrare lo schema logico-giuridico dell'art. 2094 c.c.

6. Segue: il problema della "libertà" del *rider* interferisce con il profilo della qualificazione del rapporto?.

Il meccanismo di controllo e di valutazione della performance individuale previsto dalla piattaforma non è certamente esclusivo del lavoro subordinato, ed è anzi del tutto fisiologico nell'ambito di un rapporto di collaborazione autonoma, continuativa o meno, in cui il committente, nell'assegnare nuovi incarichi al prestatore con il quale ha già intrattenuto rapporti di fornitura, tiene conto dei risultati ottenuti dal debitore d'opera, ed eventualmente assegna detti incarichi ad un prestatore ritenuto più affidabile o meritevole in base, appunto, alle pregresse esperienze. Facciamo un esempio concreto. Se un'impresa committente si rivol-

ge al mercato professionale per selezionare un tecnico informatico che si occupi (in modo continuativo od occasionale, poco importa) della propria rete intranet aziendale, dopo aver avuto esperienze non positive con un determinato professionista (che non si presentava agli appuntamenti concordati, o che dedicava un tempo non sufficiente all'attività, o addirittura non garantiva appieno il risultato dedotto in obbligazione) è del tutto probabile che cercherà di affidarsi ad un diverso fornitore di servizi, che verrà a sua volta valutato e confermato (o meno) per le successive occasioni di lavoro generate dalle necessità aziendali. Lo stesso vale per qualunque lavoratore autonomo: il committente seleziona i propri collaboratori sulla base dei risultati pregressi e quindi sull'esperienza in termini di puntualità, efficienza, capacità dimostrata, disponibilità a rispondere alle urgenze e tempi di reazione ecc., penalizzando o valorizzando il prestatore a seconda dei casi e delle circostanze. Si tratta insomma di un *comportamento razionale di un attore economico sul mercato*: valutare le performance non solo è coerente con una prestazione autonoma, ma rappresenta il cuore stesso del rapporto tra committente e collaboratore, anche quando tale relazione è asimmetrica a favore del prestatore ed il committente è la parte debole del rapporto (si pensi ad un piccolo imprenditore che si rivolge ad una grande multinazionale di selezione del personale per acquisire un servizio di ricerca di una figura impiegatizia, e, deluso dalle performance dell'agenzia, si rivolge ad un altro operatore sul mercato). Se, poi, tale rapporto si svolge entro coordinate di "quasi-gerarchia" tipiche dei rapporti di collaborazione autonoma continuativa (sia essa "organizzata" o "coordinata" dal committente) nell'ambito di un sistema produttivo tipicamente capitalistico (cioè basato sulla ricerca del profitto mediante l'impiego sistematico e razionale dei mezzi di produzione, compresi i rapporti contrattuali con i fornitori) la cooperazione relazionale include meccanismi gerarchici fondati su forme di supremazia economica e giuridica che nascono dal potere di mercato per formalizzarsi in asimmetrie di potere contrattuale ⁽⁴²⁾.

Entro questi sistemi produttivi tipicamente capitalistici lo sfruttamento del lavoro altrui a fini produttivi e l'esercizio di prerogative in senso ampio "direttive" e di "controllo" non si esauriscono nell'ambito dei rapporti di lavoro subordinato, ma riguardano con intensità variabile tutti i rapporti contrattuali a lungo termine intrattenuti dall'impresa con i propri fornitori, con i quali si istaurano meccanismi caratterizzati da dipendenza economica, asimmetria informativa, obbligo di rispetto di norme tecniche, imposizione di prezzi di vendita, rispetto di clausole

(42) O. E. WILLIAMSON, *Le istituzioni economiche del capitalismo*, Franco Angeli, Milano, 1987, pag. 227; per la civilistica, tra i tanti, v. G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Europa e diritto privato*, 2019, 1, pag. 1 e segg.

relative alla garanzia di un certo volume di affari che impone al collaboratore di mantenere una determinata quantità di scambi con il proprio partner privilegiato, ecc. Ciò ovviamente non significa che tutti questi rapporti siano riconducibili a subordinazione in senso tecnico-giuridico; significa, piuttosto, che forme anche accentuate di preminenza organizzativa del contraente più forte sono presenti nella vasta area dei rapporti che un lavoratore autonomo intrattiene con un committente privilegiato, talvolta unico o prevalente, nell'ambito dei rapporti di "soggezione imperfetta", di "quasi gerarchia", di "parasubordinazione", ecc.

È esattamente quanto accade nel rapporto contrattuale tra il *rider* e la piattaforma, che sancisce, attraverso una disposizione imposta dal contraente forte, la formalizzazione dei criteri di valutazione sulla base dei quali il collaboratore viene classificato dall'algoritmo e riceve di conseguenza gli slot orari disponibili. Se questo sistema esprime indubbiamente lo strapotere contrattuale del contraente più forte sul mercato, in grado di imporre le proprie condizioni negoziali, si potrebbe sostenere, da un lato, che si tratti comunque di un sistema razionale dal punto di vista economico ed organizzativo, perché è volto a selezionare e premiare i collaboratori più affidabili e disponibili in base ai risultati raggiunti, e, dall'altro lato, che non sia espressione dei poteri tipici del datore di lavoro nei confronti dei propri dipendenti, su cui si fonda la nozione di subordinazione. Ogni esercizio di potere, anche nell'ambito della sfera pubblica, implica la minaccia e l'impiego di sanzioni. Ma ciò non ha nulla a che vedere con l'assoggettamento del prestatore di lavoro subordinato al potere direttivo, né al potere disciplinare del datore di lavoro, che non attengono ad una *relazione di mercato* come nel caso del collaboratore autonomo, ma a un *rapporto gerarchico*, in cui il potere direttivo si indirizza direttamente sulla prestazione per conformarla alle esigenze dell'organizzazione e quello disciplinare reagisce ad un inadempimento contrattuale. Si potrebbe quindi sostenere che il lavoratore, pur condizionato dall'algoritmo, mantiene integra la libertà di rifiutare la prestazione, o di esercitare il diritto di svincolarsi dall'impegno assunto, e non è quindi assoggettato ad alcun potere direttivo (che presuppone l'esecuzione della prestazione, qui assente) né al potere disciplinare, perché non è tecnicamente inadempiente rispetto all'obbligazione (ineseguita: non sta quindi violando alcun obbligo di disciplina del lavoro ex art. 2104 co. 2, c.c.). Il *rider* subisce nondimeno una conseguenza sfavorevole nell'ambito del proprio rapporto (contrattualmente squilibrato) con la piattaforma, di cui è perfettamente edotto e consapevole, in modo non molto dissimile a quanto accade al tecnico informatico che, non rispondendo ad un appello del cliente o disattendendo più volte impegni assunti con il committente, si espone alla sanzione "di mercato" consistente nella perdita di quel cliente. Si potrebbe inoltre sostenere che il fatto che il tecnico informatico abbia, in ipotesi, un ampio portafoglio

di clienti, mentre il *rider* sia, in ipotesi, costretto a lavorare a favore della stessa piattaforma e non abbia alternative praticabili sul mercato, è un fatto sociologicamente indifferente rispetto alla questione tecnico-giuridica della qualificazione del rapporto, allo stesso modo per cui un prestatore autonomo o un piccolo imprenditore economicamente dipendente da un cliente principale non sono in grado di determinarsi mediante alternative sul mercato, ma non per questo sono da considerarsi necessariamente dei lavoratori subordinati. Come è noto, peraltro, la mancanza di alternative sul mercato è un elemento costitutivo della fattispecie di abuso di dipendenza economica *ex art.* legge n. 192/1998, applicabile al lavoro autonomo non imprenditoriale in virtù della legge n. 81/2017.

7. Il divieto di penalizzare il *rider* tramite *ranking* reputazionali algoritmici.

Le considerazioni svolte nei due paragrafi precedenti devono ora essere confrontate con il quadro normativo così come definito dalla legge n. 128/2019, che, come si è più volte rilevato, è stata inspiegabilmente ignorata dal Tribunale di Palermo. Ci si vuol riferire all'intervento legislativo con il quale, preso atto dello strapotere contrattuale della piattaforma e della conseguente operatività di sistemi di disciplinamento algoritmico dei comportamenti e delle performance del *rider*, si è sancito espressamente il divieto di utilizzare sistemi di *ranking* del lavoratore per escludere il prestatore dal mercato del lavoro gestito dalla piattaforma, o per penalizzarlo nella attribuzione delle occasioni di lavoro. Un tale comportamento della piattaforma (adottato in base al proprio algoritmo) è espressamente vietato dall'art. 47-*quinquies*, del d. lgs. 81/2015, che sancisce come illegittima l'esclusione dalla piattaforma e le riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della chiamata da parte del *rider*. Il legislatore, intervenendo sul discusso tema dell'esclusione dalla piattaforma e sulle riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della chiamata da parte del *rider*, e sancendo tali prassi come illegittime, elimina quindi in radice il problema della libertà del *rider* (autonomo) di decidere se e quando lavorare. La piattaforma non può più, di conseguenza, sanzionare il lavoratore che rifiuta la chiamata escludendolo dall'accesso alle successive occasioni di lavoro, o negandogli l'ingresso ai livelli "premiali" con migliori condizioni di contratto, o ancora riducendo le occasioni di lavoro bandendo il prestatore dagli "accessi prioritari" in ragione delle statistiche sui tassi di assenza, ponendo in essere retrocessioni, "disattivazioni", ecc.

La norma, che può ascriversi a quelle misure di correzione eteronoma della logica contrattuale di mercato che disciplinano l'autoregolamento negoziale, garantisce quindi l'effettività della principale garanzia di una (pur limitata) autonomia del prestatore, vale a dire la libertà di rispondere o meno all'offerta e di "presentarsi" al lavoro per rendere la prestazione (senza doversi giustificare e senza subire

valutazioni e/o “sanzioni atipiche” da parte della piattaforma); difatti, è questa piena libertà del prestatore a connotare il rapporto come autonomo (benchè etero-organizzato) per mancanza del requisito di obbligatorietà della prestazione e conseguente assoggettamento pieno al potere direttivo datoriale.

Il legislatore, tuttavia, non ha previsto una specifica sanzione in caso di inottemperanza del divieto; resta quindi da stabilire la disciplina applicabile qualora il committente violi il divieto in esame, e di fatto escluda il prestatore dalla piattaforma ovvero riduca le occasioni di lavoro in caso di mancata accettazione dell'occasione di lavoro. Anzitutto, il prestatore potrà ricorrere ai principi generali in materia di risoluzione del contratto per inadempimento (art. 1453 c.c.), chiedendo l'adempimento (consistente nell'accettazione da parte del committente dell'offerta di lavoro, a prescindere da eventuali pregresse mancate risposte del prestatore alle chiamate o da altre valutazioni negative da parte dell'algoritmo a ciò collegate) o, in mancanza, la risoluzione, fatto salvo in entrambi i casi il risarcimento del danno ⁽⁴³⁾. Ma non è tutto. Applicando al caso di specie la norma-clausola generale volta a reprimere l'abuso di dipendenza economica in materia di lavoro autonomo (art. 3, legge n. 81/2017), si può fondatamente ritenere che l'esclusione immotivata e senza preavviso dalla piattaforma da parte del committente costituisca una interruzione arbitraria dei rapporti contrattuali in corso, integrante una fattispecie di abuso di dipendenza economica, con la conseguenza che il prestatore potrà invocare la tutela inibitoria, mentre l'eventuale clausola che preveda tale facoltà del committente sarà priva di effetto ed il prestatore avrà diritto al risarcimento dei danni, anche promuovendo un tentativo di conciliazione mediante gli organismi abilitati ⁽⁴⁴⁾.

Apparentemente, quindi, la violazione dell'art. 47-*quinquies* non ha nulla a che vedere con la qualificazione del rapporto nei termini della subordinazione, trattandosi di un divieto la cui inosservanza non determina in alcun modo la riqualificazione automatica del contratto di lavoro. Tuttavia il “rimedio” in caso di violazione del disposto potrebbe essere rappresentato proprio dalla richiesta giudiziale di riconoscimento di un rapporto di lavoro etero-organizzato dal committente ex art. 2, co. 1, con applicazione integrale della disciplina del rapporto di lavoro subordinato, ovvero dalla qualificazione del rapporto nei termini della subordinazione (art. 2094 c.c.), ove ne ricorrano i presupposti, nella misura in cui lo svantaggio causato al *rider* da un comportamento coerente con la natura autonoma del rapporto (quantomeno nella sua fase “genetica”) fa ca-

(43) Cfr. E. RAIMONDI, *Il lavoro nelle piattaforme digitali e il problema della qualificazione della fattispecie*, in *L&L Issues*, vol. 5, n. 2, 2019.

(44) Cfr. A. PERULLI, *Economia digitale e qualificazione dei rapporti di lavoro*, in ALESSI, BARBERA, GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, Bari, 2017, pag. 430.

dere la barriera che non consente di qualificare il rapporto come subordinato. Come abbiamo visto, infatti, se - seguendo il ragionamento del Tribunale di Palermo - il committente esclude dalla piattaforma il *rider* o riduce le sue occasioni di lavoro, “sanzionando” in modo atipico il fatto di essersi sottratto alla prestazione, viene meno un elemento tipico del rapporto di lavoro autonomo, quantomeno *sub specie* di quella autonomia nella fase genetica che la Corte di Cassazione, nella fattispecie dei *riders* di *Foodora*, ritiene debba essere integra, per la rilevata facoltà del lavoratore ad obbligarsi o meno alla prestazione (punto 33). Può sorgere, di conseguenza, il fondato sospetto che la piattaforma abbia impiegato in modo abusivo lo schema del rapporto di lavoro del *rider* autonomo, così come previsto dalla legge n. 128/2019, al fine di mascherare un diverso rapporto, avente diversa natura giuridica. Posto che nella fase funzionale la piattaforma determina sicuramente, in modo sostanziale, le modalità di esecuzione del rapporto, quest’ultimo dovrà essere attentamente scrutinato ed eventualmente riqualificato nel senso dell’etero-organizzazione, se non addirittura della subordinazione laddove il giudice accerti in concreto la sussistenza di un vero e proprio assoggettamento ad etero-direzione secondo i normali criteri elaborati dalla giurisprudenza: ciò alla luce della regola di effettività della tutela, funzionale a “finalità di contrasto all’uso abusivo di schermi contrattuali perseguite dal legislatore” ⁽⁴⁵⁾.

Consimili rilievi sono del tutto assenti nella sentenza del Tribunale di Palermo, ma potranno, forse, essere impiegati in una prossima occasione, per rendere la motivazione della decisione più aderente ai dati del diritto positivo.

ABSTRACT: *Il saggio affronta il problema della qualificazione del rapporto di lavoro dei riders che operano tramite piattaforma digitale, alla luce della sentenza del Tribunale di Palermo che ha ravvisato la natura subordinata del rapporto di un ciclofattorino di Glovo. L’analisi verte, in particolare, su alcuni profili problematici relativi all’impiego, da parte del Tribunale, del metodo comparativo, delle nozioni di subordinazione, e delle conclusioni relative alla libertà, effettiva o fittizia, del rider di rendere o meno la prestazione di lavoro. Nella parte finale si analizza il diritto a non essere esclusa dalla piattaforma a causa della mancata accettazione della chiamata, che è stato introdotto dall’art. 47-quinquies della legge n. 128/2019.*

ABSTRACT: *The essay addresses the problem of the qualification of the employment relationship of the riders who operate through a digital platform, in light of the sentence of the Court of Palermo which recognized the subordinate nature of*

(45) Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, punto 43, che richiama Corte cost. n. 115 del 1994.

the relationship of a Glovo rider. The analysis focuses, in particular, on some problematic profiles relating to the use, by the Court, of the comparative method, of the notions of subordination, and of the conclusions relating to the freedom, actual or fictitious, of the rider to render the service or not of work. The final part analyzes the right not to be excluded from the platform due to non-acceptance of the call, which was introduced by art. 47-quinquies of law no. 128/2019.

CONTRATTI COLLETTIVI DI DIVERSO LIVELLO TRA TRADIZIONE E INNOVAZIONE

SOMMARIO: 1. Prodotti dell'autonomia negoziale a confronto. Osservazioni a margine dell'art. 1322 del Codice Civile. 2. La prevalenza del contratto collettivo aziendale rispetto al contratto di vertice sulla base delle clausole di rinvio; 2.1) *Segue: la competenza funzionale del contratto aziendale stabilita a livello interconfederale e nazionale*. 3. Un nuovo raccordo fra contratti di diverso livello nell'art. 8 d. l. n. 138/2011?; 3.1) *Effetti della contrattazione di prossimità: problematiche applicative*. 4. Un'ipotesi di *reductio ad unum* nella contrattazione delegata: l'art. 51 del d. lgs. n. 81/2015. 5. Note conclusive.

1. Prodotti dell'autonomia negoziale a confronto. Osservazioni a margine dell'art. 1322 del Codice Civile.

Il rapporto fra accordi di diverso livello, declinato in positivo come concorso e in negativo come conflitto, rappresenta un tema complesso e altrettanto dibattuto.

Complesso perché la tematica in questione implica la risoluzione *in nuce* di due questioni distinte. L'una riguarda il rapporto tra contratti collettivi del medesimo livello e di cui non ci occuperemo in questa sede considerato che nell'ipotesi di fonti contrattuali aventi lo stesso ambito di incidenza, è pacifica ⁽¹⁾ la sostituzione della disciplina precedente con quella successiva in virtù del rapporto di successione cronologica intercorrente fra le stesse, fatto salvo il principio di intangibilità dei diritti quesiti ⁽²⁾; l'altra concerne il rapporto tra contratti di diverso livello in cui trova la sua massima espressione il principio di autonomia privata collettiva.

Dibattuto perché i tentativi elaborati in seno alla giurisprudenza ⁽³⁾ e alla dottrina ⁽⁴⁾ nel corso degli anni, non hanno condotto ad una soluzione esaustiva a

(1) In dottrina v. V. SIMI, *Il favore dell'ordinamento giuridico per i lavoratori*, Milano, 1967, pag. 61 e segg. e in giurisprudenza v. Cass. 10 ottobre 2007, n. 21234, in *Mass. Giust. Civ.*, 2007.

(2) V. per tutte Cass. 29 ottobre 2015, n. 22126, in *Diritto & Giustizia*, 30 ottobre 2015 e Cass. 23 luglio 1994, n. 6845, in *Mass. Giust. Civ.*, 1994, pag. 991 secondo cui «sono in ogni caso fatti salvi quei diritti, già appartenenti al patrimonio del lavoratore come corrispettivo di una prestazione già resa nell'ambito di un rapporto di lavoro (o di una sua fase) già esauritosi»; si tratta di diritti soggettivi perfetti. In dottrina v. G. FERRARO, *Diritti quesiti. II) Diritto del lavoro*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XII, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma, 1989, pag. 1; più di recente A. OCCHINO, *L'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali*, Torino, 2004, pag. 283 e segg.

(3) Cass. 4 luglio 2018, n. 17421, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2019, pag. 979 e segg. con nota di F. FUSCO; Cass. 15 settembre 2014, n. 19396, in *Lav. Giur.*, 2015, pag. 91; v. anche Cass. 18 settembre 2007 n. 19351, in *Not. Giur. Lav.*, 2008, I, pag. 1 e in *Mass. Giur. Lav.*, 2008, pag. 118 e segg. con nota di D. BLOTTA, 2007; Cass. 4 novembre 2005, n. 21379, in *Dir. Rel. Lav.*, 2007, pag. 185 e segg.; Cass. 7 febbraio 2004, n. 2363, in *Mass. Giust. Lav.*, 2004, pag. 697 e segg.; Cass. 12 febbraio 2000, n. 1517, *Foro It.*, 2000, I, pag. 1539 con nota di P. BELLOCCHI.

(4) Per una ricostruzione sui criteri utilizzati v. per tutti A. LASSANDARI, *Rapporti tra contratti collettivi*, in C. ZOLI (a cura di), *Le fonti. Il diritto sindacale*, in *Diritto del lavoro. Commentario* diretto da

riguardo, almeno nel settore privato in cui occorre domandarsi, in primo luogo, quale dei due livelli nazionale e decentrato (aziendale o territoriale) in cui è tradizionalmente articolato il sistema contrattuale, prevale e perché; secondariamente, con quali effetti in termini di conseguenze sui singoli rapporti di lavoro, possano i soggetti stipulanti considerarsi adempienti rispetto agli obblighi assunti in sede di contrattazione collettiva, a prescindere dal criterio con cui si ammette la derogabilità della pattuizione collettiva.

Una corretta impostazione del problema ci induce proprio a condurre la presente analisi su un terreno prettamente privatistico, a partire dall'inquadramento del contratto collettivo di lavoro nell'ambito del negozio giuridico ⁽⁵⁾ e in particolare nel novero dei contratti *tout court*. Come noto, il contratto collettivo di lavoro in «veste» di contratto di diritto comune ⁽⁶⁾, viene tradizionalmente attratto nell'area dei contratti innominati e, come tale, disciplinato dalle norme in materia contrattuale contenute nel Libro IV del Codice Civile, in particolare nell'art. 1322 c.c. ⁽⁷⁾

F. CARINCI, II, Torino, 2007, pag. 459 e segg. e V. MAIO, *Concorso e conflitto di diritti che discendono da contratti collettivi incompatibili*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2004, pag. e segg. Qui, succintamente, richiamo lo schema gerarchico secondo cui è la preordinata la disciplina collettiva di ambito maggiore e che trova un contemperamento nel principio del *favor*, funzionale a regolare, in mancanza di disposizioni statutarie interne, le situazioni di conflitto, in un'ottica protettiva protesa a salvaguardare la libertà del lavoratore in veste di contraente debole (v. A. CESSARI, *Il "favor" verso il prestatore di lavoro subordinato*, Milano, 1985; e in giurisprudenza Pret. Roma 30 luglio 1975, in *Riv. Giur. Lav.*, 1976, II, pagg. 915-926); quello cronologico che implica l'esistenza di due fonti che si susseguono nel tempo, ammettendosi *sic et simpliciter* la prevalenza di quella successiva, a prescindere dal carattere peggiorativo delle norme contenute (v. A. VALLEBONA, *Intervento, Rapporti tra contratti collettivi di diverso livello*, Atti delle Giornate Aidlass - Arezzo 1981, Milano, 1982, pag. 83. L'A. richiama l'espressione utilizzata dal prof. G. Pera, della logica del «chi arriva per ultimo, vince»); ed infine, quello di specialità (*id est* di specializzazione secondo l'elaborazione di M. Grandi) da cui deriva la primazia del regolamento speciale minore, indipendentemente dal livello di trattamento introdotto dal livello di categoria sopravvenuto successivamente, in quanto il canone della specialità «sottrae la valutazione delle discipline in concorso alla regola del *melius* e del *peius*» (M. GRANDI, *Rapporti tra contratti collettivi di diverso livello*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1981, pag. 355 e segg. e ora anche in *Rapporti tra contratti collettivi di diverso livello*, op. cit.).

(5) La figura concettuale del negozio giuridico, elaborata da D. Nettelbladt e successivamente influenzata da Grozio per l'introduzione, quale elemento caratterizzante del vincolo, della «*declaratio voluntatis*», acquisì un suo riconoscimento nel sistema, a partire dal XIX secolo, come espressione dell'autonomia negoziale privata, grazie alla pandettistica e in particolare al Savigny. A tal proposito, il negozio giuridico è configurabile come atto di regolamentazione del soggetto privato in grado di disporre, liberamente, dei propri interessi mentre l'autonomia privata, sottesa ad esso, attiene più propriamente ad un «fenomeno sociale» (E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, pag. 51.); in quest'ottica il negozio giuridico si pone, nella sua primigenia, quale strumento atto a garantire l'uniformità del diritto e del soggetto di diritto (F. GALGANO, voce *Negozio Giuridico*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Roma, 1977, spec. par. 4). Solo nella codificazione italiana del 1942, il negozio giuridico assunse i tratti di categoria sterile (R. SACCO, *Negozio giuridico (circolazione del modello)*, in *Digesto Disc. Priv.*, Sez. Civ., agg., 2012, pagg. 86-95).

(6) Cfr. P. RESCIGNO, voce *Contratto*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1988, pag. 9 e segg.; S. MAZZAMUTO, *Il contratto: verso una nuova sistemica?*, in *Jus civile*, 5, 2016, pagg. 347-358.

(7) Cfr. G. ZANGARI, *Contenuto del contratto collettivo di lavoro*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro* diretto da L. RIVA SANSEVERINO e G. MAZZONI, Cedam, Padova, 1971, spec. par. 4, pagg. 235- 302.

con la conseguenza che ai fini della validità dell'atto, è necessario che lo stesso, data la sua natura giuridica atipica⁽⁸⁾, sia diretto a perseguire «interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico» (art. 1322, comma 2, c.c.). In tal modo, in termini generali, il regolamento contrattuale diventa funzionale a ricomporre gli interessi antagonisti, retaggio di una conformazione pregressa dei legami sociali e presidiato, nel codice unitario, dal valore del contratto «avente forza di legge tra le parti» (art. 1372, comma 1, c.c.)⁽⁹⁾. Tuttavia, se per il diritto comune il contratto vincola soltanto chi ha partecipato all'accordo («fra loro», art. 1321 c.c.), non producendo «effetti rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge» (1372 c.c., comma 2)⁽¹⁰⁾, così il singolo individuo che decide di aderire all'associazione sindacale, condiziona il suo interesse a quello del gruppo, pur rimanendo titolare dell'autonomia collettiva. Dal potere di rappresentanza⁽¹¹⁾ conferito all'associazione discende l'efficacia soggettiva limitata esclusivamente alle associazioni sindacali stipulanti e ai loro iscritti, lavoratori e datori di lavori.

Ciò premesso, per giustificare il contrasto fra negozi contrattuali, la giurisprudenza ha richiamato, in più occasioni, proprio il canone negoziale, statuendo che «alle parti sociali della contrattazione collettiva è consentito, in virtù del principio generale dell'autonomia di cui all'art. 1322 c.c., di modificare anche in senso peggiorativo le posizioni dei lavoratori già godute con i precedenti contratti col-

Si tratta, a ben vedere, di una soluzione identitaria del “vecchio” diritto privato e del “nuovo” diritto del lavoro dove gli aggettivi “vecchio” e “nuovo” segnano lo spartiacque del passaggio dall'Italia fascista all'Italia repubblicana con tutto ciò che ne ha comportato in termini di contrapposizione tra un'interpretazione pubblicistica sostenuta con vigore da C. Mortati e quella prevalsa, di natura marcatamente privatistica, di F. Santoro Passarelli destinata a ripercuotersi – nonostante gli anni trascorsi – negli orientamenti teorici odierni, circa quale tipologia contrattuale realizzare considerata la mancata attuazione della parte programmatica dell'art. 39 della Costituzione (per un approfondimento v. L. GAETA (a cura di), *Costantino Mortati e “Il lavoro nella Costituzione”: una rilettura*, Milano, 2005 e L. GAETA, *La «terza dimensione del diritto»: legge e contratto collettivo nel diritto italiano* – Atti del convegno Aidlass 2016, in particolare par. 16 dal titolo *Il contratto collettivo “di diritto comune” nella “glossa ordinaria” di Santoro Passarelli*).

(8) L. RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1982; di diverso avviso G. GIUGNI, *Lavoro, leggi e contratti*, Bologna, 1989, il quale sostiene la tipicità del contratto collettivo di lavoro alla luce della peculiare funzione che assolve nella regolamentazione dei rapporti di lavoro.

(9) Sul significato dell'espressione si esprime F. SANTORO PASSARELLI, *Libertà e autorità nel diritto civile. Altri saggi*, Padova, 1977, spec. pag. 95, intendendo la formula codicistica volere esaltare la libertà dell'individuo nel creare diritto, ferma restando la sua responsabilità rispetto agli impegni assunti.

(10) Secondo C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3. *Il contratto*, Milano, 2019, in part. pagg. 517-518, in questa regola si esprime il principio c.d. di relatività del contratto, espressione di autonomia privata, posto a tutela della libertà dei soggetti.

(11) G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, Zanichelli, Bologna, 1997, pag. 135 per cui «la rappresentanza volontariamente concessa all'associazione sindacale consente di ravvisare, nella stipulazione del contratto collettivo, l'esercizio del potere di determinare (...) le singole e specifiche condizioni di lavoro che verranno poi applicate nei vari rapporti individuali».

lettivi venuti a scadenza e non rinnovati»⁽¹²⁾, garantendo in ogni caso quei diritti che siano già entrati a fare parte del patrimonio del lavoratore, quale corrispettivo di una prestazione già resa o di una fase del rapporto già esaurita⁽¹³⁾. I giudici di legittimità hanno rimesso all'ermeneutica negoziale anche la possibilità di «stabilire la prevalenza, sul trattamento previsto dal contratto collettivo nazionale, di una clausola del contratto aziendale, con possibile concorrenza delle due discipline», non potendo la stessa essere risolta alla stregua dei criteri di gerarchia e di specialità, bensì «accertando quale sia l'effettiva volontà delle parti»⁽¹⁴⁾. In questo caso, il giudice di merito sarà chiamato a valutare complessivamente la disciplina contrattuale sulla base dell'art. 1362, comma 1, c.c. in cui acquisisce valore decisivo la comune intenzione delle parti, esteriorizzata⁽¹⁵⁾ e desumibile dal comportamento assunto dalle stesse, anteriore o posteriore alla conclusione dell'accordo contrattuale (art. 1362, comma 2, c.c.). A fronte di un volizione univoca manifestata dai contraenti, non occorre neppure effettuare un'ulteriore indagine per il principio secondo cui "*in claris non fit interpretatio*"⁽¹⁶⁾.

Posto che il contrasto fra contratti di diritto comune viene, frequentemente, ammesso sulla base del confronto fra singole clausole dei contratti collettivi nazionali rispetto alle quali i contratti collettivi aziendali possono beneficiarne, senza che sia da ostacolo l'art. 2077 c.c.⁽¹⁷⁾ con cui la dottrina corporativa aveva fondato l'efficacia reale del contratto collettivo sul contratto individuale e conseguentemente previsto la sostituzione delle clausole difformi, si pone come neces-

(12) Cass. 15 settembre 2014, n. 19396, in *Diritto & Giustizia*, 2014, 16 settembre; Cass. 7 giugno 2004, n. 10762, in *Mass. Giust. Civ.*, 2004, pag. 6.

(13) «Ne consegue che la tematica dei "diritti quesiti" attiene unicamente a queste posizioni, sicché la tutela ad essi garantita non è certo estensibile a mere pretese alla stabilità nel tempo di normative collettive più favorevoli o di mere aspettative sorte alla stregua di tali precedenti regolamentazioni» v. Cass. 2 aprile 2001, n. 4839 in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, pag. 3 e segg., con nota di C. MANCINI.

(14) «Il contrasto fra contratti collettivi di diverso ambito territoriale deve essere risolto secondo il principio di autonomia alla stregua del collegamento funzionale che le associazioni sindacali pongono, mediante statuti o altri idonei atti di limitazione, fra i vari gradi o livelli della struttura organizzativa e della corrispondente attività», Cass. 4 luglio 2018, n. 17421, cit.; e significativa Cass. 18 settembre 2007, n. 19351, in *Not. Giur. Lav.*, 2008, pag. 1 e segg.; Cass. 7 febbraio 2004, n. 2362, in *Orient. Giur. Lav.*, 2004, pag. 2 e segg.

(15) A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2009, spec. pag. 152 e in giurisprudenza v. Cass. 18 maggio 2010, n. 12098, in *Giur. It.*, 2011, con nota di M. NAPOLITANO, *Rapporti tra contratti collettivi a diverso ambito territoriale*.

(16) V. per tutte: Cass. 28 agosto 2007, n. 18180, in *Danno e Resp.*, 2008, pag. 752 con nota di I. CONFORTINI.

(17) Sebbene l'art. 2077 c.c. tutela i lavoratori nel caso di eventuali mutamenti peggiorativi apportati alle condizioni normative dettate dalle prescrizioni collettive, è altrettanto vero che la norma in questione riguarda il solo rapporto individuale, così in dottrina F. SANTORO PASSARELLI, *Norme corporative, autonomia collettiva, autotutela individuale*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, I, 1984, pag. 245 e segg.

saria una loro interpretazione alla luce del complessivo assetto di interessi che le parti intendono perseguire (art. 1363 c.c.) ⁽¹⁸⁾.

Tuttavia, tale impostazione è stata criticata in quanto «se vi è una distinzione fra i negozi» contenenti clausole difformi, «non vi è tanto da comprendere il loro significato, quanto da dirimere un conflitto, aspetto successivo all'ermeneutica se mai antecedente logico, per l'identificazione del contrasto» ⁽¹⁹⁾. Nelle decisioni considerate, è condivisibile la posizione giurisprudenziale favorevole a negare valore a forme di subordinazione gerarchica ma non si comprende come la stessa, nell'individuare quale criterio risolutivo l'autonomia negoziale, non ne circoscriva la reale estensione posto che dal raffronto deve, comunque, emergere una preferenza per una regolamentazione contrattuale piuttosto che l'altra. Ad ogni modo, presupposto indefettibile per effettuare un'adeguata comparazione fra discipline contrattuali è tenere in considerazione i «limiti di efficacia connessi alla natura dei contratti stipulati» ⁽²⁰⁾: da un lato «il contratto collettivo nazionale di diritto comune estende la sua efficacia nei confronti di tutti gli iscritti, nell'ambito del territorio nazionale, alle organizzazioni stipulanti», dall'altro il contratto collettivo aziendale esplica i propri effetti «agli iscritti o non iscritti alle organizzazioni stipulanti, purché svolgenti l'attività lavorativa nell'ambito di un'azienda». In quest'ottica, la disciplina contrattuale nazionale e quella aziendale, ugualmente espressioni dello stesso potere privato, differiscono per una ontologica e diversa natura non solo per quanto concerne l'ambito applicativo ma soprattutto per la diversità della parte negoziale che sottoscrive siffatti contratti.

2. La prevalenza del contratto collettivo aziendale rispetto al contratto di vertice sulla base delle clausole di rinvio.

Come già affermato, secondo l'orientamento prevalente, «nell'ipotesi di successione di contratti collettivi di diverso livello, il conflitto tra le relative clausole va risolto alla stregua dell'effettiva volontà delle parti contraenti» ⁽²¹⁾. Pertanto, fra le due fattispecie di regolamentazione esiste un collegamento in virtù della previsione nell'uno o nell'altro contratto di specifiche disposizioni di rinvio. Attraverso l'apposizione di clausole *ad hoc*, viene sovente giustificato il meccanismo di modificabilità a livello aziendale del contratto collettivo nazionale, capace di dare

(18) Cfr. per tutte Cass. 17 maggio 1993, n. 5586, in *Mass. Giust. Civ.*, 1993, pag. 880 «il criterio di interpretazione complessiva delle clausole contrattuali, di cui all'art. 1363 c.c., trova applicazione anche per le previsioni di contratti collettivi di diverso livello, tra le quali esista un rapporto di reciproca correlazione».

(19) E. GRAGNOLI, *I rapporti tra contratti collettivi di diverso livello*, dattiloscritto, pag. 3.

(20) Cass. 18 settembre 2007, n. 19351, cit.; Cass. 26 giugno 2004 n. 11939, in *Mass. Giust. Civ.*, 2004, pag. 6; Cass. 7 giugno 2004, n. 10762, in *Mass. Giust. Civ.*, 2004.

(21) Cass. 3 aprile 1996, n. 3092, in *Not. Giur. Lav.*, 1996, pag. 496 e segg.; Cass. Civ., 1° luglio 1986, n. 4354, in *Mass. Giur. Lav.*, 1986.

luogo ad un modello di relazioni sindacali dinamico. La combinazione fra negozi contrattuali a diverso ambito applicativo è inevitabile in ragione non solo della funzione esercitata dal contratto aziendale sullo svolgimento del rapporto che trae origine dal c.c.n.l. ma anche a fronte della situazione economica sottostante, comune ad entrambi. «Si è in presenza di limitazioni convenzionali dell'autonomia negoziale» ⁽²²⁾ che si sostanziano in vincoli tali da condizionare le parti ad assumere un comportamento predeterminato volto a porre in essere un'attività contrattuale che non sempre sfocia nella conclusione del contratto definitivo. Per l'appunto, esse sono tradizionalmente qualificabili come negozi giuridici preliminari ⁽²³⁾, a struttura necessariamente bilaterale.

Senza indugiare oltre, se si ammette, come i giudici di legittimità affermano, che il contrasto fra contratti di diverso livello possa ricondursi alla volontà negoziale da cui dipende l'introduzione di specifiche clausole, è necessario, pertanto, stabilire la natura obbligatoria o normativa delle clausole stesse ⁽²⁴⁾. La questione non è certo di secondaria importanza, considerate le ricadute in termini di responsabilità sul piano endoassociativo e, dunque, sull'adempimento degli impegni concordati dagli stipulanti.

Tali clausole hanno natura obbligatoria ⁽²⁵⁾ e non normativa con la conseguenza che la loro violazione non comporta sanzioni di carattere civilistico ⁽²⁶⁾ tali da rendere inefficace il contratto aziendale e/o nulla la clausola che disciplina la competenza di ciascun livello contrattuale. Posto che il loro inadempimento rileva unicamente sul piano delle relazioni intersindacali, dunque nell'ambito dell'ordinamento positivo, potrebbero conseguire effetti meramente risarcitori.

Inoltre, la affermata natura obbligatoria delle clausole non implica in capo alle parti negoziali (sul versante sindacale, le federazioni nazionali di categoria e le organizzazioni sindacali aziendali o territoriali) un vero e proprio obbligo a contrarre ⁽²⁷⁾. Al più, è ravvisabile un obbligo a trattare in buona fede ⁽²⁸⁾ non condizionabile

(22) U. ROMAGNOLI, *Il contratto collettivo d'impresa*, Milano, 1963, pag. 51.

(23) U. ROMAGNOLI, *Il contratto collettivo d'impresa*, op. cit., pag. 54.

(24) Sulla tipologia delle clausole e le differenze di natura qualitativa, v. per tutti G. ZANGARI, *Contenuto del contratto collettivo di lavoro*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro* diretto da L. RIVA SANSEVERINO e G. MAZZONI, Padova, 1971, pag. 273 e segg.

(25) In dottrina, questa tesi è condivisa da M. MAGNANI, *Contrattazione collettiva e governo del conflitto*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1990, pag. 700 e segg.; P. TOSI, *Contrattazione collettiva e controllo del conflitto*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1988, pag. 460 e segg.; contra E. MANGANIELLO, *Gli accordi c.d. triangolari tra programmazione politica, efficacia obbligatoria e livelli contrattuali*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1994, II, pag. 220 e segg.

(26) Corte App. Milano 4 marzo 2003, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, II, con nota di G. BOLEGO, *Sull'efficacia obbligatoria delle clausole che delimitano la competenza del contratto aziendale*.

(27) A. DI MAJO, voce *Obbligo a contrarre*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1996, pag. 1 e segg.

(28) V. per tutti C. ZOLI, *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, Padova, 1992, spec. pag. 19.

neppure dal fatto che l'iniziativa sia assunta dalla controparte. È chiaro che se la trattativa giunge ad esito positivo, essa si concluderà con la sottoscrizione di un accordo coerente dal punto di vista oggettivo e unitario dal punto di vista soggettivo.

2.1. Segue: la competenza funzionale del contratto aziendale stabilita a livello interconfederale e nazionale

Nel contesto dell'ordinamento intersindacale, emerge che le parti sociali, attraverso la sottoscrizione di una serie di intese ⁽²⁹⁾ ora confluite nel Testo Unico sulla rappresentanza del gennaio 2014 nonché, da ultimo, nell'Accordo interconfederale del marzo 2018, hanno cercato di ricondurre i conflitti tra contratti collettivi individuando specifiche aree di competenze dei diversi ambiti, nazionale e aziendale, ognuna delle quali rispondente a proprie logiche interne e corrispondenti ai differenti interessi riconducibili al binomio individuale-collettivo, espressione più ampia di quell'autonomia contrattuale riconosciuta agli autori negoziali. La giurisprudenza insiste, in tal senso, nell'affermare che «il rapporto tra il contratto collettivo nazionale e quello aziendale, regolato non in base a principi di gerarchia e di specialità proprie delle fonti legislative, ma sulla base della effettiva volontà delle parti sociali, si caratterizza in ragione di una reciproca autonomia delle due discipline (e di un loro diverso ambito applicativo), che ha trovato riscontro nel mondo sindacale anche nell'assetto delle relazioni industriali nel ruolo ad esse assegnato dal Protocollo del 23 luglio 1993, volto infatti ad individuare due livelli contrattuali (nazionale ed aziendale o territoriale) con *competenze separate e predeterminate*, ma tra esse coordinate» ⁽³⁰⁾. Sebbene questa soluzione sia stata concepita all'interno di un sistema negoziale autosufficiente ⁽³¹⁾ quale quello delineato dal Protocollo del 1993, occorre che tra i livelli di contrattazione si verifichi un grado di coesione tale per cui il contratto integrativo aziendale non travalichi la delega conferitagli dal contratto nazionale per disciplinare un determinato istituto che è già regolato dal contratto nazionale nei suoi aspetti essenziali ⁽³²⁾, tanto che per soddisfare appie-

(29) Richiamo la sequenza di accordi sottoscritti a partire dal 2009 con l'accordo interconfederale del 15 aprile (siglato senza la partecipazione della Cgil), attuativo dell'accordo quadro del 22 aprile sulla riforma degli assetti contrattuali, nel 2011 con l'accordo unitario del 28 giugno, nel 2012 con l'accordo sulla produttività del 21 novembre (anch'esso non partecipato dalla Cgil), nel 2013 con il protocollo di intesa del 31 maggio, nel 2014 con il testo unico sulla rappresentanza del 10 gennaio e infine nel 2018 l'accordo interconfederale del 9 marzo.

(30) Cass. 7 febbraio 2004, n. 2362, in *Orient. Giur. Lav.*, 2004, pag. 2 e segg.

(31) In questi termini G. SANTORO PASSARELLI, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, pag. 503; anche in giurisprudenza, Cass. 5 marzo 1986, n. 1445, in *Foro It.*, 1987, I, pag. 520 e segg. con nota di G. TOMMASO, *Recenti tendenze giurisprudenziali sui rapporti tra contratti di diverso livello*.

(32) Cass. 17 novembre 2003, n. 17377, in *Mass. Giur. Lav.*, 2004 e anche *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, pag. 439. In particolare Cass. 12 febbraio 2000, n. 1576, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2000, II, pag. 617, con nota di F. BANO, *Alcuni problemi in materia di accordi collettivi aziendali*, riconosce una «naturale sovraor-

no questa esigenza di coordinamento tra le varie disposizioni della contrattazione collettiva, sono stati elaborate differenti soluzioni - negli accordi separati (2009 e 2012) e in quelli unitari (2011, 2014 e 2018) -, incidenti sia sul piano oggettivo ossia dal punto di vista delle materie di autoregolamentazione sia sul piano soggettivo relativamente al rapporto fra iscritti - non iscritti/ consenzienti – dissenzienti. In una direzione più esplicita, si è affermato che «il contrasto fra contratti collettivi di diverso ambito territoriale (nazionale, regionale, provinciale, aziendale) deve essere risolto non già in base al criterio della gerarchia (che comporterebbe sempre la prevalenza della disciplina di livello superiore) né in base al criterio temporale (che comporterebbe sempre la prevalenza del contratto più recente e che è invece rilevante solo nell'ipotesi di successione di contratti nel medesimo livello), ma secondo il principio di autonomia e, reciprocamente, di competenza, alla stregua del *collegamento funzionale* che le associazioni sindacali pongono fra i vari gradi o livelli della struttura organizzativa e della corrispondente attività» ⁽³³⁾.

Gli accordi in questione prevedono che la contrattazione di secondo livello «si esercita per le materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto nazionale e dalla legge» ⁽³⁴⁾, con la precisazione, nelle intese separate del 2009, che la stessa «deve riguardare materie ed istituti che non siano già stati negoziati ad altri livelli di contrattazione» (c.d. *ne bis in idem*). Da questa impostazione, si discosta parzialmente l'Accordo sulla produttività ⁽³⁵⁾ che nel definire i rapporti tra i livelli contrattuali centrali e decentrati ha previsto che la contrattazione aziendale possa disciplinare direttamente istituti che incidano sulla crescita della produttività a patto che il ccnl preveda, appunto, una «chiara delega» a riguardo (punto 2). Qui l'individuazione della sfera di competenza del secondo livello viene realizzata a monte attraverso i demandi specifici della legge o della contrattazione interconfederale e naziona-

dinazione delle organizzazioni nazionali su quelle locali e di raccordi dei diversi livelli di contrattazione sindacale diretta (...) a fissare un momento unitario per il perseguimento di finalità generali destinate a valorizzare detta autonomia».

(33) Cass. 26 maggio 2008, n. 13544, in *Orient. Giur. Lav.*, 2009, pag. 40 e segg.

(34) Punto 3 dell'Accordo unitario del 2011 e parte terza del Testo Unico del 2014. La stessa espressione è presente anche nell'Accordo quadro del 2009 (punto 11) e nell'Accordo interconfederale del 15 aprile del 2009 (punto 3.2) ma assente nell'Accordo Interconfederale del 2018) dove il sistema di contrattazione collettiva rimane imperniato sul doppio binario, nazionale e aziendale (punto 5, Accordo 2018), capace di garantire ai diversi ambiti specifiche funzioni e caratteristiche entro un «quadro regolatorio flessibile ma coerente nel suo disegno complessivo» (M. RICCI, *L'accordo interconfederale del 9 marzo 2018: una svolta dagli esiti incerti*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2018, 6, pag. 1408).

(35) L'accordo in questione rubricato Linee programmatiche per la crescita della produttività e della competitività in Italia, è stato siglato il 21 novembre del 2012 senza il consenso della Cgil; le parti sociali auspicavano la detassazione del salario di produttività sui redditi di lavoro indipendente fino a 40 mila euro lordi e chiedevano al Governo e al Parlamento, al fine di incentivare la contrattazione di secondo livello, uno sgravio contributivo nella misura del 5% della retribuzione contrattuale percepita. Sulla dubbia efficacia dell'accordo v. per tutti M. BARBIERI, *Un accordo senza respiro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2013, pag. 273.

le⁽³⁶⁾. Nei testi unitari del 2011 e 2014, invece, non riecheggia la formula del *ne bis in idem* in un contesto essenzialmente incentrato sul contratto collettivo nazionale, il solo in grado di «garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni a tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio nazionale»⁽³⁷⁾ né la possibilità per la contrattazione decentrata di svilupparsi a livello aziendale o territoriale secondo la prassi esistente. È evidente che le confederazioni hanno preferito lasciare carta bianca alla contrattazione collettiva nazionale circa l'individuazione degli specifici ambiti di regolamentazione della contrattazione aziendale, ad esclusione della tematica degli «incentivi economici»⁽³⁸⁾ riservata unicamente al secondo livello (aziendale o territoriale). Questa scelta è stata compiuta sia per la delega sia per la deroga per cui essa viene introdotta dalle intese separate⁽³⁹⁾, con dei vincoli di scopo⁽⁴⁰⁾ e procedurali⁽⁴¹⁾ stringenti a conferma della centralizzazione della struttura contrattuale. In modo più prudente⁽⁴²⁾ sono intervenuti i successivi accordi (unitari, del 2011 e del 2014), ammettendo un duplice presupposto per cui il contratto aziendale, anche in via sperimentale e temporanea, possa definire intese modificative delle «regolamentazioni contenute nei c.n.n.l.», nei limiti e secondo le procedure da questi definiti. Tale espressione sembrerebbe alludere, proprio, alla volontà di conglobare nella sfera di competenza della contrattazione aziendale anche istituti non disciplinati dal contratto nazionale. Diversamente, se le «specifiche intese modificative» vengono attuate senza la copertura di un quadro regolativo predisposto dal contratto di categoria, l'oggetto della deroga dovrebbe considerarsi limitato «ai soli istituti del contratto collettivo nazionale» inerenti la prestazione lavorativa, l'orario e l'organizzazione del lavoro.

(36) Cfr. F. LUNARDON, *I contenuti della contrattazione collettiva di secondo livello negli accordi interconfederali 2009-2013*, in *Prisma. Economia Società Lavoro*, 2014, pag. 44.

(37) La medesima espressione è presente nell'Accordo unitario del 2011 (punto 2); nel Testo Unico sulla rappresentanza del 2014 (parte terza, punto 1) e nell'Accordo Interconfederale del 2018 (punto 5, lett. c).

(38) Cfr. sul punto P. CAMPANELLA, *Decentramento contrattuale e incentivi retributivi nel quadro delle politiche di sostegno della produttività del lavoro*, in *Prisma. Economia Società Lavoro*, 2014, pag. 53-78.

(39) Punto 5.1 dell'Accordo interconfederale del 15 aprile 2009 e punto 16 dell'Accordo quadro del 2009 prevedono la possibilità di introdurre «specifiche intese» atte «a modificare, in tutto o in parte, anche in via sperimentale o temporanea, singoli istituti economici e normativi dei contratti nazionali di categoria».

(40) Si tratta di gestire situazioni di crisi delle aziende e di favorire lo sviluppo economico-occupazionale dell'area interessata (punto 5.1 e punto 16, rispettivamente dell'Accordo interconfederale del 2009 e dell'Accordo quadro del 2009); cfr. F. CARINCI, *Una dichiarazione di intenti: l'accordo quadro del 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, pag. 177 e segg.

(41) Le specifiche intese ai fini della loro efficacia devono essere sottoposte al preventivo controllo dall'alto da parte delle federazioni nazionali di categoria (v. punto 5.3 dell'Accordo interconfederale del 2009) e la capacità di modifica è esercitabile sulla base di parametri oggettivi individuati nel ccnl (v. punto 5.2 dell'Accordo interconfederale del 2009).

(42) In questo senso T. TREU, *L'accordo del 28 giugno e oltre*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2011, pag. 613; F. SCARPELLI, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2011, pag. 671 e segg.

L'assetto razionale tra i diversi livelli viene realizzato anche dal punto di vista soggettivo. A tal riguardo, le parti sociali hanno stabilito che, nell'ipotesi a regime, le intese derogatorie sono efficaci (nei confronti del personale in forza) e vincolanti (per le associazioni sindacali espressione delle Confederazioni firmatarie l'intesa) solo se approvate sulla base di un criterio maggioritario che opera diversamente se a sottoscrivere le suddette intese siano solo le Rsu e/o congiuntamente le Rsa ⁽⁴³⁾; mentre, in quella transitoria, è necessario che siffatti accordi trovino il consenso – necessario per contenere il dissenso delle Rsa non firmatarie – «delle organizzazioni sindacali territoriali firmatarie del presente accordo interconfederale o che comunque abbiano formalmente accettato» gli accordi stessi, d'intesa con le rappresentanze sindacali operanti in azienda (Rsa e Rsu).

3. Un nuovo raccordo fra contratti di diverso livello nell'art. 8 d. l. n. 138/2011?

La posizione assunta dal legislatore, rispetto l'oggetto dell'analisi testé condotta, si è caratterizzata per un approccio differente, orientato alla costruzione di un modello di regolamentazione più funzionale all'assetto globale del mercato del lavoro, almeno stando a quanto avvenuto, nel solco della c.d. Manovra di Ferragosto, con l'art. 8 del d. l. n. 138 del 2011 convertito con modificazioni nella l. n. 148.

La conseguenza principale di un simile intervento si è tradotta, sul piano giuridico, nell'aver indebolito il paradigma della normativa inderogabile che, nata quale fondamento del diritto del lavoro per esigenze di protezione e di tutela note ⁽⁴⁴⁾, si è trovata a dover fare i conti con le trasformazioni produttive ed economiche indotte dalla globalizzazione ⁽⁴⁵⁾. Nonostante questo fenomeno di portata dirompente ⁽⁴⁶⁾, è interessante indagare nel caso di specie se l'art. 8 abbia, effettivamente,

(43) Cfr. G. ZAMPINI, *Il Testo Unico del 10 gennaio 2014. Misura e certificazione della rappresentanza sindacale tra Costituzione e autonomia collettiva*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2014, pagg. 629- 654 secondo cui tali contratti possono essere conclusi anche dalla maggioranza dei componenti della Rsu nei casi in cui questa sia presente.

(44) Per uno studio analitico si rimanda a R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976; e più recentemente C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2008, pag. 535 e segg.

(45) La tematica della norma inderogabile viene riletta, in chiave moderna, da R. DE LUCA TAMAJO, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2013, pagg. 715-740.

(46) Sollevano il problema F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga*, Milano, 2011, pag. 1 e segg.; A. GARILLI, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 nel sistema di relazioni industriali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, I, pag. 34 e segg.; D. GOTTARDI, *Deroga della legge e rispetto della normativa comunitaria*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2012, I, pag. 523 e segg.; F. SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le indiscutibili ingerenze del legislatore*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona" n. 127, 2011; A. PERULLI, V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011 n. 148 e della "Rivoluzione di agosto"*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona", n. 132, 2011; L. MARIUCCI, *Un accordo e una legge contro*

provocato un'alterazione dell'assetto tra negozi contrattuali (*rectius* tra contratto nazionale e contratto aziendale) e, in termini ampi, se tale normativa abbia introdotto una gerarchia inedita al nostro diritto e sovversiva dell'impostazione tradizionale incline a ritenere fisiologico il contrasto fra contratti di diverso livello e superabile attraverso l'applicazione degli schemi tradizionali riconducibili alla volontà degli attori negoziali, al criterio cronologico e a quello della specialità.

A tal fine, occorre ricordare che la norma *de qua* affida al contratto di secondo livello (aziendale o territoriale) una capacità derogatoria ampia, esercitabile anche *in peius* e a prescindere da una specifica delega, nei confronti delle «norme di legge e delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi di lavoro», tale da incidere su almeno uno degli istituti «inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione» (comma 2), tassativamente ⁽⁴⁷⁾ elencati ma ricomprendenti gran parte della materia giuslavoristica ⁽⁴⁸⁾; fermo restando una serie di vincoli di sistema

l'accordo, in *Lav. Dir.*, 2011, III, pag. 457 e segg.; G. FERRARO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, n. 129, 2011; A. LASSANDARI, *Dopo l'accordo del 28 giugno (e l'articolo 8 della legge 148): incertezze, contraddizioni, fragilità*, in *Lav. Dir.*, I, pag. 69 e segg.; V. LECCESE, *Il diritto sindacale ai tempi della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2012, 136, pag. 479 e segg.; F. LISO, *Osservazioni sull'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sulla legge in materia di "contrattazione di prossimità"*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, n. 157, 2012; M. MARAZZA, *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, pag. 41 e segg.; S. SCARPONI, *Il rapporto fra legge e contrattazione collettiva a livello aziendale o territoriale*, in *Riv. Giur. Lav.* 2015, I, pag. 115 e segg.; *contra* A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali e territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2011, 10, pag. 682 e segg.; R. PESSI, *Art. 8 della manovra d'estate e tutela reale: molto rumore per nulla*, in www.cuorecritica.it; M. TIRABOSCHI, *Difesa accordata e ragionata della riforma liberista del lavoro*, in *Boll. Adapt*, 12 settembre 2012; moderata la posizione di chi sostiene «esagerata la lettura che vede in questa norma la fine del Diritto del lavoro»: M. NAPOLI, *La tutela del lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, in M. NAPOLI, V. FERRANTE, M. CORTI, A. OCCHINO, *Nuove tendenze nelle fonti del Diritto del Lavoro. Dagli accordi del 2009 al decreto 138*, Milano, 2012.

(47) Corte Cost., 4 ottobre 2012, n. 221, in *Lav. Giur.*, 2012, pag. 1166 e segg. con nota di M. MISCIONE, e anche in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, pag. 1219 e segg. con nota di A. BOLLANI; in questo senso v. anche Trib. Milano 18 febbraio 2016 con cui è stata condannata la società convenuta, V.R.I. Servizi Integrati Spa, per aver ridotto il trattamento economico del ricorrente in applicazione degli accordi sindacali del 28/29 marzo 2013. A tal proposito, il giudice di primo grado ha affermato che «l'effetto derogatorio previsto dall'art. 8 opera (...) solo in relazione alle materie richiamate dal comma 2, tra le quali non è contemplata la riduzione della retribuzione, anche se disposta al fine di garantire una maggiore occupazione».

(48) Gli impianti audiovisivi, l'introduzione di nuove tecnologie, le mansioni del lavoratore, la classificazione e l'inquadramento del personale, i contratti a termine ed altre tipologie contrattuali flessibili tra cui i contratti a orario ridotto, modulato o flessibile e quello di somministrazione nonché il regime di solidarietà degli appalti, la disciplina dell'orario di lavoro, le modalità di assunzione e disciplina del rapporto, comprese le collaborazioni coordinate e continuative, a progetto e le partite Iva, la trasformazione e conversione dei contratti di lavoro nonché le conseguenze del recesso del rapporto di lavoro, eccetto determinate tipologie di licenziamento di cui alla lett. e) dell'art. 8 del d.l. n. 138 del 2011.

– nella versione definitiva dell’art. 8 - costituendi un «*minimum floor*»⁽⁴⁹⁾ entro cui stipulare le intese di prossimità. L’impianto normativo impone che siffatte intese devono essere giustificate per perseguire obiettivi di crescita economica e politica⁽⁵⁰⁾, oltre che per fronteggiare situazioni di crisi aziendali e occupazionali, rispetto ai quali il giudice dovrà valutare l’esistenza di una corrispondenza causale con le intese stesse⁽⁵¹⁾. Da ultimo, la facoltà derogatoria ex art. 8 viene accordata al livello più basso in cui si esprime l’autonomia collettiva ovvero ai contratti collettivi di lavoro aziendali e territoriali. I soggetti abilitati alla sottoscrizione di tali contratti, infatti, sono le «associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale» ovvero le «loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l’accordo interconfederale del 28 giugno 2011». Ne consegue che Rsa e, ove esistenti, Rsu⁽⁵²⁾ potranno siglare tali accordi, senza necessità di confrontarsi con i livelli superiori delle organizzazioni sindacali.

In ogni caso, queste intese, affinché possano esplicare la loro «efficacia nei confronti di tutti i lavoratori», devono essere sottoscritte «sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali». Sebbene si ritenga, sotto questo profilo, necessaria la maggioranza dei soli sindacati presenti alla contrattazione, rimane comunque aperta la problematica relativa a «se gli effetti derogatori e quelli soggettivi *erga omnes* siano necessariamente contestuali»⁽⁵³⁾. Se così fosse, le imprese iscritte (ma anche non iscritte) alle associazioni d’impresa, potranno decidere di sostituire il contratto collettivo nazionale formalmente applicato in azienda con un contratto di prossimità ex art. 8, a condizione di

(49) L. RATTI, *Limiti sovranazionali all’efficacia derogatoria della contrattazione di prossimità*, in *Lav. Dir.*, 2014, I, pag. 127 e A. LASSANDARI, *Il limite del “rispetto della Costituzione”*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2012, I, pag. 511 e segg.

(50) Tra cui, afferma l’art. 8 comma 1, «maggiore occupazione, qualità dei contratti, adozione di partecipazione dei lavoratori, emersione del lavoro irregolare, incrementi di produttività e di salario, investimenti e avvio di nuove attività».

(51) In particolare, la vaghezza del catalogo richiederebbe una selezione specifica delle diverse opzioni sulla base della finalizzazione alla specializzazione organizzativa (cfr. A. GARILLI, *Finalizzazione e oggetto degli accordi di prossimità*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2012, pag. 486). Sul punto, si è peraltro discusso in ordine alla portata del controllo giudiziale che, in alcuni casi, potrebbe ridursi ad una valutazione meramente formale (cfr. par. 3.1).

(52) Ritiene ricompresi tra i soggetti legittimati a siglare contratti di prossimità anche le Rsu, a fronte dell’esplicito richiamo all’Accordo Interconfederale del 2011, R. DEL PUNTA, *Cronache da una transizione confusa (sull’art. 8, l. n. 148/2011 e dintorni)*, in *Lav. Dir.*, 2012, pagg. 31-53. Dalla norma può desumersi che, considerato l’uso della disgiunzione “o”, la rappresentatività sufficiente, ai fini della negoziazione, possa manifestarsi alternativamente sul piano nazionale o territoriale (cfr. V. FILÌ, *Contrattazione di prossimità e poteri di deroga nella Manovra di Ferragosto*, in *Lav. Giur.*, 2011, pagg. 977-985).

(53) M. MARAZZA, *La contrattazione di prossimità nell’articolo 8 della manovra del 2011; i primi passi della dottrina giuslavorista*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, I, pagg. 41- 56.

applicare i limiti ivi individuati. Ciò è successo nella discussa vicenda Fiat ⁽⁵⁴⁾ in cui si è passati da un contratto aziendale avente contenuto normativo e con clausole derogatorie peggiorative ad un contratto specifico di primo livello ⁽⁵⁵⁾ che è «del tutto idoneo a fornire un'esaustiva disciplina normativa e economica di primo livello, anche *sostituendo*, per le società che intendano aderirvi, il CCNL della categoria di provenienza, sia per l'estensione del campo normativo sia per il livello dei trattamenti previsti, complessivamente e individualmente equivalenti o migliorativi» (titolo IV).

Al netto delle questioni giuridiche che il caso Fiat ha fatto emergere sullo sfondo e di cui si è ampiamente dibattuto ⁽⁵⁶⁾, l'ampiezza della capacità derogatoria ex art. 8, comma 2 *bis*, tale per cui il contratto di primo livello potrebbe derogare *in toto* ogni singolo aspetto dei rapporti sindacali e di lavoro di una determinata azienda, determinerebbe un'ingerenza delle competenze stabilite ai diversi livelli a fronte della mancanza di un meccanismo prefissato a monte per attuare correttamente la deroga, generando «una sorta di “stato di eccezione” in azienda» ⁽⁵⁷⁾.

Pertanto stando ad un'interpretazione meramente letterale, è verosimile che il modello derogatorio dell'art. 8 rischierebbe di privare il contratto collettivo nazionale della sua funzione *strictu sensu* regolativa posto che a prevalere, in un'ampia serie di casi, è sempre e soltanto l'accordo di prossimità «a prescindere dal suo impatto migliorativo o peggiorativo sulla distribuzione delle posizioni di

(54) Per una ricostruzione della vicenda Fiat cfr. F. CARINCI (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, Milano, 2011; F. CARINCI, *Al capezzale del sistema sindacale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in F. CARINCI (a cura di), *La contrattazione in deroga*, Milano, 2012, spec. cap. I, pagg. 1-72.

(55) V. Contratto collettivo specifico di lavoro di primo livello del 29 dicembre del 2010, stipulato tra Fiat Spa (da intendersi in sede di sottoscrizione definitiva, in data 13 dicembre 2011, anche Fiat Industrial Spa) e le organizzazioni sindacali nazionali Fim-Cisl, Uilm-Uil, Fismic, Ugl Metalmeccanici e l'Associazione Quadri e Capi FIAT.

(56) *Ex multis*, il problema dell'efficacia derogatoria *in peius* o mera sostituzione del ccnl da parte della contrattazione di prossimità è stata affrontata da Trib. Torino 23 gennaio 2012, in *Riv. Giur. Lav.*, 2012, II, pag. 780 e segg. con nota di V. BAVARO, *Art. 8 della legge n. 148/2011 e questioni giurisprudenziali sull'aziendalizzazione (a proposito di deroghe e sostituzioni del contratto nazionale)* e in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, pag. 710 e segg., con nota di V. PAPA, *Verso l'autarchia contrattuale? L'efficacia erga omnes del contratto collettivo specifico (e separato) al tempo della “prossimità”*; e, con esiti diversi, da Trib. Larino 23 aprile 2012, in *Riv. Giur. Lav.*, 2012, II, pag. 445 e segg. che nega l'effetto sostitutivo del ccnl sulla base del fatto che «l'art. 8 riguarda contratti aziendali e territoriali di secondo livello, non contratti - come il CCSL - di primo livello».

(57) G. FONTANA, *Inderogabilità, derogabilità e crisi dell'uguaglianza*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona” n. 276, 2015, spec. pag. 15; sostiene che l'applicazione della norma in questione possa dare luogo a casi di «aziendalismo spinto», E. ALES, *Dal “caso Fiat” al “caso Italia. Il diritto del lavoro “di prossimità”, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona” n.134, 2011 e a fenomeni di «accentuata aziendalizzazione», G. FERRARO, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2011, pag. 739 e segg. ora anche in *Quaderni Fond. M. Biagi*, n. 2/2011.

debito e credito fra le parti»⁽⁵⁸⁾. Anche se le parti sociali hanno cercato di neutralizzare tale effetto, esplicitando la volontà di attenersi alle regole predisposte con l'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011⁽⁵⁹⁾, comunque la contrattazione di prossimità rimane ampiamente praticata nelle realtà economiche dei singoli stabilimenti industriali⁽⁶⁰⁾.

Rispetto alla problematica posta, può convenirsi sul fatto che l'art. 8 non abbia generato «una trasformazione complessiva dei criteri di soluzione fra contratti di diverso livello, in nome della prevalenza di quello nazionale e dell'esclusivo e limitato potere di deroga assegnato a quelli di prossimità»⁽⁶¹⁾. Sembrerebbe, invece,

(58) A. OCCHINO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 d.l. 138/2011*, in M. NAPOLI, V. FERRANTE, M. CORTI, A. OCCHINO, *Nuove tendenze nelle fonti del Diritto del Lavoro. Dagli accordi del 2009 al decreto 138*, op. cit., pag. 90.

(59) «Confindustria, Cgil, Cisl, Uil concordano che le materie delle relazioni industriali e della contrattazione sono affidate all'autonoma determinazione delle parti. Conseguentemente Confindustria, Cgil, Cisl, Uil si impegnano ad attenersi all'Accordo interconfederale del 28 giugno, applicandone compiutamente le norme e a far sì che le rispettive strutture, a tutti i livelli, si attengono a quanto concordato nel suddetto Accordo interconfederale»; valuta positivamente la postilla acclusa al testo dell'Accordo, M. RICCI, *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: un'inversione di tendenza nel sistema di relazioni industriali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, pag. 43 e segg.

(60) Cfr. sul punto L. IMBERTI, *A proposito dell'articolo 8 della legge n. 148/2011: le deroghe si fanno ma non si dicono*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2013, pag. 270. In proposito, si v. ad esempio il contratto di prossimità tra la Soc. Cooperativa Sociale a.r.l. e Fismic-Filcom- Confsal siglato in data 27 maggio 2013; l'accordo ex art. 8 sulla regolazione dei contratti a tempo determinato che risentono della stagionalità nelle Aziende del settore terziario della Provincia Autonoma di Bolzano e le Organizzazioni Sindacali Provinciali (Filcams-Cgil/Agb, Fisascat-Sgb Cisl, Uil Tucs Trentino Alto Adige Südtirol, Asgb Commercio) stipulato in data 17 giugno 2014; nonché l'accordo siglato, in data 16 aprile 2019, tra la Philip Morris Srl e le Rsu della società, attraverso cui si sono potute dissipare le incertezze interpretative generate, in materia di regolazione di rapporti a termine, dall'adozione della decretazione d'urgenza contenuta nel d.l. n. 87/2018 (v. sul punto N. OLIVETTI, *Storie di azione e contrattazione collettiva – Philip Morris: accordo di prossimità per mitigare gli effetti del decreto dignità*, in www.bollettinoadapt.it, articolo del 3 giugno 2019). Peraltro, per permettere un uso trasparente della contrattazione di prossimità, il d. l. n. 76 del 2013 aveva introdotto l'art. 9, comma 4, che subordinava la validità dei contratti ex art. 8, al loro deposito presso la DTL territorialmente competente; ma tale escamotage venne, successivamente, abrogato ad opera della legge n. 99 del 2013 (c.d. Pacchetto Lavoro).

(61) E. GRAGNOLI, *I rapporti tra i contratti collettivi*, op. cit., pag. 22; di diverso avviso P. ALLEVA, *Titolarità e usurpazione di poteri dispositivi e derogatori*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2012, pagg. 481- 484; R. SANLORENZO, *Rapporti tra livelli contrattuali. Derogabilità del contratto nazionale da parte del contratto di prossimità anche nel caso in cui il contratto nazionale sia attuativo della legge*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2012, pagg. 529-537 la quale afferma «che così si assume una conformazione eteronoma della struttura contrattuale che spoglia il primo livello a tutto vantaggio del secondo. A questo secondo livello, infatti, viene riconosciuto il potere di riscrivere il contratto collettivo nazionale senza peraltro la prescrizione di alcun vincolo procedimentale e sostanziale»; in termini generali si esprime G. SANTORO PASSARELLI, *Il contratto aziendale in deroga*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT*, n. 254 del 2015, spec. pag. 17 «il potenziamento del contratto aziendale in deroga, soprattutto se svincolato dal controllo a monte del contratto nazionale, rischia inevitabilmente di far saltare il primo livello di contrattazione e le relative logiche solidaristiche, a tutto vantaggio di discipline pattizie aziendali che tengono conto esclusivamente di interessi particolari e in cui il sindacato può essere più condizionato dalla controparte».

che il legislatore abbia interpretato le modifiche delle clausole dei contratti nazionali con quelle della fonte legale, considerando le stesse alla stregua di fonti ⁽⁶²⁾. Si tratta, invero, di questioni differenti: la deroga alla contrattazione collettiva nazionale implica da parte dei contraenti privati un esercizio del potere di rappresentanza circoscritto, mentre la deroga alla legge realizza effetti nei confronti di una serie indeterminata di soggetti. Anzi l'affermata previsione della derogabilità (anche *in peius*) alle regolamentazioni contenute nel ccnl, a ben vedere, non si pone neppure in rotta di collisione con l'orientamento giurisprudenziale maggioritario che, superando i limiti di cui agli artt. 2077 e 2113 c.c. ⁽⁶³⁾, ha da sempre sostenuto la piena efficacia e validità del contratto in deroga, se effettivamente voluto dai contraenti, anche se quello di base contrasti con il contratto di vertice ⁽⁶⁴⁾. Le stesse associazioni, in nome dell'interesse collettivo perseguito, possono modificare *in fieri* l'accordo sindacale limitatamente al perimetro di efficacia già assicurato dagli stessi stipulanti, qualora dovessero intervenire ulteriori e diverse esigenze economiche da tutelare. *Mutatis mutandis*, è vero che l'art. 8 travalica il canone gerarchico esistente tra i livelli di organizzazione sindacale, conferendo, invece, valore alle fonti di prossimità e riconoscendo autonomia negoziale anche agli agenti periferici, notoriamente più esposti alle pressioni della controparte. Tuttavia le associazioni sindacali rimangono le sole titolari del potere di rappresentanza e, in quanto tali, possono manifestare una volontà difforme. Tale conclusione non costituisce, di certo, una novità considerato che il criterio gerarchico nella sua versione tradizionale del mandato discendente e irrevocabile, è stato progressivamente superato e non troverebbe un appiglio fondativo neppure nell'art. 39 Cost. ⁽⁶⁵⁾. Ciò che turba la tradizionale impostazione lavoristica delle

(62) Sul punto cfr. E. GRAGNOLI, *I rapporti tra i contratti collettivi*, op. cit., pag. 24, secondo cui «per quanto questa affermazione possa disturbare chi ritiene necessario valorizzare le parole dell'art. 8, il suo riferimento alla deroga fra contratti collettivi di diverso livello non serve a proporre un nuovo sistema di composizione dei contrasti, ma in modo occasionale e all'insegna della ... distrazione del legislatore, è una sorta di corollario al tema centrale affrontato, vale a dire il potere derogatorio dei negozi di prossimità rispetto alle disposizioni inderogabili».

(63) Cass. 23 aprile 1978, n. 2018, in *Not. Giur. Lav.*, 1978, pag. 813; Cass. 16 maggio 1981, n. 3920, in *Giur. It.*, 1982, I, pag. 320: «è ormai *jus receptum* (...) che il contratto aziendale di lavoro è un atto generale di autonomia privata (...), pertanto ad esso non è applicabile il divieto di rinunce ex art. 2113 c.c., come del pari non gli è applicabile la normativa dell'art. 2077 c.c., onde un contratto aziendale può derogare *in peius* al trattamento dei lavoratori previsti da un precedente contratto collettivo di categoria».

(64) La giurisprudenza di legittimità (cfr. nota 2) è pressoché unanime nel ritenere prevalente la regolamentazione di secondo livello, seppur derogatoria *in peius*, accordando rilievo all'«effettiva volontà delle parti contraenti desumibile dal coordinamento delle varie disposizioni della contrattazione collettiva, aventi tutte pari dignità e forza vincolante». Di questo avviso anche la giurisprudenza di merito: v. Trib. Milano, 9 settembre 2008, in *Orient. Giur. Lav.*, 2008, pag. 838; *contra* Cass. 14 luglio 2014, n. 16089, in *www.bollettinoadapt.it*.

(65) Cass. 19 aprile 2006, n. 9052, in *Mass. Giur. Lav.*, 2007, pag. 230.

fonti consiste proprio nell'attribuzione al contratto aziendale, dunque ad un contratto di secondo livello, dell'efficacia soggettiva (*erga omnes*) e contestualmente di quella derogatoria, vieppiù per il tramite di una norma dispositiva.

Puntualizzando sul versante del coordinamento fra fonti eteronome, invece, non convince appieno la tesi di chi ritiene l'art. 8 passibile di abrogazione formale da parte dei decreti attuativi del *Jobs Act* ⁽⁶⁶⁾. Il fenomeno abrogativo, in quanto corollario della temporalità degli ordinamenti giuridici, si verifica «nell'immanenza in qualsiasi norma (di un ordinamento) della condizione (implicita) risolutiva (parziale o totale) della propria efficacia» ⁽⁶⁷⁾; ma non sempre la norma che introduce la condizione risolutiva può considerarsi dotata di efficacia abrogativa, anche se *lex posterior*. Ragionando in base allo schema della posteriorità, si perviene alla conclusione secondo cui le disposizioni poste dalla *lex priori* non verrebbero abrogate con effetto *ex nunc* dall'ordinamento, rimanendo efficaci limitatamente a situazioni già determinatesi (c.d. principio di irretroattività). Piuttosto potrebbe avanzarsi l'ipotesi che l'art. 8, essendo una norma «eccezionale» ⁽⁶⁸⁾, prevalga per il principio della *lex specialis derogat generali* con la conseguenza che si applicherebbe la regolamentazione specializzata rispetto alla quale vige la presunzione di una sua maggiore aderenza alla situazione locale o aziendale, senza che si verifichi una sostituzione automatica della disciplina derogata. Non può trascurarsi l'assunto per cui, nell'interazione tra norma derogata e norma derogante ⁽⁶⁹⁾, la prima conserva la propria efficacia fino quando i casi in essa previsti non rientrano nella regolamentazione della seconda. In linea generale l'eccezionalità dichiarata dell'art. 8 determinerebbe una frattura circa la continuità degli effetti: se «l'eccezione è (...) nell'istituire una nuova corrispondenza» ⁽⁷⁰⁾ tra certi effetti e

(66) G. SANTORO PASSARELLI, *Il contratto aziendale in deroga*, op. cit., spec. pagg. 18-19.

(67) F. MODUGNO, *Antinomie e criteri di risoluzione*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, 1978, pagg. 376-387.

(68) Corte Cost. 4 ottobre 2012, n. 221, in *Lav. Giur.*, 2012, pag. 1166 e segg., secondo cui «trattandosi di norma avente carattere chiaramente eccezionale, non si applica oltre i casi e i tempi in essa considerati», con nota di M. MISCIONE, *In difesa dei "contratti di prossimità", di competenza esclusiva dello Stato*; in seno alla copiosa giurisprudenza di merito v.: Corte. App. Firenze 20 novembre 2017, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2019, pag. 979 e segg. secondo cui «l'art. 8, d. l. n. 138/2011, è una norma di carattere eccezionale e in quanto tale soggetta a stretta interpretazione, di talché l'esistenza di un contratto ex art. 8 non può mai riconoscersi *ex post*, dovendo lo stesso essere concluso e qualificato dalle parti come tale»; più recentemente Trib. Firenze 4 giugno 2019, in *Giur. It.*, pag. 2713 e segg. con nota di G. ZAMPINI, *Contrattazione di prossimità e tutela dell'inquadramento*.

(69) N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, spec. pagg. 63-64, attribuisce alla deroga il significato convenzionale di «una relazione sottrattiva tra due norme».

(70) N. IRTI, *L'età della decodificazione*, op. cit., spec. pag. 59 e segg. L'A. spiega le differenze intercorrenti tra genere e specie e tra regola ed eccezione, rilevando che queste qualifiche, nell'insieme, discendono da giudizi di comparazione che si atteggianno, nel primo caso, se A, allora B; se A + a, allora B + b; se A + a + a', allora B + b + b'. Qui il processo di espansione avviene dal basso verso l'alto al termine del quale la norma generale si contrae fino a disciplinare i soli casi residuali rispetto a quelli non ricompresi

certi atti, la normativa *de qua* adduce, sicuramente, ad una logica diversa ma non per questo sovversiva di una situazione priva di un'adeguata regolamentazione.

3.1. Effetti della contrattazione di prossimità: problematiche applicative

Con l'introduzione dell'art. 8, il legislatore ha voluto promuovere lo sviluppo della contrattazione aziendale, evidentemente ritenuta più efficace nel cogliere le specificità delle singole realtà aziendali (in materia, ad esempio, di strutturazione degli orari di lavoro e di incentivi legati alla redditività). Ciò in controtendenza rispetto l'assetto del sistema di relazioni industriali designato dal Testo Unico del 2014 e dall'Accordo interconfederale del 2018, che ravvisano, invece, il baricentro regolativo nel solo c.c.n.l., cui è attribuita una funzione normativa generalizzata ed unificante, specie con riferimento alla difesa del potere d'acquisto delle retribuzioni, mentre la contrattazione decentrata quale volano delle dinamiche salariali, laddove ammessa, rimane sempre controllata "dall'alto". Calato sullo sfondo di una recessione economica in cui il valore reale delle retribuzioni diminuisce e le disuguaglianze nei redditi di lavoro si acuiscono, il congegno dell'art. 8 della l. n. 148 pone due fondamentali questioni.

La prima concerne il rapporto sussistente tra il potere di derogare alla disciplina legale e le materie oggetto di deregolamentazione da parte della contrattazione di prossimità: si pensi alla tematica del sotto-inquadramento e correlativamente a quella del rispetto del principio costituzionale della sufficienza retributiva ex art. 36, comma 1, Cost. Il secondo quesito, invece, insiste sulla finalizzazione degli accordi in deroga ex art. 8 e dunque sul controllo giudiziale, c.d. *ab externo*, circa la congruità degli obiettivi dichiarati dalle parti contraenti negli accordi medesimi tale da non alterarne il sinallagma contrattuale.

Rispetto alla prima questione avanzata, l'ipotesi da scrutinare riguarda la possibilità attribuita alla contrattazione di prossimità - ex art. 8 comma 2, lett. b - di modificare *in peius* la disciplina «delle mansioni, la classificazione e l'inquadramento del personale» così come cristallizzate dalle parti nel contratto individuale di lavoro e dunque di inquadrare il lavoratore a mansioni inferiori, anche per più di un livello ⁽⁷¹⁾. Tale evenienza, prima della riforma del d.lgs. n. 81/2015, costituiva uno stringente divieto - al pari del principio dell'irriducibilità delle retribuizio-

nell'ambito di applicazione della norma speciale; nel secondo caso, invece, se A, allora B; se A + a, allora B + b; se A + a + a', allora c + d + e: diversamente, la norma eccezionale introduce ad una nuova serie.

(71) Cfr. M. BROLLO, *Mansioni del lavoratore, classificazione e inquadramento del personale*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, Milano, 2012, pag. 371 e segg.; anche M. BORZAGA, *Contrattazione collettiva di prossimità e disciplina delle mansioni: una via per aumentare la flessibilità interna del rapporto di lavoro e la produttività delle imprese*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2013, pag. 996 e segg.

ni - della disciplina garantista di cui all'art. 2103 c.c.⁽⁷²⁾, nella versione introdotta dall'art. 13 della l. 300/1970, la cui tutela era presidiata dalla nullità di ogni patto contrario. Tuttavia, a fronte di esigenze straordinarie sopravvenute e temporanee tali da comportare un diverso assetto della forza-lavoro, era consentito eccezionalmente adibire il dipendente a mansioni inferiori: una scelta questa giustificata, in un'ottica di *extrema ratio*, ad evitare la perdita del posto di lavoro.

Il nuovo testo dell'art. 2103 c.c. così come novellato dall'art. 3 del d.lgs. n. 81⁽⁷³⁾, allentando le briglia dei vincoli legali, accorda al datore di lavoro la facoltà, in presenza di determinati presupposti, di assegnare il lavoratore anche a mansioni appartenenti a (*un solo*)⁽⁷⁴⁾ livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale⁽⁷⁵⁾, ammettendosi lo *ius variandi* sia in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incidono sulla posizione del lavoratore sia quando previsto dalla contrattazione collettiva a qualsiasi livello, compreso quello aziendale (secondo il testo vigente dell'art. 2103 c.c., comma 2 e 4 letto in combinato disposto con l'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015). Proprio su questo terreno, può essere valutata la portata dell'art. 8, capace di valicare il carattere inderogabile della normativa⁽⁷⁶⁾ in quanto fonte contrattuale e fonte legale diventano tra loro fungibili con ripercussioni sul nocciolo duro rappresentato dall'inquadramento del lavoratore, fermo restando il rispetto dei valori costituzionali che, nel loro bilanciamento, non possono di certo essere compromessi. Tra questi figura il principio di sufficienza retributiva, codificato dall'art. 36 Cost. che, avente valore di norma immediatamente precettiva, la giurisprudenza ha utilizzato – a partire dagli anni '50 – per estendere l'efficacia soggettiva dei contratti collettivi anche ai non iscritti all'associazione stipulante, assumendo quali parametri di riferimento i minimi di trattamento retributivo

(72) M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*. Art. 2103, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1997, pag. 189 e segg.

(73) M. BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, a cura di F. CARINCI, Adapt Labour Studies, e-Book series, n. 48, 2015, pag. 29 e segg.; U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.*, in WP CSDLE "Massimo d'Antona", n. 268, 2015.

(74) Di quest'avviso M. MISCIONE, *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, in *Lav. Giur.*, 2015, pag. 442.

(75) Per un'applicazione vigente della nuova normativa v. Trib. Roma, 31 ottobre 2018, in *DeJure*.

(76) Ritiene l'inderogabilità della disciplina legale delle mansioni già, con l'art. 3 del d.lgs. n. 81, «parzialmente prosciugata da un canale che ora la stessa norma scava al proprio interno, affidando ad un'idrovora a tre pompe (sia concessa la metafora) la funzione di sottrarre acqua alla nullità dei patti contrari: l'autonomia individuale pura e semplice (nella forma dello *ius variandi* datoriale o dell'accordo con il lavoratore), il contratto collettivo, il patto in deroga sancito nelle sedi protette» R. VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in WP CSDLE "Massimo d'Antona", n. 262, 2015, pag. 4.

fissati nelle clausole salariali contenute nei contratti collettivi di categoria⁽⁷⁷⁾. Così, si è tentato di colmare il vuoto legislativo derivante dalla mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost. Tuttavia, la regola di adottare come referente socio-economico proprio un contratto collettivo nazionale, per motivi legati alla rappresentatività effettiva delle associazioni stipulanti nella vigenza di un allora pluralismo sindacale forte e unitario, sembra però perdere di valore, avendo la giurisprudenza proceduto, in alcuni casi, alla determinazione giudiziale – ai sensi dell'art. 2099, comma 2 c.c. – «della retribuzione in maniera inferiore rispetto lo standard collettivo di settore»⁽⁷⁸⁾ con il rischio «dell'accrescersi delle diseguaglianze retributive unitamente alla mortificazione dei punti di equilibrio raggiunti dalle parti sociali in sede di negoziazione collettiva»⁽⁷⁹⁾. A ciò si aggiunga il fatto che la mancata identificazione legale della retribuzione sufficiente crea differenziazioni retributive in diversi settori produttivi per funzioni omogenee. Si pensi ai servizi di portierato e guardiania in cui a parità di mansioni, si possono avere livelli retributivi sufficienti diversi contravvenendo allo spirito universalistico proprio dell'art. 36 Cost., come dimostra il caso sottoposto al giudice di prime cure del Tribunale di Torino⁽⁸⁰⁾. Nella fattispecie considerata, «non può affatto escludersi a priori che il trattamento retributivo determinato dalla contrattazione collettiva, pur dotata di ogni crisma di rappresentatività, possa risultare in concreto lesivo» dell'art. 36 Cost., declinato nella sua valenza sinallagmatica e sociale, rispettivamente quale principio di proporzionalità e principio di sufficienza retributiva⁽⁸¹⁾. Qui, la retribuzione garantita dai contratti collettivi della categoria oltrepassa il tasso di povertà assoluta stimato dall'Istat; sotto questo profilo, il contratto collettivo non sembra veicolare «principi di uguaglianza, ma, se mai, rende più radicali e solide le diversità di trattamento»⁽⁸²⁾. Quindi sarebbe auspicabile, nell'operazione di determinazione di adeguatezza della retribuzione, aggiornare il parametro socio-economico di

(77) Secondo P. PASCUCCI, *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro, oggi*. Relazione al Convegno promosso dall'Aidlass, 17 maggio 2018, pag. 19, i contratti collettivi costituiscono «l'unico criterio oggettivamente disponibile che assicura la corrispondenza al precetto costituzionale con una presunzione *iuris tantum*».

(78) P. ICHINO, *La nozione di giusta retribuzione nell'art. 36 della Costituzione*, Relazione al Convegno promosso dall'Accademia dei Lincei, Roma, 22-23 aprile 2010.

(79) P. PASCUCCI, *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro, oggi*. Relazione al Convegno promosso dall'Aidlass, 17 maggio 2018, op. cit., pag. 20.

(80) Trib. Torino 9 agosto 2019, n. 1128, inedita a quanto consta.

(81) S. PALLADINI, *I principi costituzionali in materia di retribuzione e la loro applicazione giurisprudenziale*, in E. GRAGNOLI, S. PALLADINI, *La retribuzione*, Torino, 2012, pag. 39 e segg.

(82) E. GRAGNOLI, *La retribuzione e i criteri della sua determinazione*, in E. GRAGNOLI, S. PALLADINI, *La retribuzione*, op. cit., pag. 15.

riferimento, integrando la fonte collettiva con i dati statistici che tengano in considerazione una serie di variabili tra cui il costo della vita in una zona piuttosto che in un'altra.

Per rispondere al secondo interrogativo posto, invece, occorre premettere che l'impostazione civilistica, tributaria della visione liberistica sottesa al Codice Civile del 1942, ravvisa nel contratto, ex art. 1321 c.c., il principale strumento di circolazione dei beni e della ricchezza in generale ⁽⁸³⁾. Pertanto l'insieme delle cause dirette a limitare o impedire questa funzionalizzazione non sono ammissibili, così al pari non lo è l'attribuzione di un'efficacia reale agli atti di autonomia privata con la conseguenza che, a qualunque livello stipulato, il contratto collettivo non può avere una "forza" diversa da quella prevista per tutti i contratti di diritto comune (art. 1372 c.c.). In tal guisa, l'ordinamento tende ad attribuire certi effetti alla volontà negoziale proprio per promuovere la crescita del traffico giuridico. Alla luce di ciò, è chiaro che il livello di invasività del controllo giurisdizionale sarà meno penetrante quanto maggiore è il valore attribuito allo scambio, soprattutto se si considera il portato dell'evoluzione concettuale della causa del contratto ex art. 1325, n. 2, c.c. che, da funzione economica - sociale ⁽⁸⁴⁾, s'identifica oggi come sintesi dei reali interessi che il singolo contratto è diretto a realizzare a prescindere dallo stereotipo contrattuale astratto ⁽⁸⁵⁾. Come dire che il solo accordo non è sufficiente di per sé a costituire, regolare o estinguere un rapporto patrimoniale: non basta che il contratto sia voluto per essere efficace, occorre verificare la sussistenza di una giustificazione economica - sociale dell'atto di autonomia contrattuale, anche nei confronti dei contratti atipici per i quali il giudice dovrà valutare, in applicazione del principio di cui all'art. 1322 comma 2 c.c., se l'interesse (*id est* la causa concreta) perseguito dalle parti sia meritevole di tutela, stante i limiti generali di illiceità (art. 1343 c.c.) - per contrasto della causa a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume - e di utilità sociale (art. 42 Cost.) ⁽⁸⁶⁾. In questi casi, il giudice dovrà attenersi ad una valutazione di mera legittimità, non potendo sindacare il merito delle scelte tecniche effettuate a monte. Nel raffronto con l'art. 8, considerato che il contratto di prossimità è finalizzato al raggiungimento di almeno uno degli obiettivi

(83) In dottrina, F. GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 2013, pag. 248 e segg.

(84) In giurisprudenza v. Cass. 13 febbraio 2009, n. 3646, in *Mass. Giust. Civ.*, 2009, pag. 238 e segg. e Cass. 4 aprile 2003, n. 5324, in *Mass. Giust. Civ.*, 2003, pag. 4 e segg.

(85) Cass. 17 gennaio 2017, n. 921, in *Guida al Dir.*, 2917, pag. 90 e segg.; Cass. 8 giugno 2017, n. 14262, in *Dir. & Giust.*, 2017, 9 giugno.

(86) C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3. *Il contratto*, op. cit., pagg. 412- 413 secondo cui «la previsione costituzionale che l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale segna un limite generale dell'autonomia privata che si affianca al limite dell'illiceità».

di cui al comma 1 ⁽⁸⁷⁾ seppur ampi e tra di loro inconciliabili, gli stessi debbono comunque essere riscontrabili in concreto fungendo «da parametri alla stregua dei quali verificare la meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti sociali» ⁽⁸⁸⁾, pena la nullità dell'intesa stessa ai sensi del combinato disposto degli artt. 1325 e 1418 c.c.. Di conseguenza, l'intervento giudiziale si limiterà a valutare la sussistenza del nesso causale tra il vincolo di scopo dichiarato nell'intesa e il regolamento giuridico posto in essere, secondo un'impostazione rispettosa, da un lato, del principio di autonomia contrattuale che non ammette incursioni nelle soluzioni adottate in sede collettiva e, dall'altra, della *ratio* della norma *de qua* funzionale a realizzare scambi virtuosi di maggiore flessibilità.

È opportuno ricordare che percorsi analoghi (qui certo richiamabili nei loro fondamentali snodi logico-giuridici), sono stati già da tempo intrapresi in riferimento a vari altri istituti lavoristici, caratterizzati dalla presenza di clausole generali di opinabile decifrazione, rispetto alle quali la giurisprudenza sembra – almeno in linea di principio – attestarsi su di un sindacato di mera legittimità, rispettoso della sfera di discrezionalità delle parti sociali costituzionalmente tutelata. Si pensi, ad esempio, al sindacato c.d. *ab externo* sul potere datoriale di ricorrere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo o di stipulare contratti di lavoro subordinato a tempo determinato in base ad «esigenze tecniche, produttive organizzative e sostitutive» di cui all'ormai abrogato d.lgs. n. 368/2001. In tali fattispecie il giudice, in ossequio al principio costituzionale di libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.), ha generalmente circoscritto il suo intervento alla mera verifica dell'esistenza del presupposto causale ed al conseguente nesso di causalità tra tale presupposto e l'atto giuridico posto in essere, senza valutare la “congruità” delle scelte imprenditoriali ⁽⁸⁹⁾. Si pensi anche ai criteri di scelta convenzionali dei licenziandi di cui all'art. 5, legge n. 223/1991. Emblematica, in tal senso, una (risalente, ma profetica) pronuncia per la quale «il legislatore, col

(87) Attribuisce funzione precettiva ai profili teleologici della deroga, nel senso che il perseguimento degli obiettivi di cui al comma 1 giustificerebbe sia l'estensione dell'efficacia *erga omnes* dei contratti di prossimità a tutti i lavoratori sia la possibilità di derogare le disposizioni di legge e quelle dei contratti collettivi, A. GARILLI, *Finalizzazione e oggetto degli accordi di prossimità*, op. cit., pag. 486.

(88) G. ZAMPINI, *Contrattazione di prossimità e tutela dell'inquadramento*, in *Giur. It.*, 2019, pag. 2717.

(89) Per quest'approccio, cfr. relativamente al licenziamento per g.m.o.: Cass., 7 gennaio 2002, n. 88, in *Rep. Foro It.*, 2002, voce Lavoro (rapporto) [3890], n. 1298; Cass., 16 dicembre 2000, n. 15894, in *Not. Giur. Lav.*, 2001, pag. 340; Cass., 13 novembre 1999, n. 12603, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2000, II, pag. 521, con nota di C. OGRISEG; Cass., 30 marzo 1994, n. 3128, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1995, II, pag. 173, con nota di G. BOLEGO. In dottrina cfr. P. ICHINO, *Diritto del lavoro. Un approccio di labour law and economics*, Milano, 2004, spec. pag. 537 e seg.; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Padova, 2019, pag. 522 e segg. Quanto al contratto di lavoro subordinato a termine di cui al d.lgs. n. 368/2001 (ormai abrogato) cfr. per tutti F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2011, pagg. 390-391 e la giurisprudenza ivi richiamata.

conferire un potere di contrattazione sui criteri di individuazione dei lavoratori da assoggettare a licenziamento collettivo, ha lasciato ai sindacati contraenti un ambito di scelta discrezionale, che non tollera un sindacato giurisdizionale di merito, inteso come sovrapposizione delle scelte del giudice alle scelte dei sindacati contraenti per ragioni di mera opportunità». È tuttavia esercitabile sulle scelte sindacali un «controllo cd. di legittimità; un sindacato, cioè, sul se, nell'operare le scelte contrattuali, i rappresentanti dei lavoratori abbiano avuto di vista il fine per cui la legge ha conferito loro la potestà in discorso o se, invece, le determinazioni negoziali non camuffino finalità diverse, non consentite dalla legge, quali finalità discriminatorie» ⁽⁹⁰⁾.

L'esperienza insegna, però, che non sono mancate «incursioni» e «sconfinamenti», tutt'altro che episodici, anche nel merito delle soluzioni raggiunte in sede collettiva ⁽⁹¹⁾, tanto da indurre a interrogarsi sulla reale utilità di norme che «possono soltanto alimentare il contenzioso, ma non servono né ai lavoratori, né alle imprese» ⁽⁹²⁾.

4. Un'ipotesi di *reductio ad unum* nella contrattazione delegata: l'art. 51 del d. lgs. n. 81/2015.

Una soluzione al conflitto fra accordi di diverso livello, più attenta alle dinamiche afferenti all'organizzazione sindacale e all'interesse sotteso alle scelte negoziali è rappresentata dall'art. 51 del d.lgs. n. 81 del 2015, emanato in materia di riordino dei contratti di lavoro.

Sul piano strutturale, la disposizione in questione interviene in via suppletiva in combinato disposto con le altre norme di rinvio presenti nel decreto n. 81. In particolare, l'art. 51 specifica che i contratti collettivi cui fa riferimento il decreto in questione (e altre normative ⁽⁹³⁾) sono quelli «nazionali, territoriali o aziendali»,

(90) Trib. Bergamo, 12 luglio 1994, in *Lav. Giur.*, 1995, pag. 351, con nota di E. D'Avossa.

(91) Lo stesso Trib. Bergamo, 12 luglio 1994, cit., statuisce, ad esempio, che è verificabile in sede giudiziale la presenza nel contratto aziendale di «un asservimento alle esclusive ragioni dell'imprenditore o dei sindacati stipulanti»; il che sembrerebbe implicare una valutazione anche sulla congruità del sinallagma, improntata a criteri tutti da definire.

(92) P. ICHINO, *L'art. 8 della manovra servirà solo agli avvocati*, in www.pietroichino.it. Secondo l'A.: «Immaginiamo che un lavoratore licenziato chieda in giudizio l'applicazione dell'articolo 18, e che l'impresa si opponga, mostrando che il contratto aziendale ha previsto la disapplicazione dell'articolo 18. Il lavoratore potrà eccepire che il sindacato stipulante non era effettivamente rappresentativo, oppure che il contratto non ha prodotto aumento di occupazione, oppure che esso non è davvero finalizzato al miglioramento della qualità dei rapporti di lavoro, bensì al loro peggioramento. La probabilità che un giudice del lavoro accolga questa eccezione sarà sempre molto elevata». In questo senso anche C. DELL'ARINGA, *I licenziamenti non saranno più facili*, in *«Il Sole 24 Ore»*, 6 settembre 2011.

(93) Si pensi all'art. 50 del Codice degli appalti pubblici (d.lgs. n. 50/2016 così come novellato dal d.lgs. n. 56/2017 e Linee guida n. 13 recanti *La disciplina delle clausole sociali*, approvate dal Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione con delibera n. 114 del 13 febbraio 2019) a mente del quale «per

ove non diversamente previsto e che gli agenti negoziali deputati alla loro sottoscrizione sono le «associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e le loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero la rappresentanza sindacale unitaria». Vengono così previsti due possibili e distinti scenari. Il primo si configura in assenza di una rappresentanza sindacale in azienda e prevede la stipulazione del contratto aziendale da parte del solo sindacato comparativamente più rappresentativo sul piano nazionale. Siffatto contratto è, tuttavia, valido «solo se di maggioranza»⁽⁹⁴⁾ secondo le condizioni stabilite dal Testo Unico del 2014. Il secondo scenario, invece, presuppone l'esistenza di una rappresentanza sindacale in azienda, con esclusione di quei sindacati privi di un vincolo organizzativo con gli agenti negoziali posti al livello nazionale.

Sul piano fattuale, l'art. 51 pone i tre livelli di contrattazione (nazionale, territoriale e aziendale) sullo stesso piano⁽⁹⁵⁾, ammettendo la possibilità per i soli soggetti autorizzati di scegliere quale sia tra questi livelli il più adatto a dover effettuare il rinvio legale nonché i contenuti del rinvio stesso. È indiscusso che i contratti collettivi possono ben disporre della delega con riferimento ad uno degli ambiti selezionati dalla legge, senza che ciò provochi problemi di conflittualità tra le contrattazioni⁽⁹⁶⁾. Tuttavia, in passato questa integrazione veniva asserita sul presupposto secondo cui la contrattazione collettiva potesse rappresentare un «“parametro sociale” a cui la legge si affida per determinare i propri contenuti»⁽⁹⁷⁾. Oggi, nella contrattazione delegata, essendo le fonti collettive equi ordinate, risulta difficile preferire il contratto collettivo di un livello rispetto a quello di

gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015». Sulla portata applicativa in giurisprudenza v. la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. III, 8 giugno 2018, n. 3471, in www.federalismi.it.

(94) P. ALLEVA, *I pericoli dell'accordo interconfederale sulla rappresentanza*, in www.dirittisocialie-cittadinanza.org, febbraio 2014. L'A. prospetta il rischio di una «dittatura della maggioranza» capace di escludere la minoranza sindacale che non vuole sottoscrivere gli accordi. Così anche U. ROMAGNOLI, *La dittatura della maggioranza del sindacato*, in www.uguaglianzaeliberta.it, 18 febbraio 2014.

(95) Cfr. T. TREU, *Nel Jobs Act parità di competenza tra i livelli contrattuale*, in *Giust. Lav.*, 2015, pag. 40; *contra* P. LAMBERTUCCI, *Il contratto collettivo aziendale nell'assetto delle fonti di disciplina del rapporto di lavoro tra autonomia e decentramento controllato*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, Saggi, 1/2016, par. 6, spec. pag. 62.

(96) Adesivo a questa interpretazione è M. FALSONE, *I rinvii alla contrattazione collettiva e il Jobs Act: problemi e sfide della contrattazione aziendale*, in *Nota di Ricerca* n. 3, Università Ca' Foscari di Venezia, Dipartimento di Management, giugno 2016.

(97) In questi termini si esprime A. LO FARO, *Contratto collettivo (lavoro privato)*, in *Enciclopedia Dir.*, Annali, VI, 2013, spec. pag. 211, richiamando la tesi di G. VARDARO, *Differenze di funzioni e di livelli tra contratti collettivi*, in *Lav. Dir.*, 1987, pag. 229 e segg.

un altro, anche se parrebbe che la parificazione tra gli stessi possa condurre ad un rafforzamento ulteriore della contrattazione aziendale o di prossimità ⁽⁹⁸⁾. Questa conclusione sembrerebbe confermata dal mancato richiamo, nell'art. 51, alla "categoria" come luogo tipico di esplicazione della contrattazione collettiva nazionale, tanto da indurre parte della dottrina a dubitare se non sia, a questo punto, l'azienda il terreno «“preferenziale” delle relazioni industriali» ⁽⁹⁹⁾. Ad ogni modo, attraverso l'introduzione dell'art. 51, è vero che in presenza di un rinvio operato dalla fonte eteronoma, il contratto collettivo aziendale può essere abilitato a derogare (anche *in peius*) la propria regolamentazione, tuttavia «la contrattazione collettiva non cambia natura solo perché il legislatore le attribuisce un possibile oggetto di intervento» ⁽¹⁰⁰⁾.

5. Note conclusive.

Occorre prendere atto, in conclusione, che nel diritto sindacale italiano convivono fonti contrattuali e legislative ispirate a diverse visioni di politica del diritto. Ciò non può sorprendere, se si considera gli “estesi fenomeni di destrutturazione e diversificazione funzionale dell'ordinamento giuridico” ⁽¹⁰¹⁾, nel cui ambito sono ormai da tempo individuabili una pluralità di “sotto-sistemi” (o “micro-sistemi”), governati ciascuno da una specifica *ratio* ispiratrice ⁽¹⁰²⁾.

Nel tema che qui interessa, può osservarsi come, da un lato, le parti sociali si servano dell'autonomia collettiva per ribadire costantemente il ruolo “baricentri-

(98) T. TREU, *I rinvii alla contrattazione collettiva (art. 51, d.lgs. n. 81/2015)*, in M. MAGNANI, A. PANDOLFO e P. A. VARESI (a cura di), *Il Codice dei contratti di lavoro, Commentario al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, recante la disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'art. 1, comma 7, della l. 10 dicembre 2014, n. 183*, Torino, 2016, pag. 250; prospettano questa conseguenza nell'ambito del sistema contrattuale, P. PASSALQUA, *Il nuovo modello generale di rinvio legale all'autonomia collettiva ex art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015: l'equiordinazione tra i livelli della contrattazione collettiva*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2016, pag. 273 e segg. e M. FALSONE, *I rinvii alla contrattazione collettiva nel d.lgs. 81/2015*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2016, pag. 1703 e segg.; di diverso avviso S. MAINARDI, *Le relazioni collettive nel “nuovo” diritto del lavoro in Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Atti delle Giornate Aidlass – Napoli, 2016, pag. 22 secondo cui «è indifferente che la materia venga regolata dall'uno o dall'altro livello contrattuale, essendo piuttosto il focus concentrato, oltre che nella fissazione di un criterio sussidiario di individuazione del livello di contrattazione utile alla delega, soltanto sui requisiti che devono possedere gli agenti negoziali abilitati alla stipula».

(99) U. GARGIULO, *L'azienda come luogo “preferenziale” delle relazioni sindacali?*, in *Lav. Dir.*, III, 2016. V. anche G. P. CELLA, *Produttività e relazioni industriali*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2013, spec. pag. 138 e segg.

(100) M. NAPOLI, *I rinvii legislativi e i caratteri dell'autonomia collettiva*, Intervento in AA. VV. *Autonomia collettiva e occupazione*, Milano, 1998, pag. 165.

(101) M. D'ANTONA, *L'anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1990, pag. 207 e seg. (qui ripubblicato in *Riv. Giur. Lav.*, 2009, I, pag. 405).

(102) È la proposta metodologica di carattere generale formulata da M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2000, n. 1, pag. 1 e seg. (ora in ID., *Diritto del Lavoro*, Padova, 2004, spec. pagg. 84-87); cfr. al riguardo anche N. IRTI, *L'età della decodificazione*, op. cit.

co” del c.c.n.l. (cui spetta di definire materie e tempistiche della contrattazione decentrata, secondo un *leit-motiv* risalente dai grandi accordi concertativi degli anni ‘80 del secolo scorso). La convinzione di fondo, di ispirazione marxiana, è che i processi economici vadano governati in modo accentrato, al fine di evitare eccessive sperequazioni che finirebbero col minare l’unitarietà dei lavoratori e dunque, in definitiva, il loro stesso potere negoziale. Può rilevarsi, dall’altro lato, come il legislatore sia poi di recente direttamente intervenuto sulle dinamiche inter-sindacali, scommettendo sul decentramento delle relazioni sindacali come occasione di rinnovamento nella gestione del personale e come strategia di rilancio della produttività del lavoro e della competitività del sistema produttivo nazionale⁽¹⁰³⁾.

Tutto ciò genera inevitabilmente delle tensioni: è innegabile che sul complesso ordito negoziale intessuto dalle parti sociali tra il c.d. Testo Unico sulla rappresentanza del 2014 e a.i. del 2018 penda, come una spada di Damocle, il potenziale effetto destrutturante della legislazione citata, in teoria attivabile anche da parte di quegli stessi attori sindacali, già sottoscrittori degli accordi interconfederali sulla rappresentanza. È evidente che ciò esporrebbe tali attori a delle conseguenze sul piano politico-sindacale, senza che possa essere intaccata la validità o l’efficacia del negozio collettivo decentrato in deroga.

Un possibile momento di “sintesi” tra accentramento e decentramento delle relazioni sindacali potrebbe individuarsi nel fatto che il c.c.n.l., secondo l’a.i. del 2018, dovrà individuare il trattamento economico complessivo (t.e.c.) e il trattamento economico minimo (t.e.m.: i tradizionali “minimi tabellari”). La novità è rappresentata dal citato t.e.c., che dovrà includere tutti quei trattamenti economici (comprese le forme di *welfare*) che il c.c.n.l. qualificherà come “comuni a tutti i lavoratori del settore” a prescindere dal livello di contrattazione a cui il medesimo c.c.n.l. ne affiderà la disciplina. Par quindi di capire che i contenuti monetari di alcune componenti del t.e.c. potranno definirsi in sede aziendale e – si presume – in modo differenziato da azienda ad azienda. Il t.e.c. verrà dunque probabilmente a delinearsi come una miscela di elementi definiti in sede nazionale (uguali per tutti) e di elementi quantificati in sede aziendale (diversi da azienda ad azienda). Il c.c.n.l. dovrà poi disciplinare, per i medesimi trattamenti che entrano nel t.e.c. “gli eventuali effetti economici in sommatoria tra il primo e il secondo livello di contrattazione”. Da notare che l’applicazione di questa importante parte dell’accordo viene lasciata alle oo.ss. categoriali senza fissare alcuna regola di carattere generale. Ciò “comporta un passo verso il decentramento contrattuale”⁽¹⁰⁴⁾.

(103) Secondo i dati diffusi dal Ministero del Lavoro attraverso il report del 20 ottobre 2020, i contratti aziendali e territoriali legati alla detassazione dei premi di produttività sono in totale, alla data del 14 ottobre scorso, 13.630 attivi di cui 10.532 aziendali e 3.093 territoriali.

(104) C. DELL’ARINGA, *Relazioni industriali alla prova del dopo elezioni*, in *lavoce.info* del 13 marzo 2018.

Tali considerazioni sono corroborate dalla dichiarata intenzione di «adottare nelle relazioni industriali un modello di «*governance* adattabile» in grado di assicurare coerenza di sistema, pur nel rispetto delle differenti peculiarità che connotano i settori, i territori e le aziende». Non solo, quindi, si prende realisticamente atto delle diverse esperienze maturate nelle varie categorie, ma si riconosce la possibilità e l'utilità di diverse sperimentazioni. Sembra così ammettersi l'eventualità anche di accordi decentrati di deroga al t.u.r. da giustificarsi in rapporto alle specificità territoriali e/o aziendali. L'espressione, suggestiva e – per così dire – “diplomaticamente ambigua”, evoca, infatti, scenari (ancora futuribili e di non agevole decifrazione) caratterizzati da una diversa ripartizione di competenze fra livelli di negoziazione, magari anche mediante “riscoperta” e “rivitalizzazione” dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011. La invocata “coerenza di sistema” potrebbe esser qui salvaguardata mediante forme di “autorizzazione” *ad hoc*, rilasciate da istanze sindacali superiori, ad un decentramento negoziale più accentuato per determinati settori produttivi caratterizzati da particolari esigenze di organizzative o gestione del personale.

Certo potrebbe fondatamente dubitarsi della “sostenibilità” – in rapporto con l'art. 39 Cost. e con lo stesso art. 1322 c.c. – della norma di legge indicata, che ricorre al “principio maggioritario” quale criterio di legittimazione dell'efficacia derogatoria, nel primo caso, e *ultra partes*, nel secondo, in un ordinamento che non ha mai conosciuto nel settore privato alcun sistema affidabile di misurazione della rappresentatività dei soggetti collettivi. Sembra, tuttavia, ragionevole prevedere che tali criticità potrebbero, almeno in parte, superarsi quando i meccanismi contrattuali di verifica della rappresentanza troveranno effettiva e diffusa applicazione ⁽¹⁰⁵⁾. Ad oggi, l'impegno in tal senso profuso dalle istituzioni, (in primis INPS, CNEL e INL) si è tradotto nella predisposizione di un codice alfa numerico da attribuire a ciascun contratto collettivo nazionale di categoria ⁽¹⁰⁶⁾ al fine di

(105) Per un significativo passo avanti in tal senso la Convenzione stipulata il 19 settembre 2019 tra l'INPS, l'Ispettorato Nazionale del Lavoro, Confindustria, CGIL, CISL, UIL per l'attività di raccolta, elaborazione e comunicazione del dato associativo nonché per l'attività di raccolta del dato elettorale e per la sua ponderazione con il dato associativo e, da ultimo, cfr. le Convenzioni n. 108 e 109 del 24 settembre 2020, rispettivamente tra l'INPS, l'Ispettorato Nazionale del Lavoro, Confapi, CGIL, CISL, UIL e l'INPS, l'Ispettorato Nazionale del Lavoro, Confservizi, CGIL, CISL, UIL

(106) Cfr. art. 16 *quater* del d.l. n. 76 del 2020 convertito con modificazioni nella l. n. 120 dell'11 settembre 2020, secondo cui «Nelle comunicazioni obbligatorie previste dalle disposizioni di cui all'articolo 6 del decreto legislativo 19 dicembre 2002, n. 297, e nelle trasmissioni mensili di cui all'articolo 44, comma 9, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, il dato relativo al contratto collettivo nazionale di lavoro è indicato mediante un codice alfanumerico, unico per tutte le amministrazioni interessate. Tale codice viene attribuito dal Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (CNEL) in sede di acquisizione del contratto collettivo nell'archivio di cui all'articolo 17 della legge 30 dicembre 1986, n. 936. La composizione del codice è

contrastare fenomeni di dispersione contrattuale. Non si tratterebbe di un mero meccanismo procedimentale ma, al contrario, di un «inedito rapporto di integrazione gestionale tra istituzioni e parti sociali, che proprio nell'esercizio della contrattazione collettiva trovano il terreno elettivo della propria funzione di rappresentanza» ⁽¹⁰⁷⁾. In questa direzione, già la circolare dell'INL del 28 luglio 2020 aveva delineato una serie di istituti contrattuali prevedendo che la possibilità di deroga e/o integrazione fosse, per alcuni di questi, attribuibile ad opera dei soli "contratti leader" ovvero di contratti collettivi nazionali di categoria sottoscritti da organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Mentre, per altre materie, la possibilità di deroga sarebbe possibile anche da parte di qualsiasi contratto collettivo «a prescindere da una rappresentatività dei sottoscrittori».

ABSTRACT: L'articolo si occupa di analizzare l'annosa questione del rapporto tra contratti collettivi a diverso ambito di applicazione in cui la mancanza di un intervento eteronomo ha creato non poche incertezze interpretative. In particolare, vengono evidenziate le differenti soluzioni elaborate nell'ambito dell'ordinamento sindacale "materiale" e volte ad affermare la prevalenza del livello aziendale sulla base dell'autonomia negoziale riconosciuta ex art. 1322 c.c. agli attori sindacali. Tale prevalenza viene enfatizzata, oltremodo, nell'art. 8 del d. l. 138/2011 senza, però, che ciò provochi uno stravolgimento dell'assetto delle fonti contrattuali anzi la legislazione successiva stabilirà proprio un ordine tra i vari livelli di contrattazione.

ABSTRACT: The article deals with analyzing the long-standing problems of the relationship between collective bargaining agreements in different level of application in which the lack of regulatory intervention has created many interpretative uncertainties. In particular, the different solutions developed within the "material" trade union system are highlighted and aimed in affirming the prevalence of the company level on the basis of the negotiating autonomy recognized to art. 1322 c.c. to union actors. This prevalence is emphasized, extremely, in art. 8 of d. L. 138/2011 without, however, causing this to change the structure of the contractual sources, or rather the subsequent legislation will establish a balance between the various levels of bargaining.

definita secondo criteri stabiliti dal CNEL d'intesa con il Ministero del lavoro e delle politiche sociali e l'Istituto nazionale della previdenza sociale».

(107) Cfr. *Notiziario Mercato del Lavoro e Archivio nazionale dei contratti collettivi*, n. 4 del 2020, pag. 20.

QUESTIONI

FRANCO CARINCI
già Prof. ord. dell'Università di Bologna

ELOGIO DELLA LEZIONE FRONTALE IN PRESENZA

1. Chi avrebbe potuto parlare della c.d. lezione frontale in presenza come si diceva una volta con una espressione evocatrice di una scena di guerra, con a mezzo fra la cattedra e la prima fila di banchi una sorta di terra di nessuno, chi, dicevo se non un *ex* professore abituato a viverla dall'una all'altra parte dal primo giorno all'ultimo della sua lunga vita universitaria. Da studente, ho frequentato i corsi, affollando le aule grondanti glorie passate della sede centrale dell'Università bolognese, che già da allora a fatica contenevano le poche decine di iscritti; poi, da docente, ho viaggiato molto, come si usava prima di poter tornare alla propria sede originaria, da Bologna a Trento, da Trento ad Ancona, da Ancona a Sassari, da Sassari di nuovo a Bologna, ho conosciuto gli svantaggi e i vantaggi delle sedi esterne: da un lato i viaggi, gli alberghi, i radicamenti relativi quasi si fosse sempre di passaggio, dall'altro, i rapporti più stretti coi colleghi degli stessi turni settimanali, spesso anch'essi esterni, maggiori ore dedicate alla didattica, esperienze autonome di gestione accademica, destinate a farti maturare fuori della cerchia stretta dei tuoi maestri. Ho conosciuto la vita studentesca delle serate, la quieta soggezione e la spavalda contestazione, la continua corrente di una gioventù che cambiava continuamente.

Certo già da studente la lezione non era più una traduzione della ricerca nella didattica, era ormai svolta sulla scia di manuali e dispense predisposte proprio in funzione dell'apprendimento finalizzato all'esame, sì che non pochi iscritti la disertavano, per concentrarsi sui testi; al tempo, la frequenza era obbligatoria, ma il bidello, circondato da una aureola di autorità, raccoglieva le firme necessarie dietro una modica mancia. Almeno per il primo biennio sono stato assiduo, sia pur lasciando il primo banco alle rare colleghe in una Facoltà ancora prevalentemente maschile, mi piaceva seguire quello che consideravo un rito, con il ritardo accademico di un quarto d'ora, l'ingresso accompagnato da un improvviso zittio, il fluire del discorso del docente di rado ripetitivo dei testi; ma non spesso preoccupato di sentirsi seguito, quasi che l'impegno consistesse solo nell'esaurire un argomento, poi che chi ascoltava seguisse o no sembrava essere un problema del tutto estraneo, ricadente sulle spalle di ogni singolo presente.

Non era usuale scendere dalla cattedra, che di per sé garantiva la assoluta centralità di chi l'occupava, rialzata dal pavimento su un auditorio degradante

dall'alto, sì che, al tempo stesso, permetteva di vedere ed essere visti; né era usuale prospettare domande, nel corso stesso o al termine della lezione. Il professore, così come veniva così spariva, entrando e sparendo come dal nulla, senza alcun accompagnamento, non c'era ancora tutto il codazzo di collaboratori, rarissimi quelli forniti di un posto in organico. C'era solo un duplice obbligo da rispettare severamente, entrare prima ed uscire dopo il professore e mantenere il più assoluto silenzio, anche se il rispetto di tutto questo dipendeva largamente dal grado di autorevolezza di chi parlava dalla cattedra, perché qualcuno non riusciva a tacitare il mormorio che avanzava dal fondo dell'aula, come una nube di polvere ingrossata dal vento.

2. In quegli anni ho imparato i vantaggi e i difetti della lezione frontale, che poi avrei tenuto presenti nella mia cinquantennale pratica, se pur dovendoli adattare ai cambiamenti dovuti all'incredibile incremento del numero dei partecipanti, tanto da finire ad essere costretto a farla in cinema, capaci di ospitare alcune centinaia di giovani; la voce, neppure sostenuta da un microfono, si perdeva a metà della sala, da dove una risacca di risate, battute, provocazioni risaliva gonfiata dalla tenuta sonora del soffitto. Ma a contare non era solo il numero, ma anche e soprattutto l'atteggiamento degli studenti, variante da una generazione all'altra in maniera stupefacente, dall'aggressività antiautoritaria più spinta alla passività più assoluta, dalla contestazione alla soggezione. La lezione frontale si è sempre rivelata come una relazione di forza fra il docente e il suo auditorio, quasi come un attore recitante di fronte al suo pubblico, non fisico ovviamente ma psicologico, contando sul credito acquistato col suo sapere, senza mai brandirlo come un dato acquisito una volta per tutte, assoluto ed incondizionato, resistendo pazientemente al tentativo non di problematizzarlo, ma di destoricizzarlo, facendone un prodotto messo a punto in un lungo corso di tempo. Ecco a me è servito sempre, da modesto artigiano del diritto, sia nello scrivere che nell'insegnare, privilegiare lo sviluppo di un istituto, cercando di individuare l'esistenza o meno di un filo rosso che servisse a caratterizzarlo, rispetto a cui le varianti andavano lette nella loro portata congiunturale; ma una volta delineato lo sfondo di un percorso a volte pluridecennale, bisognava concentrarsi sul dato positivo con un metodo rigoroso, sempre, però aperto al dubbio. Mi è stato d'ausilio un convincimento, che cioè il diritto non è una geometria euclidea, che permetta di chiudere la soluzione di un problema con un c.v.d., sì che la certezza interpretata in maniera assoluta lo condannerebbe ad una sorta di imbalsamazione; il diritto vive di una sua vita in simbiosi con la realtà, nasce e rinasce continuamente, sì che possiamo avere il senso del fine del suo moto, provando e riprovando ogni passo. La certezza del diritto è correlata alla pazienza con cui lo si scruta.

3. Ho sempre guardato con una punta di scetticismo le università telematiche, che concedevano cattedre a colleghi che non riuscivano a trovarne altrove, mi sono costretto a guardare qualche lezione *on line*, qualcosa che nonostante lo sforzo del docente, procurava un senso di freddo isolamento, come se uno parlasse solo a se stesso, con un pubblico invisibile fino a riuscire inesistente. Ecco quello che mancava, quel rapporto diretto con chi ti ascolta capace di farti sentire seguito, anche se tieni gli occhi chiusi, come un pianista che suona senza guardare i tasti, trovandoli istintivamente sotto le sue dita.

Se ogni volta non riesci ad incuriosire te stesso, come puoi pretendere di rendere curioso il tuo pubblico, per questo non devi seguire pedissequamente il manuale, che offre un completo panorama del programma, ma di per sé non spiega neppure come leggerlo. All'esame capita di vedere dei testi segnati e risegnati più volte, come se ricalcare le righe fin quasi a stracciarle sia la migliore maniera di mandarla memoria. Spiegare anzitutto come studiare, avendo la capacità di selezionare e scalettare l'argomento, ripetere a voce alta usando parole proprie, ma senza dimenticare quelle che sintetizzano concetti base, perché la lingua giuridica ha un vocabolario tutto suo. Capita spesso che lo studente dica che ha capito, ma non riesce a spiegarlo, ma deve imparare che si è capito solo quello che si è poi in grado di far comprendere ad un altro, questo è un punto fondamentale dell'apprendimento, senza di cui rimane solo una vaga impressione. In genere lo studente si difende dicendo che ha letto e riletto il testo più volte, ma è proprio questo che tradisce, perché fa solo affidamento su una memoria non aiutata da una comprensione effettiva.

Insegnare a studiare sul manuale, con l'ausilio di sintesi e schemi che una volta dovevano essere fatti dallo stesso studente ed ora si ritrovano in molti manuali; ma questo non per doversi far carico di seguirlo alla lettera lezione per lezione. Dell'esaurimento dell'intero programma devono farsi carico i testi, non le lezioni, perché esse hanno per compito precipuo insegnare il metodo, perché questa è la sola cosa che non è dato imparare altrove, ma al tempo la sola cosa che rimarrà come chiave d'accesso ad un diritto in continua evoluzione. In questa logica fondamentale è far apprendere l'uso delle fonti di ricognizione del diritto, legislazione, giurisprudenza, una volta cartacee reperibili con non poca fatica nelle biblioteche, oggi facilmente accessibili nelle banche dati, ma con l'abitudine a dare la priorità ad un dialogo diretto e non intermediato con le norme, perché rimane fondamentale l'acquisizione di un occhio diagnostico, simile a quello di un medico che già al primo approccio, dal colore del viso, dal respiro, dall'andamento del passo, coltiva un primo *imprinting*.

4. C'è dell'altro nella lezione frontale che, comunque, non dovrebbe coinvolgere più di un centinaio di persone, perché oltre ad un certo numero perde il calore di

una comunità che si rinsalda, lezione dopo lezione, con un processo di socializzazione, che si prolunga anche al di fuori, creando collaborazioni nello studio, amicizie, relazioni sentimentali, dando una identità a quelli che frequentano un certo anno del corso, nel nome del docente, destinata a volte a sopravvivere negli anni. Ma il processo di identificazione richiede un'interfaccia con la platea, col porre domande ancor più che attivarle, perché è riscontrabile una notevole resistenza a esporsi in faccia ai colleghi; ma se il professore le pone, scegliendo chi sarebbe tenuto a rispondere, per poi far slittare la domanda rimasta senza risposta su qualcun altro, attiva una capacità fondamentale per molti sbocchi di lavoro centrati sulla capacità di parlare in pubblico. Non secondaria è l'assegnazione di *paper*, perché c'è una crescente tendenza a dimenticare sintassi e ortografia, creando una sorta di competizione e facendo leggere il lavoro migliore da chi lo ha steso, favorendo l'apporto individuale rispetto a quello di gruppo, per mia esperienza troppo spesso utilizzato a copertura della pigra inerzia di alcuni dei componenti. Ricordo al riguardo un episodio personale che dice non poco sul mio carattere: frequentavo, nel secondo anno, diritto del lavoro tenuto da Tito Carnacini, il processualista che ha fondato la Scuola Bolognese; questi, una volta tornato in aula col fascio di *paper*, non più di qualche decina, pronunciò ad alta voce il mio nome, chiedendomi di andare a leggere il mio scritto. Rimasi basito, nel risalire il corridoio fra le due file di banchi, farfugliai ad alta voce che non poteva essere, essendo il compito completamente sbagliato, con una reprimenda dello stesso Carnacini; ma, a tutt'oggi, io sono rimasto convinto che avevo ragione.

5. Una volta non era così, ma alla fine della mia esperienza universitaria, si è cercato di coniugare i corsi istituzionali a quelli monotematici, spostando i professori più anziani su questi ultimi, riservati agli iscritti, così facendo della lezione frontale qualcosa di diverso anche dal punto di vista del contesto, una aula piccola, preferibilmente con un tavolo centrale, un molto maggiore interscambio fra docente e discenti, dove riesce più facile dare tesi più impegnative e selezionare tra i frequentanti quelli maggiormente dotati e desiderosi di proseguire gli studi attraverso i dottorati.

Non mi sono mai nascosto che un docente universitario, privilegiato dal dono incommensurabile di non sentire il trascorrere del tempo bruciargli il mondo d'intorno, perché sempre a contatto con giovani che si succedono, segnati dai tempi che vivono, deve essere in grado di trasmettere non solo dati e meccanismi tecnici ma anche valori, cosa facilitata dal fatto che sono iscritti nella nostra Costituzione. Non si insegna una lingua solo per comunicare, ma per comunicare qualcosa, certo la capacità di maneggiare la legge in vista della soluzione di una data questione, ma anche quella di intravedere oltre una tecnica che, confinata

in se stessa, può riuscire tremendamente pericolosa, cioè quell'utopia di una perfetta corrispondenza dei piatti, di una bilancia, la stessa raffigurazione scelta da più di una religione per la computa dei meriti e demeriti del defunto.

Il diritto è campo aperto al dubbio continuo che travaglia l'intelligenza, ma al tempo stesso al *decisum* che chiama in causa la volontà. Il fatto è che i giovani tollerano male l'asettica neutralità, mentre possono essere conquistati da una guida che conquisti la loro fiducia, quella loro ricerca di un referente che non riescono a trovare né in famiglia né fuori, nella realtà massmediatica che li confonde e impoverisce. Una guida difficile perché non deve spingere fino a plagiare, facendo crescere la loro deresponsabilizzazione, la vera cancrena della società contemporanea; bisogna abituarli a camminare sulle proprie gambe, specie nel primo passaggio dalla scuola all'università, dove passano da una rigida etero-direzione ad una flessibile auto-organizzazione.

La cosa più difficile è dar prova di onestà intellettuale, per cui per prima cosa bisogna dar conto del proprio entroterra ideologico, cioè non del proprio credo politico/partitico, con una qual sorta di collocamento nel *continuum* sinistra/destra, oggi peraltro di poco o nessuno significato rispetto alla soluzione dei problemi assillanti; farlo, perché poi non emerga surrettiziamente nel corso delle lezioni. Che vuol dire questo? Vuol dire semplicemente prospettare la propria idea della funzione del diritto nella nostra società, con particolare attenzione al settore coltivato, dando importanza alla traduzione positiva dei valori operati dalla nostra Costituzione, ma senza sottovalutarne assolutamente la natura compromissoria, affidata alla giurisprudenza di una Corte, per sua stessa composizione e durata influenzata dalla congiuntura storica. Tale onestà intellettuale deve essere trasmessa agli studenti, che devono apprendere a conoscere il loro *background*, per non farne l'unico metro di giudizio, alimentando un sentimento partigiano e intollerante, che toglie equilibrio al giudizio.

La lezione frontale non deve essere considerata disgiunta né dalle esercitazioni né dagli esami. Per le esercitazioni l'ideale sarebbe di poter costituire gruppi non troppo affollati, da far gestire dai collaboratori, su parti diverse del corso, in una prospettiva maggiormente finalizzata agli esami; per gli esami dovrebbe giovare la conoscenza acquisita dal docente nel corso delle lezioni, con uno sforzo di cogliere quello che sta dietro il volto dell'esaminando, senza timore di rendere a volte il dialogo confidenziale di fronte a qualche smarrimento ben percepibile. Aggiungo che spesso, almeno con riguardo al mio costume di esaminatore, ho ripetuto di stare attenti alla domanda, che non dovrebbe essere di mero richiamo di un istituto o di un pezzo del manuale, ma contenere in sé elementi destinati a facilitare la risposta, per verificare un apprendimento non meramente mnemonico.

6. Tutto questo e altro ancora appartiene al passato? Qualunque apprezzamento si possa fare alla lezione a distanza, sempre che non si riduca ad una lezione frontale, che allora è sicuramente perdente rispetto a quella in presenza, resta pur sempre il dover comunicare, oltre alla nuda esposizione della norma e della sua interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, qualcosa di più, fra l'estetico e il valoriale, la bellezza di una lingua destinata a governare la convivenza e la forza identitaria di una comunità, che si allarga in cerchi concentrici dal paese al mondo. È possibile farlo con la lezione da remoto?

GIURISPRUDENZA DOCUMENTI

Trib. Palermo, 24 novembre 2020, n. 3570 – Est. Marino – Ric. M.T. c. F. S.r.l.

Lavoro mediante piattaforma digitale – *Riders* – Qualificazione del rapporto di lavoro – Etero-direzione – Sussiste – Natura subordinata del rapporto.

Il rapporto di lavoro dei c.d. riders addetti alla consegna del cibo a domicilio ha natura subordinata ex art. 2094 Cod. Civ. laddove, tramite l'utilizzo di algoritmi, la società che gestisce la piattaforma digitale eserciti il potere direttivo, di controllo e disciplinare sul lavoratore, la cui prestazione viene ad essere funzionalmente integrata nell'organizzazione produttiva dell'impresa committente.

FATTO E DIRITTO

Con ricorso depositato il 29 luglio 2020, il ricorrente, premesso di avere svolto attività di ciclofattorino (*id est* “*rider*”) in favore della F. s.r.l., sin dal 28 settembre 2018, dedusse di avere prestatato attività lavorativa in forma continuativa sino al 3 marzo 2020, quando venne disconnesso dalla piattaforma e mai più riconnesso alla medesima, nonostante le sue ripetute fondate richieste, e impugnò la condotta datoriale quale licenziamento orale, discriminatorio e ritorsivo, in relazione alle legittime richieste poco prima avanzate nei confronti della società, di fornitura dei DPI e di applicazione di condizioni di lavoro più trasparenti e favorevoli, minacciando azione giudiziaria; rivendicò la natura subordinata del rapporto di lavoro, in ragione delle concrete modalità di svolgimento della prestazione lavorativa nella fase di esecuzione degli ordini ricevuti. Descritto il modello organizzativo imposto dalla società convenuta, il ricorrente dedusse, infatti, che F. s.r.l. non consente alcuna autonomia in sede di ritiro e consegna dei prodotti e nella determinazione del corrispettivo, dando luogo ad una subordinazione in fase di attuazione del rapporto, e che tutta l'attività del ciclofattorino è caratterizzata dall'assenza di autonomia, da un puntuale e dettagliato coordinamento da parte della convenuta e da sanzioni e penalizzazioni atipiche in caso di scostamenti dal modello organizzativo. Chiese, quindi, in principalità di qualificare il rapporto di lavoro come subordinato ed in subordine quale collaborazione eteroorganizzata, ex art. 2 del D.Lgs. 81/15, che impone, in ragione della equiparazione normativa (Cassazione, 24 gennaio 2020 n. 1663), l'applicazione ed il rispetto della disciplina del lavoro subordinato.

Chiese, quindi, oltre che l'applicazione della normativa sui licenziamenti nulli, altresì l'applicazione, anche per via equitativa, della disciplina di settore prevista dal CCNL (Trasporti e Logistica o in subordine Commercio e Terziario), nonché il riconoscimento come tempo di lavoro delle frazioni temporali nella quali è stato “a disposizione della società” in attesa di ricevere un ordine ovvero è stato impegnato in attività ausiliarie, proponendo domanda di condanna al pagamento di differenze retributive.

Da ultimo il ricorrente richiese l'applicazione della speciale sanzione prevista dall'art. 47 *ter* D.Lgs. 81/15, per il comportamento omissivo della convenuta rispetto alle informazioni essenziali per la tutela dei propri diritti che egli aveva sollecitato.

In particolare, il ricorrente espose in punto di fatto l'organizzazione datoriale, le caratteristiche della piattaforma, le modalità di esecuzione della prestazione da parte dei riders e quelle di svolgimento del proprio rapporto di lavoro, delle quali documentò in allegato al ricorso gli elementi pregnanti.

Dedusse ed allegò al riguardo: “1. F. s.r.l. è una azienda multinazionale spagnola operante con il marchio “G.” in Italia dal 2016 che opera nel settore delle consegne per conto di partner convenzionati o non convenzionati (doc. 01) attraverso i ciclofattorini.

2. L'attività è effettuata attraverso il coordinamento di una rete di *rider* la cui prestazione è costantemente gestita e diretta dalla piattaforma digitale dalla fase iniziale di accettazione dell'ordine, al suo ritiro (la c.d. “presa consegna”), sino al recapito e alla rimessa del denaro.

3. Il ciclo produttivo della società si realizza, infatti, attraverso un algoritmo che sulla base di previsioni statistiche calcola il fabbisogno di manodopera necessario per soddisfare la domanda dell'utenza di una determinata area e in una determinata fascia oraria. La convenuta, quindi, individuata un'area nella quale effettuare il servizio – (*id est* Roma, Milano, Firenze, Palermo, ecc.), stabilisce nell'arco della settimana, per ciascun giorno e fascia oraria (*id est* “slot” o turni di lavoro), il numero ottimale di *rider* che intende avere a sua disposizione per garantire l'effettuazione delle consegne.

4. La distribuzione del lavoro tra i *rider* avviene solo attraverso la piattaforma digitale il cui algoritmo provvede a gestire il complesso sistema di pianificazione, distribuzione e gestione dei flussi di lavoro tra i *rider*.

5. Tutti i *rider* della convenuta al fine di svolgere la propria attività, devono infatti, previa registrazione nella piattaforma, installare sul proprio *smartphone* un *software* (*id est* una c.d. “app”) (doc. 02) fornito dalla società (la c.d. “app Glover”) che genera un profilo personalizzato tramite il quale accedono alla piattaforma digitale

6. L'applicativo che il *rider* deve installare è particolarmente invasivo in quanto controlla a distanza la sua geolocalizzazione e persino il livello di carica della batteria dello *smartphone* inibendo l'accesso alla sessione di lavoro in caso di carica inferiore al 20% ovvero di geolocalizzazione del lavoratore al di fuori dell'area di lavoro (doc. 03).

7. I *rider* sono tenuti ad adeguare la propria prestazione alle indicazioni che ricevono tramite l'applicativo che è anche l'unica modalità con la quale possono interagire con la convenuta.

8. L'applicativo della società costringe i *rider* a seguire le istruzioni del *software* per tutta la durata della prestazione in quanto non è possibile svolgere l'attività lavorativa senza essere connessi e senza seguire pedissequamente le tempistiche e le fasi imposte dal programma (doc. 04).

9. La convenuta nelle sue istruzioni indica ai *rider* per ogni città i c.d. “punti caldi” (identificati nelle zone vicine ai locali di catene di *fast food*) ovvero i luoghi dove si “consiglia” di recarsi per ricevere il maggior numero di ordini.

10. I *rider* utilizzati dalla società stipulano contratti di lavoro autonomo, sono soggetti a basso reddito e rendono una prestazione ripetitiva e dai contenuti meramente esecutivi.

11. I *rider* sono tenuti a monitorare lo *smartphone* collocato sul manubrio della bicicletta al fine di visualizzare in tempo reale l'arrivo di un ordine (doc. 05), i tempi di consegna (cfr. *infra* doc. 4) e il percorso in base al quale verrà calcolata la remunerazione della prestazione (doc. 06).

12. La società, pertanto, fornisce al *rider* in occasione della costituzione del rapporto un porta *smartphone* da collocare sul manubrio le cui caratteristiche tecniche consentono di averlo “sempre in vista” e di poterlo utilizzare “senza doverlo estrarre” come consigliato dalla stessa società (cfr. *infra* doc 5). In caso di richiesta di sostituzione per smarrimento, furto o deterioramento il *rider* è tenuto ad utilizzare moduli predisposti dalla convenuta (cfr. *infra* doc. 5).

13. La società, inoltre, in occasione dell'avvio del rapporto contrattuale, consegna una borsa termica con il logo dell'azienda, un *power bank* (ovverosia una batteria esterna di ricarica del

cellulare) (cfr. *infra* doc. 5) e un manuale comportamentale che indica le istruzioni da seguire puntualmente per ogni fase dell'esecuzione della prestazione (doc. 07).

14. La convenuta predispose nel proprio sito una serie di dettagliate informazioni rivolte ai *rider* al fine di indicare puntualmente le modalità di svolgimento della prestazione richiesta. ...

15. Il raggiungimento del numero di *rider* predeterminato dall'algoritmo per ogni sessione di lavoro, viene ottenuto attraverso uno scaglionamento nel tempo della facoltà di prenotare i turni di lavoro; i *rider*, a seconda del giudizio di produttività loro riconosciuto, accedono a distinte fasce orarie di prenotazione e man mano saturano i turni lavorativi rendendoli indisponibili agli altri *rider* che il sistema considera meno produttivi.

16. L'accesso prioritario del *rider* alle prenotazioni delle sessioni di lavoro si basa su un modello che penalizza il *rider* che non si conforma alle regole della società convenuta; il *rider*, infatti, viene costantemente profilato dall'algoritmo che, nell'attribuire un punteggio (il c.d. "parametro di eccellenza"), ne determina l'accesso prioritario nella prenotazione delle sessioni di lavoro.

17. Il sistema di prenotazione delle sessioni di lavoro attribuisce, infatti, una priorità ai *rider* con maggior punteggio di "eccellenza" (doc. 08); il *rider*, pertanto, è periodicamente valutato tramite "statistiche" delle sue prestazioni

18. Le istruzioni fornite dalla pagina dedicata ai *rider* di Glovo precisano che le sessioni saranno disponibili prima per i lavoratori con maggior punteggio di eccellenza. Si legge, infatti, nella pagina dedicata alle prenotazioni che "Il calendario diventerà disponibile prima ai corrieri con il Punteggio di Eccellenza più alto". (doc. 09).

19. I *rider*, tuttavia, non sono liberi di prenotare tutte le sessioni disponibili che desiderano in quanto la convenuta impone un tetto (50 sessioni) e richiede, al fine di non applicare penalizzazioni (cfr. *infra* doc. 12), che la prestazione lavorativa avvenga in determinati turni ritenuti di alta domanda (nei fine settimana).

20. Tutti i *rider* iscritti nella piattaforma ricevono, quindi, una comunicazione sul proprio *smartphone* che li informa, in ragione del punteggio di eccellenza posseduto, l'orario a partire dal quale potranno nelle due sole giornate del lunedì e del giovedì prenotare le sessioni di lavoro per la settimana successiva (doc.10).

21. Il *rider* per accedere agli slot disponibili, dopo aver ricevuto la notifica dell'orario a partire dal quale può prenotare, deve aprire la sezione "Programma" dell'applicazione, dove si trova il calendario con l'articolazione dei giorni della settimana suddivisa per sessioni orarie di lavoro distinte dai diversi colori: sessioni di lavoro di colore bianco sono quelle disponibili, mentre quelle grigie sono quelle già complete di prenotazioni. Il *rider* può accedere solo alle sessioni bianche che diventano di colore verde una volta prenotate (doc. 11).

22. I turni messi a disposizione dal sistema vengono pertanto prioritariamente scelti dai lavoratori che hanno un "Punteggio di Eccellenza" maggiore, mentre i ciclofattorini con "Punteggio di Eccellenza" minore accedono alle prenotazioni in un orario successivo che consente la prenotazione solo dei turni residui ovvero di quelli non saturi ed hanno, quindi, una minore possibilità di scelta e conseguentemente minori possibilità di lavoro venendo man mano estromessi.

23. Ai fini del punteggio di eccellenza, calcolato in 100/100, il sistema prevede i seguenti parametri:

– Attività in c.d. "alta domanda" del *partner* convenzionato che incide nella misura del 35% (doc. 12) – Efficienza che incide nella misura del 35% (doc. 13) – Il *feedback* dell'utente che incide nella misura del 15% (doc. 14) – Esperienza che incide nella misura del 10% (doc.15) – Il *feedback* dei *partner* che incide nella misura del 5% (doc. 16). ...

24. La convenuta esercita un potere sanzionatorio in quanto "punisce" i *rider* che non rispettano il modello lavorativo loro imposto ovvero pongono in essere condotte non conformi. La convenuta, infatti, in tali casi opera una diminuzione del punteggio cui consegue la retrocessio-

ne nella priorità della prenotazione delle sessioni di lavoro. La convenuta precisa, infatti, che “il punteggio diminuisce quando:

- Il numero degli ordini ad alta domanda effettuati negli ultimi 28 giorni diminuisce – Ricevi una valutazione negativa (riguardo un comportamento non professionale o un ordine trasportato in maniera errata) da un *partner*/cliente – Quando non effettui il *check-in* o lo fai in ritardo – Quando sei al di fuori della mappa della tua città o la connessione del tuo telefono non funziona correttamente” (doc. 17).

25. Il *rider* che cancella la prenotazione della sessione di lavoro senza il rispetto del preavviso imposto dalla convenuta (tre ore) subisce una penalizzazione nel punteggio di eccellenza; inoltre, l'eventuale richiesta di riassegnazione dell'ordine ricevuto da parte del corriere, incide negativamente sul punteggio di eccellenza che subisce una notevole diminuzione (doc. 18)

26. L'assegnazione del nuovo ordine al *rider* viene effettuata automaticamente sullo *smartphone* solo allorquando la precedente consegna è stata ultimata. ...

27. La convenuta ha proceduralizzato ogni fase della prestazione del *rider* imponendogli predeterminati comportamenti per ogni tipo di evento durante le fasi di ritiro/tragitto/consegna (cfr. *infra* doc. 04 e doc. 19).

28. Il giorno e all'ora prenotata (*id est* “la sessione di lavoro”) il *rider* deve:

- Recarsi nella zona di lavoro – effettuare il c.d. *check in* (*id est* il collegamento alla piattaforma 15 minuti prima dell'inizio della sessione) rendendosi in tal modo geolocalizzabile nell'area di lavoro. In caso di mancato *check in* il sistema sollecita il *rider* con una notifica sullo *smartphone* che lo avvisa dell'approssimarsi dell'inizio della sessione e, perdurando l'inerzia, lo sanziona con la perdita di punteggio.

29. Il *rider* è tenuto a rispettare la sessione di lavoro nella quale si è reso disponibile non potendo decidere di non recarsi nell'area di lavoro se non cancellando con preavviso di tre ore la sessione prenotata (doc. 20).

30. Ogni ordine arriva in automatico al *rider* che, avendo effettuato il *check in*, sia presente nell'area di lavoro e fino alla sua esecuzione non consente la ricezione un nuovo ordine.

31. Il *software* organizza il lavoro del *rider* indicandogli il percorso ritenuto ottimale o comunque unilateralmente utilizzato dalla convenuta per il calcolo della tariffa chilometrica (cfr. *infra* doc. 6): in caso di ordini raggruppati (*id est* quelli ritirati in un unico punto ma destinati a diversi clienti) la convenuta non tollera alcuna autonoma determinazione del *rider* in quanto:

- Non consente senza autorizzazione di procedere alla consegna di uno solo degli ordini raggruppati anche in presenza di notevoli ritardi nel punto di ritiro;
- Non consente l'accettazione separata degli ordini raggruppati;
- Impone la sequenza delle consegne (doc. 22)

32. Il programma impone al *rider* di effettuare gli adempimenti connessi con il ritiro della merce, obbligandolo a fotografare ed inserire a sistema lo scontrino e a fare sottoscrivere la consegna della merce sullo schermo dello *smartphone* (cfr. *infra* doc. 4 e doc. 19)

33. La convenuta impone un codice di condotta cui attenersi per qualsiasi problema insorga con il cliente in sede di consegna (doc. 23).

34. Il *rider* ha tre canali di interazione con la convenuta (email, *chat* e assistenza in ufficio) (doc. 24). Durante la sessione di lavoro il *rider* in caso di difficoltà deve accedere al canale “*chat*” selezionando la casistica predefinita dalla piattaforma (orario, pagamenti, km, minuti, bonus). Si legge, infatti, nelle istruzioni della convenuta “È importante contattare la chat SOLO in caso di un problema in tempo reale”. In caso di problemi più complessi la convenuta consente al *rider* di accedere all'ufficio per interloquire con un responsabile (il c.d. “Glove Specialist”). ...

35. La società convenuta impone ai *rider* il tipo di contratto e le condizioni economiche e non prevede nessuna forma di trattativa diretta nè di interazione.

36. Tutti i *rider* percepiscono un compenso a cottimo predeterminato dalla piattaforma che varia da città a città, integrato su base chilometrica e da un forfait per i tempi di attesa, senza alcuna possibilità di negoziazione (doc. 25), (doc. 26) (doc. 27).

37. I parametri di calcolo del compenso per la città di Palermo sono anch'essi standard (doc. 28) e, salvo quelli previsti in caso di promozioni, sono i seguenti:

- Euro. 1,75 a consegna;
- Euro. 0,45 per ogni kilometro considerando una distanza totale, calcolata in automatico e unilateralmente dal sistema che corrisponde alla somma dei due seguenti itinerari: A) Il tragitto più breve tra il punto in cui riceve l'ordine e il punto di ritiro; B) Il tragitto più breve tra il punto di ritiro e il punto di consegna (doc. 29) – Euro. 0,05 per ogni minuto di attesa presso il punto di ritiro con una franchigia di 5 minuti, (per la città di Palermo oltre il 6 minuto (doc. 30 e cfr. *infra* doc. 28).

– nelle giornate di pioggia intensa, il ricorrente ha anche percepito in aggiunta al compenso così come sopra calcolato, il c.d. bonus pioggia pari ad Euro 1,20 su ogni consegna effettuata;

– Per gli ordini cd raggruppati sono previste altre tariffe (cfr. *infra* doc. 22)

38. I *rider* percepiscono il compenso ogni due settimane tramite accrediti bancari ovvero tramite compensazioni sui pagamenti in contanti da loro incassati presso il cliente (doc. 31).

39. La convenuta, inoltre, nonostante sia il soggetto debitore del corrispettivo, predispone la fattura di ciascun *rider* il sistema, infatti, invia in automatico il documento elaborato sull'account di ciascun *rider* (doc. 32).

40. La convenuta stipula convenzioni con studi professionali per gli adempimenti dei propri *rider* (doc. 33). ...

41. I clienti della convenuta possono procedere al pagamento dei beni consegnati dal *rider*, tramite carta di credito ovvero in contanti nelle mani direttamente del *rider* (doc. 34).

42. Il denaro incassato in contanti costituisce il c.d. "saldo di cassa" (doc. 35) che il rider deve conferire alla società tramite bonifico. Il sistema impone una procedura di versamento del contante articolata su due settimane scandite da periodici avvisi effettuati (tre sms massimo) con i quali si sollecita il rider al versamento. L'ultimo avviso perviene il lunedì della seconda settimana decorso il quale l'*account* del *rider* viene disconnesso (doc. 36). Si legge, infatti, nelle istruzioni della convenuta che "ti consigliamo di effettuare il deposito il prima possibile, in questo modo non avrai problemi potrai collaborare senza interruzioni".

43. La convenuta impone una dettagliata procedura per la rimessa dei contanti nella disponibilità del *rider* che stabilisce una serie di adempimenti che "guidano" il *rider* in "7 passaggi semplicissimi" dalla richiesta al tabaccaio di effettuare il bonifico alla compilazione di un questionario predefinito cui allegare la foto del bonifico effettuato (doc. 36 bis)

44. La convenuta consente tuttavia al *rider* di trattenere degli importi dal "saldo di cassa" in due casi:

– Per effettuare gli eventuali pagamenti presso l'esercente all'atto del ritiro della merce per conto dei clienti della piattaforma che pagano alla consegna.

– Per percepire anticipi sui compensi. Precisano, infatti, le istruzioni della piattaforma che "l'app ti informerà (che) potrai usare il tuo saldo di cassa per prelevare dei contanti come pagamento anticipato. In genere, l'app ti comunicherà ogni giorno quando avrai raggiunto la fine del tuo orario di collaborazione, ma ciò potrebbe non verificarsi sempre. Dipenderà dal numero di clienti che avranno pagato gli ordini in contanti o, in altre parole, dall'importo in contanti che avrai ricevuto" (cfr. *infra* doc. 35).

45. Ogni *rider*, quindi, riceve nella propria email l'importo dei soldi che può trattenere, determinato unilateralmente dal sistema. L'importo è variabile in quanto considera diversi fattori:

numero di ordini in contanti generati nella città, “media del costo medio” degli ordini in contanti generati, numero di corrieri disponibili (cfr. infra doc. 36).

46. L'ammontare dei contanti percepiti dal rider viene costantemente monitorato dal sistema che predetermina l'importo massimo che può essere trattenuto. ...

47. Il Sig. M.T. ha svolto la propria attività lavorativa in favore della società convenuta continuativamente dal 5 ottobre 2018 al 4 marzo 2020 con mansioni di *rider* addetto allo svolgimento delle consegne nella città di Palermo; l'attività del ricorrente si è svolta osservando le procedure standard sopra dedotte.

48. Nel corso del periodo di lavoro il ricorrente ha, quindi, dovuto registrarsi, scaricare l'applicativo, prenotare le sessioni, accedendo agli *slot* in ragione del proprio giudizio di eccellenza posseduto, ed operare conformemente al modello organizzativo sopra descritto.

49. Il ricorrente ha prestato la propria attività sulla base di due contratti formalmente qualificati di “prestazione d'opera”; il primo sottoscritto in data 28 settembre 2018 e il secondo, in data 7 ottobre 2019 (doc. 37) previa richiesta da parte della società resistente di apertura della p.iva.

50. Il ricorrente ha sempre svolto la propria attività di *rider* prenotando le sessioni di lavoro che il sistema gli rendeva disponibili sulla base del giudizio di affidabilità posseduto ed ha assicurato la propria prestazione per il numero dei giorni e delle ore di seguito indicate:...”.

In sintesi lo schema descritto in ricorso relativo ai giorni settimanali prenotati e lavorati e all'orario settimanale e mensile di fatto osservato dal ricorrente: Periodo Giorni settimanali lavorati Orario settimanale Orario mensile Ottobre – dicembre 18 3 12 51 Gennaio 2019 5 15 64 Febbraio 2019 5 35 151 Marzo 2019 6 48 207 Dal 1 al 28 Aprile 2019 6 36 155 Dal 14.05 al 11.06.2019 6 54 233 Dal 12.06 al 15.09.2019 7 63 272 Dal 16.09.2019 al 02.2020 6 54 233 Marzo 2020 1 9 9.

51. La società su richiesta di accesso agli atti formulata dal ricorrente ai sensi del regolamento UE679/2016 ha comunicato le sessioni risultanti nella sua banca dati (doc. 38). ...

52. Il ricorrente, il 30 gennaio 2020 si è recato con l'assistenza del Sig. An. Ga., Segretario Generale dell'organizzazione sindacale Nidil Cgil di Palermo, presso i locali, siti in (*omissis...*), che la convenuta adibisce periodicamente a luogo di incontro in presenza (il c.d. terzo canale di comunicazione) con i responsabili della società (i c.d. “Glove Specialist”) al fine di discutere alcuni aspetti del suo rapporto di lavoro.

53. Nel corso dell'incontro con la con la “Glovo Specialist”, Sig.ra Pa. Pi., il ricorrente lamentava il blocco ingiustificato del suo *account* per i giorni dal 23 al 26 gennaio 2020 che gli aveva impedito di prenotarsi e di svolgere il lavoro e richiedeva il pagamento di un risarcimento; il Sig. Tu. evidenziava che tale episodio non era isolato, in quanto dal 29 aprile al 13 maggio era rimasto privo di ordini per due settimane consecutive. Nel corso della riunione il ricorrente lamentava inoltre la mancata consegna di dispositivi di protezione individuale la cui mancanza era stata in precedenza oggetto di comunicati stampa da parte del segretario del Nidil di Palermo (doc. 39).

54. All'esito dell'incontro, la responsabile assicurava che avrebbe effettuato delle verifiche rispetto alle richieste del ricorrente.

55. Il ricorrente in data 11 febbraio 2020, unitamente al Segretario Generale Nidil – Cgil e al Direttore Regionale dell'Inail della Sicilia, partecipava alla trasmissione televisiva “Cronache Siciliane”, trasmessa dall'emittente del Giornale di Sicilia, dedicata alle condizioni di lavoro dei *rider* di Palermo. In detta occasione il ricorrente presente con il suo portavivande in studio denunciava, sia la mancata consegna da parte della convenuta dei DPI che le precarie condizioni di lavoro nelle quali i rider sono costretti a operare (doc. 40).

56. Il 24 febbraio 2020 il ricorrente, non avendo avuto alcun riscontro alle sue richieste, incontrava nuovamente, la Sig.ra Pi. sempre alla presenza del Segretario Generale Nidil Cgil di Palermo (doc. 41). In tale occasione il responsabile della società spiegava che il blocco dell'ac-

count era da attribuire esclusivamente a inadempienze del ricorrente e che, pertanto, la società non riconosceva alcun risarcimento.

57. Tale spiegazione determinava una accesa discussione che si concludeva con la manifestata volontà del ricorrente di agire in giudizio.

58. Il ricorrente, Domenica 1 marzo 2020, effettuava, nel corso della giornata, numerose consegne accumulando un saldo cassa per un totale Euro 215,00. Verso le ore 19:00, la società convenuta comunicava a tutti i *rider* di Palermo che riduceva a Euro 20,00 il saldo di cassa ingenerando nel ricorrente la convinzione di potere “trattenere” l’eccedenza del saldo di cassa come anticipo sui compensi futuri conformemente con quanto descritto nel cap. 44 e 45).

59. Alle ore 21.30 circa della domenica, la convenuta modificava la disposizione precedente e il ricorrente poco dopo alle 3,31 del mattino del lunedì 2 marzo 2020 riceveva un messaggio con cui gli veniva comunicato che aveva “un valore troppo alto di saldo alla mano” e lo invitava ad effettuare un bonifico per motivi di sicurezza, entro le 24 ore dal ricevimento del messaggio, di Euro 170,00, onde evitare che il suo *account* venisse bloccato (doc. 42).

60. Il martedì 3 marzo 2020 alle ore 6,03 del mattino il ricorrente riceveva, l’ultimo sms con il quale veniva informato di essere stato sospeso e di essere quindi disconnesso (doc. 43).

61. Il ricorrente provvedeva successivamente a bonificare alla convenuta il contante residuo, con due bonifici e segnatamente il primo bonifico in data 3 marzo 2020 di Euro 100,00, il secondo il giorno successivo di Euro 200,00 (doc. 44).

62. Nonostante il pagamento, la convenuta non riattivava l’*account* sospeso e il ricorrente rimaneva scollegato senza potere quindi svolgere la propria prestazione lavorativa (doc. 45).

63. La società riattiva l’*account* a tutti i *rider* che provvedono a versare anche il saldo dei contanti dopo la disconnessione (doc. 46).

64. A fronte dei numerosi solleciti inviati a mezzo di posta elettronica all’indirizzo (*omissis...*) – usualmente utilizzato per comunicare con gli operatori messi a disposizione della piattaforma Glovo per l’assistenza ai corrieri – il ricorrente riceveva esclusivamente risposte automatiche nelle quali veniva informato che sarebbe stato ricontattato al più presto (cfr. doc. 47), (doc. 48), (doc. 49).

65. L’*account* non è stato più riattivato, il ricorrente che non è stato più ricontattato ed ha tempestivamente impugnato la cessazione del rapporto con comunicazione del 28 aprile 2020 (doc. 50).

66. Il ricorrente, inoltre, ha richiesto ai sensi del Regolamento UE 679/2016 di acquisire informazioni essenziali per la tutela dei propri diritti e in particolare di conoscere l’esistenza di un trattamento di dati che ha determinato la decisione di disconnettere il suo *account* e di non riconnetterlo dopo la richiesta (doc. 51). Tale istanza è stata riscontrata dalla convenuta con una comunicazione del tutto generica nella quale si omettevano le indicazioni necessarie per la tutela dei diritti rivendicati nel presente giudizio (cfr. *infra* doc. 38). Il ricorrente ha, quindi, proposto reclamo innanzi all’Autorità Garante per il Trattamento dei Dati personali.

67. La società convenuta occupa in Italia oltre 1500 *rider* che prestano attività con le medesime modalità descritte nel presente ricorso e oltre 60 lavoratori, assunti con contratto di lavoro subordinato con applicazione del CCNL Terziario, Distribuzione e Servizi (doc. 52 CCNL commercio);

68. La convenuta dopo la disconnessione del ricorrente ha continuato a stipulare nuovi contratti con *rider* ai quali ha attivato un nuovo *account*.

69. Il ricorrente ha percepito i compensi calcolati sulla base dei parametri descritti nel paragrafo “Condizioni economiche imposte dalla convenuta ai *rider*” unilateralmente decise dalla convenuta che ha rilasciato le fatture prodotte *sub* doc. supra 55);

70. Il ricorrente ha prenotato ed è stato disponibile a rendere la prestazione durante le sessioni indicate *sub* doc. *infra* 38) il cui tempo non è stato compensato dalla convenuta.

71. Il ricorrente non ha percepito alcun compenso durante le prestazioni ausiliarie di attesa al ristorante ovvero di rimessa dei pagamenti in contanti.

72. Il ricorrente non ha mai fruito di ferie e permessi previsti dalla contrattazione collettiva.

73. Il ricorrente non ha percepito le mensilità aggiuntive nè il compenso per il lavoro prestato oltre la durata del normale orario di lavoro stabilito dalla contrattazione di categoria.

74. Il ricorrente dopo la cessazione/disconnessione non ha percepito alcun indennizzo o trattamento di fine rapporto o indennità legate alla cessazione del rapporto di lavoro.”.

Chiedeva conclusivamente il ricorrente: “In via principale Accertare e dichiarare la natura subordinata o, in subordine, etero – organizzata ex art. 2 del D.Lgs. 81/2015, del rapporto di lavoro, ovvero dei rapporti di lavoro intercorsi, tra il ricorrente e la società convenuta nel periodo dal 5 ottobre 2018 al 4 marzo 2020 o altre date di giustizia e per l’effetto Ritenuta l’insufficienza del compenso percepito dal ricorrente e la retribuibilità del tempo nel quale il ricorrente era a disposizione per svolgere attività in favore della convenuta, accertare e dichiarare il diritto dello stesso all’inquadramento nel 5 livello del CCNL logistica e trasporti, ovvero, in subordine, al 6 livello del CCNL Terziario, Distribuzione e Servizi, ed in ogni caso, anche ai sensi dell’art. 36 Cost., art. 2099 c.c. ed ex art. 432 c.p.c., condannare per i titoli e le ragioni di cui al ricorso la società convenuta al pagamento in favore del Sig. Ma. Tu. della somma di Euro 14.996,32 ovvero, in subordine, di Euro 13.313,41.

Nonchè Equiparata la ingiustificata disconnessione e/o il rifiuto di riconnessione ad una misura di effetto analogo al licenziamento ordinare alla società convenuta, per i motivi di cui al ricorso, la reintegra, ovvero il ripristino, del rapporto di lavoro del ricorrente, e comunque di riattivare la connessione e consentire allo stesso l’accesso alle prenotazioni delle sessioni di lavoro ed in ogni caso condannare, anche per mora accipiendi, la convenuta al pagamento in favore del Sig. M.T. al risarcimento ovvero al pagamento di un indennizzo ai sensi del D.Lgs. 23/15 parametrato sulla retribuzione, ovvero compenso, spettante di Euro 1.447,68 mensili in caso di applicazione del CCNL logistica ovvero di Euro 1.407,94 o diversa misura, maggiore o minore somma di giustizia da determinarsi anche in via equitativo.

Se del caso ritenuta applicabile la tutela avverso le risoluzioni illegittime anche ai rapporti di lavoro etero-organizzati ed equiparata la ingiustificata disconnessione e/o il rifiuto di riconnessione ad una misura di effetto analogo al licenziamento, ordinare alla società convenuta, per i motivi di cui al ricorso, e comunque per mora accipiendi, la reintegra, ovvero il ripristino, del rapporto di lavoro del ricorrente, e comunque di riattivare la connessione e consentire allo stesso l’accesso alle prenotazioni delle sessioni di lavoro ed in ogni caso condannare la convenuta al pagamento in favore del Sig. Ma. Tu. di un risarcimento ovvero di un indennizzo parametrato sul compenso, spettante di Euro 1.447,68 mensili in caso di applicazione del CCNL logistica ovvero di Euro 1.407,94 in caso di applicazione del CCNL Terziario distribuzione e servizi o nella maggiore o minore somma di giustizia. In via di estremo subordine ritenuta l’illegittimità della disconnessione e/o del rifiuto di riconnessione e la conseguente perdita di *chances* lavorative condannare la convenuta al pagamento di un risarcimento in favore del ricorrente da determinarsi anche ex art. 432 c.p.c. nella misura del compenso percepito in precedenza nell’anno (Euro 12.000,00) fino alla riconnessione.

(*Omissis*).

Ritualmente instaurato il contraddittorio, si costituiva in giudizio parte convenuta, chiedendo il rigetto del ricorso, variamente argomentando e preliminarmente eccependo la decadenza del ricorrente dall’impugnativa di licenziamento.

In punto di fatto, la ricostruzione del sistema di funzionamento della piattaforma G. della convenuta è sostanzialmente conforme a quella fatta dal ricorrente, così come sono quelli prodotti dalla convenuta i dati delle ore lavorate dal ricorrente, che questi espressamente non ha contestato, in relazione alle ore relative alle mere consegne effettuate (cui in effetti il prospetto è relativo).

Parte convenuta ha contestato in punto di fatto che non vi sarebbero penalizzazioni legate al rifiuto di uno slot in qualsiasi momento anche successivo al termine assegnato dalla società e che il ricorrente ha continuato a lavorare “tranquillamente” anche dopo aver rifiutato ordini, ciò che tuttavia risulta accaduto di fatto, sulla scorta della memoria di costituzione, solo in poche occasioni (indicate da pag. 323 a pag. 325 del doc. 14, che ha 325 pagine), al pari del mancato *check-in* di slot prenotati (indicati da pag. 84 a 87 del doc. 14), a fronte di ordini accettati e regolarmente portati a termine (indicati da pag. 2 a pag. 83 del doc. n. 14).

Parte convenuta ha poi precisato che solo in 36 giorni l’orario relativo alle consegne effettuate dal ricorrente superava le otto ore giornaliere, ma dallo schema prodotto risulta che nel 2019 il ricorrente ha svolto un orario in media vicino a otto ore giornaliere o 40 settimanali.

La convenuta ha poi lamentato che il ricorrente inviava mail scurrili e offensive alla società, come si legge in allegato 16 (invero solo nell’ultima parte che segue ai fatti per cui è causa) e che il medesimo il 24 febbraio 2020 nell’incontro con la signora Pi. della società avrebbe dato in escandescenze sì da dover essere allontanato, esprimendosi in modo quanto meno sconveniente nei confronti della Glover Specialist (ciò di cui il ricorrente risulta scusarsi con la signora Pi. in uno dei messaggi del doc. 16).

Parte convenuta dedusse che il contratto aveva natura autonoma, come si legge nel medesimo, che il ricorrente sceglieva gli orari in cui prenotarsi per le consegne, che l’ordine della prenotazione degli slot dipende da un algoritmo che si fonda sul punteggio del singolo rider, ma che vi è una parte degli slot che si aprono a prescindere dal punteggio, per consentire di lavorare anche a coloro che hanno appena iniziato a collaborare e ancora non hanno punteggio e che il punteggio è premiale e non penalizzante.

Chiese quindi il rigetto delle domande relative alla qualificazione del rapporto come subordinato e come collaborazione *ex art. 2 D.Lgs. 81/2015*, eccependo che peraltro parte ricorrente non aveva dedotto la natura del rapporto come collaborazione coordinata e continuativa.

Eccepi che quindi alcun licenziamento era stato intimato, poichè la disconnessione venne effettuata per motivi di sicurezza relativi all’importo eccessivo del saldo alla mano del ricorrente e che poi non venne riconnesso per mero errore sino al 12 giugno 2020, data a partire dalla quale il ricorrente avrebbe potuto lavorare. Eccepi in ogni caso che parte ricorrente confondeva il licenziamento discriminatorio e quello ritorsivo quanto alle allegazioni e domande e che il licenziamento non era orale, essendo pervenuto al ricorrente pacificamente il messaggio di disconnessione ove non fosse stato effettuato tempestivamente il bonifico del contante superiore al limite stabilito per il saldo alla mano.

Eccepi la decadenza dall’impugnativa del licenziamento (dal 3 marzo 2020 data del distacco) perchè l’impugnativa pervenuta a mezzo pec era priva della sottoscrizione autografa del ricorrente e non erano state rispettate le forme previste per la trasmissione telematica del documento analogico.

Eccepi che in ogni caso solo due dipendenti della convenuta, tra cui la signora Pi., erano venuti a conoscenza della trasmissione televisiva Cronache Siciliane e che non ne portavano a conoscenza i vertici aziendali e che non vi era prova della ritorsione attesa la progressione temporale dei fatti dedotti a tal proposito in ricorso, che avevano preceduto la disconnessione del ricorrente del 3 marzo 2020, peraltro contrattualmente prevista, per motivi inerenti il saldo alla mano non tempestivamente bonificato alla società dal ricorrente.

Eccepi, infine, l’inapplicabilità dei CCNL richiamati dal ricorrente in ricorso ed infine l’inapplicabilità al rapporto subordinato o eteroorganizzato della norma dell’art. 47 *ter* D.Lgs. 81/2015.

Al fine di affrontare e risolvere il problema della qualificazione giuridica del rapporto di lavoro oggetto di causa, appare opportuno soffermarsi in linea generale e preliminarmente sulle caratteristiche e la natura giuridica delle piattaforme digitali, quale quella della convenuta,

attraverso la quale il ricorrente svolgeva la propria prestazione lavorativa, sulla scorta dei contratti in atti, poichè questa ha inevitabili conseguenze sulla qualificazione dei rapporti di lavoro che si realizzano mediante il suo utilizzo.

Preliminarmente, quindi, va analizzato e identificato l'obiettivo di tali piattaforme, ed in particolare se esso sia quello di mettere in contatto l'utenza, svolgendo una attività di mera intermediazione, ovvero se la loro sia una attività di impresa di trasporto di persone o di distribuzione di cibo e bevande a domicilio.

Nella specie, infatti, la convenuta ha dichiarato come oggetto sociale “lo sviluppo di una piattaforma software online e di applicazioni mobile per smartphone che interagiscono tra loro per mettere in relazione tra loro esercizi commerciali, i potenziali clienti ed i fornitori di trasporti a domicilio; la fornitura di servizi per il tramite della piattaforma a favore di esercizi commerciali e dei fornitori di trasporto, finalizzati a metterli in relazione con i potenziali clienti, che per il tramite della piattaforma possono inviare ordini direttamente agli esercizi commerciali ed ai fornitori di servizi di trasporto; la fornitura mediante utilizzo della piattaforma *software* realizzata di campagne di *marketing*, pubblicitarie, anche non convenzionali, in prevalenza a beneficio degli esercizi commerciali e dei fornitori di trasporti di cibo a domicilio”, e in entrambi i contratti stipulati con il ricorrente ha premesso che “a) la società ha come attività principale la gestione di un sito WEB che metta in relazione utenti (consumatori) ed esercizi locali (per lo più ristoratori) al fine di consentire ai consumatori di acquistare pasti/beni presso i ristoratori/ esercizi locali convenzionati per il tramite della piattaforma, e di ricevere al proprio domicilio i pasti/beni acquisiti; b) che la società come attività accessoria alla principale si occupa anche dell'attività di consegna ai consumatori;”.

Orbene, in relazione alle piattaforme digitali, utilizzate per organizzare il trasporto di passeggeri o la distribuzione di cibi e bevande a domicilio, la giurisprudenza internazionale e quella della Corte di Giustizia si sono orientate nel senso di ritenere che il principale oggetto e scopo delle medesime consiste in attività di impresa di trasporto di persone o di consegna a domicilio di cibo e bevande.

La pronuncia più significativa per la qualificazione come attività di impresa delle piattaforme “aventi ad oggetto la messa in contatto mediante un'applicazione per smartphone, dietro retribuzione, di conducenti non professionisti, che utilizzano il proprio veicolo, con persone che desiderano effettuare uno spostamento nell'area urbana”, si deve alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 dicembre 2017, C-434/15), nel caso che aveva coinvolto la società di Uber System Spain (società che si occupa anche della consegna a domicilio di cibo e bevande), citata in giudizio da Elite Taxi per concorrenza sleale.

In questa occasione la Corte Europea affermò che un servizio di intermediazione avente tale oggetto “deve essere considerato indissolubilmente legato ad un servizio di trasporto e rientrando, pertanto, nella qualificazione di servizi nel settore dei trasporti, ai sensi dell'art. 58, paragrafo 1, TFUE”. La decisione della giurisprudenza Europea si inseriva in verità nell'orientamento già in tal senso espresso dalla giurisprudenza degli ordinamenti interni.

In particolare, vanno menzionate le sentenze del Tribunale di Milano (Trib. Milano, sez. spec. impresa, 25 maggio 2015, in *Adapt*, 15 giugno 2015, n. 23) e di Torino (Trib. Torino, sez. spec. impresa, 1 marzo 2017, n. 1553), ed è interessante rilevare che la Corte d'appello di Parigi (Cour D'Appel de Paris, 10 gennaio 2019, n. 18/08357), ha chiarito che: “(...le chauffeur...) a ainsi intégré un service de prestation de transport crée et entièrement organisé par la société Uber BV, qui n'existe que grâce à cette plateforme, service de transport à travers l'utilisation duquel il ne constitue aucune clientèle propre, ne fixe pas librement ses tarifs ni les conditions d'exercice de sa prestation de transport, qui sont entièrement régis par la société Uber BV” (traduzione non ufficiale inserita per mera comodità di lettura: (l'autista...) ha così integrato un servizio

di trasporto ideato ed interamente organizzato dalla società Uber BV, che esiste solo grazie a questa piattaforma, servizio di trasporto per il cui utilizzo non costituisce alcuna clientela propria, non fissa liberamente i propri prezzi o le condizioni per l'esercizio del proprio servizio di trasporto, che sono completamente regolati da Uber BV.).

Sul punto, la sentenza della Cour de cassation, Chambre sociale, 4 marzo 2020, n. 374, evidenzia che il prestatore di lavoro non è un *partner* commerciale; al contrario, nel momento della stipulazione del contratto, egli aderisce ad un servizio di trasporto interamente organizzato da Uber attraverso la piattaforma digitale e i sistemi di elaborazione algoritmici che ne determinano il funzionamento. L'autista che ricorre all'infrastruttura tecnologica non ha la possibilità di crearsi una propria clientela né di determinare liberamente le tariffe da applicare e, in tal modo, colloca la propria attività lavorativa entro un quadro di regole determinato dall'esterno.

L'argomento principale su cui si fondano le decisioni della giurisprudenza riguarda il fatto che Uber – ad esempio – organizza l'attività, in particolare stabilendo unilateralmente il costo del servizio e le condizioni contrattuali e assumendosi la responsabilità civile, in caso di danno alla clientela (in Brasile, per esempio, Uber è stata condannata a risarcire un cliente che aveva perso l'aereo a causa del ritardo commesso dall'autista che effettuava il trasporto verso l'aeroporto: 8. Juizado Especial Cível, 7 novembre 2016, 0801635-32.2016.8.10.0013).

Anche nel recente decreto che ha disposto l'amministrazione giudiziaria di Uber Italy srl (T. Milano, Sez. Misure di Prevenzione, 27 maggio 2020, n. 9), è stato ravvisato l'accentramento dell'organizzazione del lavoro in capo a Uber – nell'articolazione operante nel food delivery – nonostante la presenza di altri soggetti imprenditoriali che gestivano i contatti con i riders.

La individuazione della natura giuridica delle piattaforme digitali nel senso che esse svolgono attività di impresa di trasporto o distribuzione determina un effetto assai importante anche sotto il profilo della qualificazione del rapporto di lavoro: se le piattaforme possono considerarsi imprese, si apre, de facto, la possibilità che i suoi collaboratori lavorino per conto (e non semplicemente in nome) della piattaforma stessa e che, dunque, siano inseriti in una organizzazione imprenditoriale, di mezzi materiali e immateriali, di proprietà e nella disponibilità della piattaforma stessa e così del suo proprietario o utilizzatore.

Se invece l'attività delle piattaforme in questione è considerata un'attività di mera intermediazione tra l'utenza, ovvero tra chi esegue il servizio di trasporto/consegna e chi lo acquista, residuerebbe la possibilità che i prestatori lavorino tramite una organizzazione ad essi imputabile.

Ritiene il giudicante di dover aderire all'impostazione sul punto abbracciata dalla Corte di Giustizia e sopra richiamata, certamente riferibile anche al trasporto di beni, oltre che al trasporto di persone, nel senso che l'attività della piattaforma anche della società convenuta costituisce in linea principale impresa di trasporto e distribuzione.

Chiarito, quindi, il passaggio prodromico, tuttavia essenziale, della qualificazione dell'attività della piattaforma, si possono analizzare le altre questioni, inerenti l'attività dei lavoratori delle piattaforme digitali ed in particolare quella resa dal ricorrente nel corso del rapporto di lavoro.

Molte sono state le pronunce che, all'estero, nei sistemi di *civil law*, hanno qualificato il rapporto di lavoro dei *drivers* (tra le altre 33a Vara do Trabalho de Belo Horizonte, 14 febbraio 2017, n. 0011359 – 34.2016.5.03.0112 RIDL, 2017, II) e dei *riders* (tra le altre Juzgado de lo Social de Valencia, 1 giugno 2018, n. 244 e la recentissima Sala de lo Social PLENO Sentencia núm. 805/2020 Fecha de sentencia: 25/09/2020, emessa in sede nomofilattica, in atti) nei termini della subordinazione, ovvero nei termini dell'autonomia (numerose le pronunce cinesi, tra cui Sun Yongling v Beijing Yixin Yixing Automotive Technology Development Services Ltd Labour Dispute Beijing First Intermediate People's Court, Civil Judgment (2015) Yi Zhong Min zhong Zi di No 176, alcune pronunce dei giudici spagnoli prima della citata sentenza emessa in sede di nomofilachia della Sala de Social, in particolare citate e prodotte dalla convenuta:

Juzgado de lo Social n. 39 Refuerzo Madrid n. 284/2018; Tribunal Superior de Justicia de Madrid n. 715/2019); il nodo che la giurisprudenza si è trovata a districare, per stabilire se i lavoratori delle principali piattaforme digitali con cui si è confrontata fossero lavoratori autonomi o subordinati, ha riguardato il nesso tra la predeterminazione oraria per l'esercizio della loro attività e la sussistenza o meno di un vincolo di subordinazione. In altri termini, la questione fondamentale è verificare se il grado di autonomia dei lavoratori nello stabilire non solo l'an della prestazione, ma anche il quando, sia determinante, ai fini qualificatori, a tal punto da escludere che essi siano subordinati. È, infatti, noto che l'azienda stabilisce delle fasce orarie (slot nel gergo maggiormente ricorrente tra le piattaforme di consegna di pasti e bevande) all'interno delle quali si inseriscono i *riders* e i *drivers* in base a meccanismi di auto assegnazione, influenzati tuttavia (almeno nel caso di specie) anche da scelte dell'impresa, mediante l'applicazione di algoritmi.

La giurisprudenza di merito italiana finora pronunciata sul caso della qualificazione del rapporto dei fattorini (Trib. Torino, 7 maggio 2018, n. 778; Trib. Milano, 10 settembre 2018, n. 1853), ha escluso che possa trattarsi di lavoratori subordinati proprio in ragione del fatto che possono scegliere se e quando lavorare. L'opzione interpretativa, peraltro, aveva portato le due sentenze di primo grado citate ad escludere non solo l'applicazione dell'art. 2094 c.c., ma perfino dell'art. 2 D.Lgs. n. 81/2015, ammessa, invece, dall'ultima pronuncia della Corte di Appello di Torino (Corte d'appello di Torino, sentenza 4 febbraio 2019, n. 26), sul punto confermata dalla Corte di Cassazione, con la notissima sentenza della Sezione Lavoro n. 1663/2020. Per i Tribunali di primo grado la libertà dei fattorini digitali di decidere se e quando lavorare compromette, ab origine, l'esercizio da parte dell'azienda del potere direttivo e disciplinare, giacché l'ipotesi di accertare il vincolo di subordinazione tra le parti verrebbe completamente svuotato di contenuto a monte, ossia semplicemente guardando alla fase genetica del rapporto.

Operando tale valutazione, tuttavia, i citati Tribunali hanno valutato solo un segmento del rapporto di lavoro con la piattaforma, quello iniziale, omettendo di addentrarsi nella valutazione anche dell'altro segmento, la fase esecutiva della prestazione. In grado di appello, la Corte Torinese, invece, affrontava l'analisi della fase esecutiva del rapporto, rilevando la sussistenza dell'eteroorganizzazione, in quanto i ricorrenti erano integrati funzionalmente nell'organizzazione determinata in via unilaterale dalla committente. La Corte ha ritenuto applicabile la disciplina di cui al primo comma dell'art. 2, D.Lgs. 81/2015, pur chiarendo che ciò non comporta, comunque, la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato, in quanto il fattorino "resta, tecnicamente, autonomo" nell'esercizio della prestazione di lavoro.

La costruzione della Corte di Torino, nell'affermare che l'art. 2 cit. comporta l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato di cui all'art. 2094 c.c., ma resta un terzo genere e, in quanto tale, distinto anche dalle collaborazioni di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c., non è stata condivisa dalla Corte di Cassazione, che nella citata sentenza (pur confermando la sentenza in mancanza di ricorso da parte dei lavoratori in relazione alle domande relative ai licenziamenti), ha ritenuto che "In una prospettiva così delimitata non ha decisivo senso interrogarsi sul se tali forme di collaborazione, così connotate e di volta in volta offerte dalla realtà economica in rapida e costante evoluzione, siano collocabili nel campo della subordinazione ovvero dell'autonomia, perché ciò che conta è che per esse, in una terra di mezzo dai confini labili, l'ordinamento ha statuito espressamente l'applicazione delle norme sul lavoro subordinato, disegnando una norma di disciplina.", ... "Una volta ricondotta la eteroorganizzazione ad elemento di un rapporto di collaborazione funzionale con l'organizzazione del committente, così che le prestazioni del lavoratore possano, secondo la modulazione unilateralmente disposta dal primo, opportunamente inserirsi ed integrarsi con la sua organizzazione di impresa, si mette in evidenza (nell'ipotesi dell'art. 2 D.Lgs. n. 81 del 2015) la differenza rispetto ad un coordinamento stabilito

di comune accordo dalle parti che, invece, nella norma in esame, è imposto dall'esterno, appunto etero-organizzato.

33. Tali differenze illustrano un regime di autonomia ben diverso, significativamente ridotto nella fattispecie dell'art. 2 D.Lgs. n. 81 del 2015: integro nella fase genetica dell'accordo (per la rilevata facoltà del lavoratore ad obbligarsi o meno alla prestazione), ma non nella fase funzionale, di esecuzione del rapporto, relativamente alle modalità di prestazione, determinate in modo sostanziale da una piattaforma multimediale e da un applicativo per smartphone.", e che "possa essere ravvisata eteroorganizzazione rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina della subordinazione anche quando il committente si limiti a determinare unilateralmente il quando e il dove della prestazione personale e continuativa", concludendo nel senso che "al verificarsi delle caratteristiche delle collaborazioni individuate dall'art. 2, comma 1, del D.Lgs. n. 81 del 2015, la legge ricollega imperativamente l'applicazione della disciplina della subordinazione", tutta intera, senza che si possa distinguere tra normativa applicabile e normativa non applicabile.

La Suprema Corte, nella medesima pronuncia, ha altresì affermato che "non può neanche escludersi che, a fronte di specifica domanda della parte interessata fondata sul parametro normativo dell'art. 2094 cod. civ., il giudice accerti in concreto la sussistenza di una vera e propria subordinazione (nella specie esclusa da entrambi i gradi di merito con statuizione non impugnata dai lavoratori), rispetto alla quale non si porrebbe neanche un problema di disciplina incompatibile; è noto quanto le controversie qualificatorie siano influenzate in modo decisivo dalle modalità effettive di svolgimento del rapporto, da come le stesse siano introdotte in giudizio, dai risultati dell'istruttoria espletata, dall'apprezzamento di tale materiale effettuato dai giudici del merito, dal convincimento ingenerato in questi circa la sufficienza degli elementi sintomatici riscontrati, tali da ritenere provata la subordinazione; il tutto con esiti talvolta difformi anche rispetto a prestazioni lavorative tipologicamente assimilabili, senza che su tali accertamenti di fatto possa estendersi il sindacato di legittimità."

La libertà di decidere se e quando lavorare, che sarebbe attribuita ai fattorini di G. secondo la convenuta, ove effettiva, d'altra parte, secondo la Corte di Giustizia, osta al riconoscimento della natura subordinata del rapporto.

La Corte di Giustizia, invero, da ultimo nella ordinanza del 22 aprile 2020, C – 692/19, ha stabilito: "La direttiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro deve essere interpretata nel senso che preclude una persona assunta dal suo presunto datore di lavoro in virtù di un accordo di servizi che stabilisce che egli è un appaltatore indipendente occupato dall'essere classificato come "lavoratore" ai fini di tale direttiva, se a tale persona è concesso il potere discrezionale:

- utilizzare subappaltatori o sostituti per eseguire il servizio che si è impegnato a fornire;
- accettare o non accettare i vari compiti offerti dal suo presunto datore di lavoro, o fissare unilateralmente il numero massimo di tali compiti;
- fornire i propri servizi a terzi, inclusi concorrenti diretti del presunto datore di lavoro, e – fissare le proprie ore di "lavoro" entro determinati parametri e adattare il suo tempo alle proprie comodità personali piuttosto che esclusivamente agli interessi del presunto datore di lavoro, a condizione che, in primo luogo, l'indipendenza di tale persona non risulti fittizia e, in secondo luogo, non sia possibile stabilire l'esistenza di un rapporto di subordinazione tra tale persona e il suo presunto datore di lavoro. Tuttavia, spetta al giudice del rinvio, tenuto conto di tutti gli elementi rilevanti relativi a tale persona e all'attività economica da essa svolta, qualificare lo status professionale di tale persona ai sensi della direttiva 2003/88."

Sulla scorta di tale pronuncia, la Corte Suprema Spagnola (Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Pleno), nella sentenza prima citata, n. 805/2020, pronunciata in sede nomofilattica, ha

ritenuto di non essere tenuta, in quanto organo giurisdizionale di ultima istanza, a rimettere la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia, che si era pronunciata su identica questione, avendo del resto accertato nel merito che l'indipendenza del prestatore di lavoro era solo apparente, anche con riferimento alla scelta del come e del quando lavorare, per essere egli assoggettato alla piattaforma nell'organizzazione del proprio lavoro, in relazione al funzionamento dell'algoritmo di assegnazione degli *slot*, funzionale al migliore servizio per il datore di lavoro, e al sistema premiale (punitivo) delle valutazioni.

Osserva il giudicante che tale impostazione della Suprema Corte spagnola (in atti, allegata al ricorso e la cui motivazione si richiama ampiamente in relazione alle considerazioni svolte in ordine ai fatti, comuni alla presente controversia) non può che condividersi, poiché non vi è dubbio che la Corte di Giustizia lasci alla valutazione del giudice nazionale di stabilire l'effettività della libera determinazione del lavoratore in relazione ai tempi di lavoro, che precluderebbe la subordinazione, ed anche di stabilire aliunde la natura subordinata del rapporto ("Por consiguiente, si se llega a la conclusión de que la independencia del actor era meramente aparente y realmente existía una subordinación del demandante a Glovo, el citado auto del TJUE no impedirá la calificación de la relación laboral a dichos efectos.", ha affermato la Suprema Corte spagnola, così tradotto per comodità di lettura "Di conseguenza, se si perviene alla conclusione che l'indipendenza dell'attore era meramente apparente ed era di fatto esistita una subordinazione del ricorrente (rispetto) a Glovo, detta ordinanza della CGUE non impedirà la qualificazione del rapporto di lavoro a tali fini").

Tenuti, quindi, in considerazione i principi espressi dalla Corte di Giustizia e dalla giurisprudenza (anche straniera, in relazione alla natura internazionale delle piattaforme e del lavoro svolto mediante le stesse), deve valutarsi la qualificazione giuridica del rapporto di lavoro intercorso tra le parti, sulla scorta del concreto atteggiarsi del medesimo e non della sua formale qualificazione, come del resto da tempo affermato dalla Corte di Cassazione in ordine alla valutazione che il giudice deve fare della natura autonoma o subordinata del rapporto di lavoro.

Il ricorrente ha chiesto in principalità che il suo rapporto di lavoro venga qualificato come subordinato, *ex art.* 2094 c.c., accertamento che non è affatto precluso al giudice dalla formale qualificazione giuridica del contratto come contratto d'opera (secondo contratto) o come prestazione occasionale di lavoro autonomo (primo contratto), come ribadito anche dalla sopra ricordata sentenza della Cassazione n. 1663/2020 (sul caso Foodora), la quale ha rimarcato – come detto sopra – che siffatto accertamento sia influenzato "in modo decisivo dalle modalità effettive di svolgimento del rapporto, da come le stesse siano introdotte in giudizio, dai risultati dell'istruttoria espletata, dall'apprezzamento di tale materiale effettuato dai giudici del merito, dal convincimento ingenerato in questi circa la sufficienza degli elementi sintomatici riscontrati, tali da ritenere provata la subordinazione; il tutto con esiti talvolta difformi anche rispetto a prestazioni lavorative tipologicamente assimilabili, senza che su tali accertamenti di fatto possa estendersi il sindacato di legittimità."

Sulla scorta di quanto sin qui esposto in relazione al lavoro su piattaforma e al fine di determinare la natura subordinata o autonoma del lavoro svolto dal ricorrente, si deve tenere a mente che l'art. 2094 c.c. venne scritto per la prima Rivoluzione Industriale, in cui il modello di lavoro subordinato era quello dell'operaio della fabbrica e del fordismo; esso deve necessariamente essere interpretato in modo evolutivo per applicarlo o escluderne l'applicazione al lavoro su piattaforma digitale, che, in sé, ben può essere subordinato, se solo si tenga presente in contenuto dell'ultima direttiva Europea in tema di lavoro, che contempla anche il lavoro su piattaforma ed è destinata a trovare applicazione nell'ambito dei rapporti di lavoro subordinato (Direttiva 2019/1152 relativa alle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili in Ue, che dovrà essere recepita dall'Italia entro il 1° agosto 2022).

La possibilità di qualificare detto rapporto come subordinato, del resto, è stata riconosciuta dalla citata sentenza n. 1663/2020, sopra citata, e viene altresì ribadito nella recentissima circolare emanata dall'Ufficio Legislativo del Ministero del Lavoro ieri 19 novembre 2020.

Sul punto, vanno altresì condivise le osservazioni in linea generale contenute nella più volte citata ultima sentenza della Sala de Social spagnola (in atti di parte ricorrente), che sono in modo evidente comuni anche al nostro ordinamento: “En la sociedad postindustrial la nota de dependencia se ha flexibilizado. Las innovaciones tecnológicas han propiciado la instauración de sistemas de control digitalizados de la prestación de servicios. La existencia de una nueva realidad productiva obliga a adaptar las notas de dependencia y ajenidad a la realidad social del tiempo en que deben aplicarse las normas.” (traduzione per comodità di lettura: “Nella società postindustriale il concetto di dipendenza è diventato più flessibile. Le innovazioni tecnologiche hanno favorito la nascita di sistemi di controllo digitalizzati per la prestazione dei servizi. L'esistenza di una nuova realtà produttiva obbliga ad adattare i concetti di dipendenza e alienità alla realtà sociale del tempo in cui le norme devono essere applicate.”).

Da tempo la Suprema Corte ha enucleato una eterodirezione attenuata, per adattare la eterodirezione prevista dall'art. 2094 c.c. a forme di lavoro diverse da quella tradizionale sopra ricordata, ma indubbiamente di carattere subordinato (ad esempio per le ipotesi di esercenti professioni subordinati quali medici o giuristi d'impresa), oppure per qualificare attività meramente esecutive svolte in assenza di autonomia nell'ambito dell'organizzazione datoriale (vedi sul punto le recentissime ordinanze della Sezione Lavoro della Corte di Cassazione n. 23768/2020, con cui la Corte ha ritenuto che non potesse configurarsi un rapporto di lavoro a progetto in relazione ad attività di consegna di pizze a domicilio, confermando la sentenza di appello, che aveva ritenuto che il rapporto tra le parti si era caratterizzato per l'assoluta assenza di autonomia dei collaboratori, dovendosi qualificare i rapporti come di lavoro subordinato).

Già in passato, poi, proprio nell'ambito dell'opera di adeguamento della normativa alla mutata realtà, la sentenza della Corte Costituzionale n. 30 del 5 febbraio 1996 ha ritenuto che la “subordinazione in senso stretto” è un concetto più pregnante e insieme qualitativamente diverso dalla subordinazione riscontrabile in altri contratti, come quelli associativi, pur coinvolgenti la capacità di lavoro di una delle parti. La differenza è determinata, a detta dei giudici costituzionali, dal concorso di due condizioni che negli altri casi non si trovano mai congiunte: la prima è costituita dall'alienità – nel senso di destinazione esclusiva ad altri – del risultato per il cui conseguimento la prestazione di lavoro è utilizzata; mentre la seconda è rappresentata dall'alienità dell'organizzazione produttiva in cui la prestazione si inserisce (c.d. etero-organizzazione). La conclusione testuale della Consulta è la seguente: “Quando è integrata da queste due condizioni, la subordinazione non è semplicemente un modo di essere della prestazione dedotta in contratto, ma è una qualificazione della prestazione derivante dal tipo di regolamento di interessi prescelto dalle parti con la stipulazione di un contratto di lavoro, comportante l'incorporazione della prestazione di lavoro in una organizzazione produttiva sulla quale il lavoratore non ha alcun potere di controllo, essendo costituita per uno scopo in ordine al quale egli non ha alcun interesse (individuale) giuridicamente tutelato”. Quindi, assume rilievo non tanto lo svolgimento di fatto di un'attività di lavoro connotata da elementi di subordinazione, quanto il tipo di interessi cui l'attività è funzionalizzata e il corrispondente assetto di situazioni giuridiche in cui è inserita. In quest'ambito, l'individuazione del regolamento di interessi delle parti costituisce operazione ermeneutica rigorosamente oggettiva, e prescinde dalle eventuali dichiarazioni contrattuali con detto regolamento eventualmente contrastanti.

La tesi del giudice delle leggi risulta espressamente ripresa da un unico precedente di legittimità, la sentenza n. 820/2007 della Corte di Cassazione e, più di recente, dalla Corte d'Appello di Genova (sentenza del 30.09.2013), la quale sembra voler riprendere più in generale le tesi

argomentative – in cui si collocano Cass. 9 ottobre 2006, n. 21646 e Cass. 6 settembre 2007, n. 18692 – tendenti a depotenziare, nell'identificazione della fattispecie del lavoro subordinato, il ruolo dell'eterodeterminazione in favore del criterio dell'etero-organizzazione ed addirittura di quello della dipendenza socio-economica del prestatore.

Fatte queste doverose premesse, va esaminato il rapporto controverso.

Nella specie, sulla scorta della sopra esposta ricostruzione del rapporto e delle sue modalità di svolgimento, documentali e sulle quali peraltro le parti in larga parte concordano, risulta provato che il ricorrente nell'anno 2019 ha lavorato sostanzialmente tutti i giorni (salvi periodi di distacco o di mancata assegnazione di ordini che egli aveva lamentato e che parte convenuta attribuisce a non meglio precisata responsabilità del lavoratore) per un numero di ore (esclusivamente di consegna e ad esclusione dei tempi di attesa) mai inferiore a quattro, spesso vicino a otto ore e in alcune giornate (36 calcola la convenuta) superiore a otto ore, mentre nel 2018, nei primi mesi del rapporto, aveva lavorato pure in modo continuativo, quasi tutti i giorni, con orario inferiore a quattro ore al giorno (come connaturato al sistema che seleziona di norma per ultimi i collaboratori senza anzianità per la prenotazione degli slot).

Osserva, quindi, il giudicante che, tenuto conto della qualità sopra ritenuta di imprenditore del settore trasporti, logistica e distribuzione della convenuta in relazione alla piattaforma mediante la quale il lavoro del ricorrente era prestato ed organizzato, peraltro unicamente dalla società nell'interesse esclusivamente proprio, detta modalità di prestazione quantitativa e prolungata nel tempo, dal 5 ottobre 2018 al 3 marzo 2020, non può che condurre a ritenere che si tratti di una collaborazione di natura continuativa, non invece occasionale né costituita dall'insieme di singoli innumerevoli contratti, come dedotto dalla società convenuta.

Pacificamente, poi, il lavoro del ricorrente veniva gestito e organizzato dalla piattaforma (come detto organizzata unicamente da parte datoriale e nel proprio esclusivo interesse), nel senso che solo accedendo alla medesima e sottostando alle sue regole il ricorrente poteva svolgere le prestazioni di lavoro, così come è pacifico che egli non ha più né avrebbe in alcun modo più potuto svolgere nessuna prestazione lavorativa dalla data del distacco subito dalla piattaforma stessa il 3 marzo 2020 e sino al giudizio (o almeno sino al 12.06.2020, quando la piattaforma venne per lui riattivata dalla convenuta, senza tuttavia riceverne alcuna comunicazione).

Allo stesso contenuto della memoria di costituzione, del resto, si evince che il ricorrente mal sopportava tale sua totale dipendenza dalla connessione alla piattaforma, tanto da scrivere sulla chat in modo scurrile e irriverente (doc. n. 16 della convenuta), e da dare in escandescenze quando, il 24 febbraio 2020, veniva informato dalla responsabile inviata dalla convenuta a Palermo, signora Pi., che il distacco subito nel precedente mese di gennaio era a lui imputabile, per non meglio precisate ragioni, e che non aveva diritto ad alcun risarcimento. Del pari, è documentale il tenore dei messaggi sempre più spazientiti che il ricorrente inviava per mail al datore di lavoro per sapere la ragione per cui non veniva contattato per la riattivazione del sistema (come gli veniva promesso dal risponditore automatico quando egli vi accedeva dopo aver comunicato il versamento del contante richiestogli e che aveva determinato il distacco del 3 marzo 2020) e per lamentare la mancanza del promesso contatto, anche con parole scurrili, come dedotto dalla convenuta e desumibile dal testo di un paio di messaggi, in atti.

Risulta, altresì documentale e pacifico, che l'assegnazione della consegna ai rider in genere e al ricorrente in particolare avveniva e avviene da parte della piattaforma sulla scorta di un algoritmo, che valuta la posizione del rider rispetto al ristorante e/o al luogo di consegna, al fine di rendere il più veloce ed efficiente possibile il servizio di consegna. D'altra parte, in fase di prenotazione degli slot (turni di consegna), il rider pure viene selezionato dall'algoritmo, sulla scorta del punteggio posseduto, in guisa che egli di fatto può prenotare il turno che preferisce sulla scorta delle proprie esigenze (personali, di famiglia, di maggiore redditività della conse-

gna ecc.) solo ove possenga un punteggio più elevato di quello degli altri rider della medesima città, poichè la finestra di prenotazione si apre per lui due volte a settimana (lunedì e giovedì) solo dopo che esso è stato aperto per i rider che hanno un punteggio superiore al suo: tanto più basso è il punteggio del rider e tanto più è probabile che egli, al momento dell'apertura sul suo profilo della piattaforma delle prenotazioni degli *slot*, trovi i turni migliori o a lui più graditi già tutti prenotati dai colleghi che hanno un punteggio più alto del suo, sul cui profilo i medesimi vengono aperti prima e quindi da loro prenotati.

Osserva il giudicante che questo fatto accertato comporta, da un lato, che la prestazione dei rider e del ricorrente in particolare risulta completamente organizzata dall'esterno (eteroorganizzata), e, d'altra parte, che la libertà del *rider*, segnatamente del ricorrente, di scegliere se e quando lavorare, su cui si fonda la natura autonoma della prestazione (anche sulla scorta della citata decisione della Corte di Giustizia), non è reale, ma solo apparente e fittizia, poichè, a tutto concedere, il lavoratore può scegliere di prenotarsi per i turni che la piattaforma (e quindi il datore di lavoro che ne è titolare o ne ha il controllo) mette a sua disposizione in ragione del suo punteggio. Egli, inoltre, per poter realmente svolgere la prestazione, deve essere loggato nel periodo di tempo che precede l'assegnazione della consegna, avere il cellulare carico in misura almeno pari al 20% e trovarsi nelle vicinanze del locale presso cui la merce dev'essere ritirata, poichè altrimenti l'algoritmo non lo selezionerà, benchè egli avesse prenotato e non disdetto lo *slot*, con la conseguenza che, in verità, non è lui che sceglie quando lavorare o meno, poichè le consegne vengono assegnate dalla piattaforma tramite l'algoritmo, sulla scorta di criteri del tutto estranei alle preferenze e allo stesso generale interesse del lavoratore (nel medesimo senso ha ritenuto la già citata sentenza della Suprema Corte spagnola, agli atti di parte ricorrente).

La circostanza sopra evidenziata e pure documentale che i turni di prenotazione (*slot*) si aprono sull'app e possono essere prenotati dai lavoratori in ordine di punteggio dai medesimi posseduto e che il punteggio viene assegnato con i criteri sopra precisati e subisce riduzioni in ragione di condotte fra cui annoverare la "libera scelta" del lavoratore di rifiutare un turno prenotato (tanto più se in ritardo rispetto al termine di tre ore prima del suo inizio in cui il rifiuto può essere effettuato sull'app) – come emerge dai documenti in atti benchè oggetto di contestazione meramente labiale da parte della società – porta, altresì, a ritenere che il *rider*, ed in particolare il ricorrente, sia in realtà sottoposto al potere disciplinare del datore di lavoro, oltre che al suo potere organizzativo e direttivo in relazione alla cennata serie ordinata di attività che egli è tenuto a svolgere sulla piattaforma per riuscire a svolgere l'attività lavorativa.

Ed invero, la circostanza che il punteggio del *rider* aumenti in modo premiale – in relazione cioè allo svolgimento di attività in c.d. "alta domanda" del *partner* convenzionato (35% doc. 12 del ricorrente), all'efficienza del lavoratore (35% doc. 13 del ricorrente), al *feedback* dell'utente (15% doc. 14 del ricorrente), all'esperienza del lavoratore (10% doc. 15 del ricorrente) e al *feedback* dei *partner* (5% doc. 16 del ricorrente) – non toglie affatto che il suo mancato aumento o la sua riduzione (a causa di condotte che in sostanza corrispondono a una negativa valutazione nei predetti parametri) costituiscano delle vere e proprie sanzioni disciplinari atipiche, sanzionando in sostanza un rendimento del lavoratore inferiore alle sue potenzialità con una retrocessione nel punteggio e quindi nella possibilità di lavorare a condizioni migliori o più vantaggiose.

Le modalità, poi, di assegnazione degli incarichi di consegna da parte dell'algoritmo (e quindi del datore di lavoro) costringono il lavoratore a essere a disposizione del datore di lavoro nel periodo di tempo antecedente l'assegnazione dello stesso, mediante la connessione all'app con il cellulare carico e la presenza fisica in luogo vicino quanto più possibile ai locali *partner* di parte datoriale, realizzando così una condotta tipica della subordinazione.

In sostanza, quindi, al di là dell'apparente e dichiarata (in contratto) libertà del *rider*, e del ricorrente in particolare, di scegliere i tempi di lavoro e se rendere o meno la prestazione, l'organiz-

zazione del lavoro operata in modo esclusivo dalla parte convenuta sulla piattaforma digitale nella propria disponibilità si traduce, oltre che nell'integrazione del presupposto della eteroorganizzazione, anche nella messa a disposizione del datore di lavoro da parte del lavoratore delle proprie energie lavorative per consistenti periodi temporali (peraltro non retribuiti) e nell'esercizio da parte della convenuta di poteri di direzione e controllo, oltre che di natura latamente disciplinare, che costituiscono elementi costitutivi della fattispecie del lavoro subordinato *ex art. 2094 c.c.*.

Né può obiettarsi che dette modalità sono connaturate alla piattaforma e che pertanto non modificano la natura autonoma del rapporto lavorativo pattuita in contratto, perché la piattaforma non è un terzo, dovendosi con essa identificare il datore di lavoro che ne ha la disponibilità e che programma gli algoritmi – peraltro non esibiti in giudizio – che regolano l'organizzazione del lavoro con le modalità predette e di fatto sovrastano il lavoratore con il subdolo esercizio di un potere di totale controllo sul medesimo, ai fini dell'esecuzione della prestazione lavorativa.

Pertanto, lo svolgimento della prestazione con le modalità suddette è connotata dalla subordinazione, sia ove considerata come doppia alienità – come definita la subordinazione dalla Consulta con la sentenza sopra citata –, sia ove considerata sulla scorta del paradigma della eterodirezione che l'art. 2094 c.c. aveva coniato per i rapporti di lavoro tipici della prima Rivoluzione Industriale, nei quali la natura subordinata del rapporto così definita appare ben più immediatamente ed evidentemente percepibile, anche sulla scorta degli indici rivelatori studiati per detta tipologia di lavorazioni.

Osserva il giudicante che, inoltre, nel corso del rapporto di lavoro del ricorrente, si sono verificati alcuni accadimenti che confermano la natura subordinata del suo rapporto di lavoro.

Anzitutto, come accennato, il carattere continuativo con cui è stata di fatto resa la prestazione con un orario nell'ultimo anno in media analogo a quello ordinario di un rapporto subordinato con il CCNL Commercio Terziario, applicato dalla convenuta (come pacifico e riconosciuto all'odierna udienza, in cui veniva dalla stessa formulata proposta transattiva di assunzione con detto CCNL, applicato in azienda ad altri lavoratori addetti a diverse mansioni), di otto ore al giorno e 40 ore settimanali.

In secondo luogo, le modalità con cui la prestazione è stata svolta, senza margini di autonomia rispetto alla piattaforma, che spesso creava al ricorrente problematiche che non era possibile risolvere neppure contattando la società con l'apposita chat dedicata (vedi anche il doc. n. 16 di parte convenuta), a mezzo della quale l'operatore in turno spesso non rispondeva ripetutamente alle domande del ricorrente, dicendogli che il proprio compito non era risolvere i suoi dubbi sul funzionamento del sistema, perché ciò non sarebbe stato funzionale al suo lavoro. Dai messaggi contenuti nel citato documento 16 di parte convenuta emerge che l'operatore in turno sulla chat evidenziava altresì che "il sistema fa tutto in automatico" e che assegna gli ordini pure in automatico, sicché in assenza di ordini nello *slot* prenotato dal ricorrente, egli poteva solo "cambiare zona e muoversi nell'area di servizio".

Il funzionamento del sistema della piattaforma, automatico – come ribadito nei messaggi della chat che dovrebbe dare supporto ai rider, prodotti dalla stessa convenuta, – era organizzato in modo da non fornire risposte alle domande del ricorrente, che, dopo giorni di inattività per mancata assegnazione di ordini negli *slot* prenotati, per ragioni ignote, perdeva la pazienza ed inveiva al suo indirizzo e a quello dei suoi organizzatori (doc. 16 di parte convenuta), sentendosi del tutto impotente avverso l'ignota modalità di funzionamento della piattaforma medesima, esattamente come un operaio del secolo scorso rispetto alla modalità di funzionamento della catena di montaggio, sulla quale però verosimilmente il capo operaio poteva fornirgli spiegazioni in tempo reale.

Le modalità di funzionamento della piattaforma – rimaste ignote al ricorrente nel corso del rapporto e anche nella presente causa, in cui non sono stati prodotti gli algoritmi che ne rego-

lano aspetti essenziali, quali lo sblocco degli slot e l'assegnazione degli ordini – appaiono aver privato del tutto il ricorrente di qualsiasi possibilità di scegliere se e quando lavorare: egli, infatti, pur avendo prenotato i relativi *slot* ed essendosi posizionato fisicamente in una zona nella quale insistono esercizi commerciali *partner* della convenuta, non riceveva ordini per molti giorni consecutivi, rimanendo tuttavia nelle giornate e orari dei predetti *slot* a disposizione della convenuta ed in attesa.

Per alcune giornate, poi, il ricorrente subiva il distacco dell'*account* della piattaforma, ciò di cui chiedeva spiegazioni alla signora Pi. in occasione della sua presenza a Palermo, richiedendo di essere risarcito per il lavoro perso; la Pi., in occasione della successiva visita a Palermo, il 24 febbraio 2020 rispondeva al ricorrente che i distacchi erano addebitabili a una sua non meglio precisata condotta, provocando nel T. uno scoppio d'ira e la minaccia di agire in giudizio.

Nella specie, in ogni caso, secondo la stessa convenuta, il ricorrente era stato temporaneamente disconnesso in ragione di una sua condotta, subendo così una sanzione disciplinare atipica che comportava la sospensione dal lavoro, senza ricevere nè una previa contestazione disciplinare e neppure una esauriente spiegazione postuma.

Deve, quindi, concludersi che nella fattispecie il lavoratore è stato soggetto al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro.

Ulteriore conferma della sottoposizione del ricorrente al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro si ottiene dalle circostanze del distacco del ricorrente dalla piattaforma, che egli ha impugnato quale licenziamento orale e comunque nullo, in quanto discriminatorio e ritorsivo.

(*Omissis*).

Osserva il giudicante che la esposta ricostruzione dei fatti non è oggetto di contestazione tra le parti e che la società convenuta ha attribuito il prolungamento del distacco dell'*account* a un non meglio precisato errore del sistema, chiedendo di dimostrare che la signora Pi. e il suo collega non avevano riferito ai vertici societari della partecipazione del ricorrente alla trasmissione televisiva Cronache Siciliane, in cui rivendicava maggiori garanzie per il lavoro dei *riders*.

Orbene, la ricostruzione della società, oltre che priva di riscontro probatorio (la prova richiesta con la sig. Pi. e altro dipendente sociale non è stata ammessa, non potendosi con essa dimostrare che in presenza degli attuali mezzi tecnologici la società non fosse venuta comunque a conoscenza del contenuto di una trasmissione televisiva sui *riders*), appare inverosimile.

Ed invero, risulta provato che il ricorrente avesse trasmesso, con le modalità richieste dalla convenuta e regolamentate sulla piattaforma G., i bonifici delle somme richieste, relative al saldo di cassa, senza che il suo *account* venisse riattivato, come invece previsto dalle regole della piattaforma medesima, ma anche che il ricorrente avesse inviato diverse email (4, 7 e 9 marzo 2020) rappresentando di non essere stato riconnesso, senza ricevere alcuna risposta, nonché, successivamente, lettera di impugnativa del licenziamento, ricevuta dalla società pacificamente in allegato a pec dell'avv. L.M. del 30.04.2020 (riscontrata con pec dall'avv. solo il 12 agosto 2020) e richiesta di informazioni sul trattamento dei dati personali del 13 maggio 2020, ricevendo risposta il 13 giugno 2020 senza alcuna indicazione in merito al distacco dell'*account*.

Ove, infatti, si fosse trattato di un mero errore, la società avrebbe avuto modo di avvedersene immediatamente e avrebbe subito riattivato l'*account* del ricorrente, invece risulta che l'*account* sia stato riattivato dalla società solo il 12 giugno 2020, dopo quasi un mese e mezzo dalla ricezione dell'impugnativa di licenziamento e dopo tre mesi da quella delle citate e-mail, giusto il giorno precedente all'ultimo utile per fornire risposta in relazione alla richiesta sul trattamento dei dati personali, senza peraltro darne alcuna comunicazione al ricorrente se non dopo il ricorso introduttivo del presente giudizio, con il laconico “il sig. Tu. risulta riattivato” contenuto nella missiva allegata alla pec dell'avv. del 12 agosto 2020 all'avv. L.M. – privo di alcuna indicazione della data in cui la riattivazione sarebbe avvenuta – e poi con la memoria di costituzione nel presente giudizio.

Poiché è stato accertato in modo pacifico che quella indicata è la ricostruzione dei fatti come accaduti, non può pertanto ritenersi verosimile la deduzione della società in merito ad un non meglio precisato né documentato errore tecnico relativo alla mancata riattivazione dell'*account* del ricorrente, dovendosi di conseguenza ritenere al contrario verosimile che, se non il distacco, certamente la mancata riattivazione dell'*account* del Tu. sia riconducibile alla volontà della società di reagire in tal modo alle provate rivendicazioni di natura sindacale operate dal ricorrente, accompagnato dal proprio rappresentante sindacale, sia in due occasioni di incontro con il Glover Specialist, che mediante la partecipazione a una trasmissione televisiva, nel mese di febbraio 2020 (l'ultima il 24.02.2020), immediatamente antecedente il distacco del ricorrente in data 3.03.2020 e la sua omessa riconnessione il 4 marzo 2020.

La sequenza temporale dei fatti – contrariamente a quanto asserito dalla convenuta – è tanto diretta ed immediata da portare a ritenere assai verosimile l'intento punitivo datoriale.

Il convincimento del giudice sul punto, del resto, non può che essere rafforzato dalle deduzioni della società in merito a una condotta offensiva posta in essere dal ricorrente, sia tramite le comunicazioni all'indirizzo della società (doc. n. 16), che a voce all'indirizzo della dipendente societaria signora Pi. nell'ultima delle occasioni appena citate (24 febbraio 2020): questa, infatti, avrebbe forse potuto giustificare una contestazione disciplinare da parte della società, che tuttavia non vi è stata e che avrebbe obbligato la convenuta a dar prova della giusta causa di licenziamento (non fornita), essendosi al contrario la convenuta limitata a impedire al ricorrente qualsiasi possibilità di svolgimento della prestazione lavorativa, mediante la disconnessione e l'omessa riconnessione del suo *account*.

Infatti, in mancanza di prova della causale dedotta dal datore di lavoro a fondamento del licenziamento, deve ritenersi provata l'unicità del motivo di ritorsione dedotto e provato dal lavoratore, come nel caso di specie.

Per tutte le argomentazioni sopra esposte, deve, quindi, anzitutto dichiararsi che tra le parti intercorre un rapporto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato, con mansioni di ciclofattorino di cui al VI livello del CCNL Terziario, Distribuzione e servizi pacificamente applicato dalla convenuta ai propri dipendenti, dal 5 ottobre 2018, come in parte dispositiva.

Qualificato, così, il rapporto di lavoro come rapporto di lavoro subordinato, per tutte le ragioni sopra evidenziate, ivi compresa quella consistente nell'esercizio del potere latamente disciplinare esercitato dal datore di lavoro mediante ripetuti distacchi dalla piattaforma, omissione di ordini per periodi prolungati negli orari degli *slot* prenotati e definitivo distacco dell'*account*, quest'ultima condotta non può che qualificarsi come licenziamento, attesa la pacifica impossibilità per il ricorrente di rendere la prestazione lavorativa al di fuori della piattaforma.

Detto licenziamento, del resto, pur dovendosi verosimilmente addebitare esclusivamente a motivo ritorsivo, come detto, è stato intimato in forma orale, inidonea a produrre la risoluzione del rapporto.

Ed invero, nessuna comunicazione in alcuna forma è mai pervenuta al ricorrente dell'intenzione della società di procedere al distacco del suo *account*, sicché appare ozioso interrogarsi se la comunicazione pervenuta al ricorrente a mezzo della chat del 3 marzo 2020 alle ore 6:03 A.M. "Il tuo *account* Glovo è stato messo in pausa per motivi di sicurezza perchè non hai effettuato un deposito per ridurre il saldo alla mano", sia o meno una comunicazione caratterizzata dalla necessaria forma scritta, poichè in ogni caso da essa non si desume in alcun modo la volontà datoriale di recedere dal rapporto di lavoro con il ricorrente, ma solo di sospenderlo in modo temporaneo, soprattutto se essa viene messa in relazione con la precedente comunicazione del 2 marzo 2020 alle ore 3:31 AM, del seguente contenuto: "Hai un valore troppo alto di Saldo alla mano. Per sicurezza deposita 170.00 Euro entro 24 ore, altrimenti dovremo mettere in pausa il tuo *account* Glovo.

(*Omissis*)

Tanto chiarito, nella specie, il licenziamento del ricorrente è stato intimato per fatti concludenti, consistenti nella mancata riattivazione del suo account non appena egli comunicò nelle forme richieste i bonifici effettuati sull'IBAN della società sopra indicato, secondo le regole contrattuali indicate dalla piattaforma in generale e al ricorrente in particolare con la citata chat del 2 marzo 2020.

Pertanto esso non può che qualificarsi come licenziamento orale, avverso il quale non vi era alcun onere di impugnativa: esso risulta infatti paragonabile a quello, indubbiamente orale, che venisse intimato a un lavoratore subordinato che fosse stato sospeso dal servizio o fosse in aspettativa per qualsivoglia ragione e a cui venga al rientro in servizio fisicamente impedito l'ingresso sul luogo di lavoro (ad esempio cambiando la serratura del suo ingresso, le cui chiavi erano in possesso del lavoratore), senza l'invio di una comunicazione di licenziamento in forma scritta.

Del resto, ove così non fosse, l'eccezione di tardività dell'impugnativa di licenziamento appare infondata.

Ed invero, da un lato, la pec dell'avv. L.M., con allegata l'impugnativa sottoscritta dal ricorrente (come egli ha dedotto e come parte datoriale non ha sconfessato tramite la produzione dell'allegato pervenutole privo di sottoscrizione), pur senza l'autenticazione notarile della stessa, venne inviata il 30 aprile 2020, in periodo di lockdown, in presenza di una normativa ampiamente derogatoria delle regole generali in tema di consegna della corrispondenza, anche a mezzo di posta raccomandata, al fine di prevenire ed evitare il diffondersi del contagio da COVID 19, e che consentiva la trasmissione della medesima a mezzo pec anche in deroga alle regole ordinarie, il cui rigido rispetto avrebbe, del resto, prodotto la violazione del diritto di difesa costituzionalmente garantito, nel rendere impossibile o eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto all'impugnativa (il cui termine secondo la convenuta scadeva il 2 maggio 2020).

D'altra parte, la società non ha certo disconosciuto che l'impugnativa di licenziamento fosse stata inviata dal ricorrente (*Omissis*).

Appare, quindi, raggiunta la finalità in vista della quale la norma prevede il breve termine decadenziale, di portare, cioè, a conoscenza del datore di lavoro l'intenzione del lavoratore di impugnare il licenziamento, mediante un atto scritto (vedi anche sul punto Corte d'Appello di Napoli, 4356/2019 del 5 agosto 2019 in RG. 560/2019): ed invero è indubbiamente un atto scritto la pec inviata dall'avv. L.M., con allegata l'impugnativa della cui provenienza dal lavoratore parte convenuta ha dimostrato di non aver dubitato sino alla costituzione in giudizio, così come della validità del mandato conferito dal ricorrente al predetto difensore.

Acclarato che il ricorrente è stato licenziato oralmente dal rapporto di lavoro subordinato intrattenuto di fatto con la convenuta e ritenuto che siffatto licenziamento è inefficace, non essendo idoneo a risolvere il rapporto di lavoro, e che il rapporto non era stato ricostituito di fatto, in assenza di alcuna comunicazione di riconnessione, in particolare quale rapporto di lavoro subordinato come accertato con la presente sentenza, ne consegue l'applicazione in favore del ricorrente della tutela reintegratoria prevista dal D.Lgs. 23/2015 con richiamo all'art. 18, commi dal primo al terzo, St. Lav. nel testo modificato dalla l. n. 92/2012.

La società dovrà, quindi, essere condannata alla reintegrazione del lavoratore nel proprio posto di lavoro, oltre che al pagamento di un'indennità risarcitoria pari alla retribuzione mensile che avrebbe percepito per il rapporto di lavoro accertato come sopra, a tempo pieno e indeterminato, con mansioni di ciclofattorino di cui al VI livello del CCNL Terziario, Distribuzione e servizi pacificamente applicato dalla convenuta ai propri dipendenti, come quantificata in parte dispositiva, dal momento del licenziamento, del 4.03.2020 – data in cui l'*account* avrebbe dovuto essere riattivato – sino alla reintegrazione effettiva, oltre contributi previdenziali e assistenziali. (*Omissis*)

GIURISPRUDENZA

NOTE DI COMMENTO

Corte di Giustizia UE, Sez. VII, ord. 4 giugno 2020, n. C-32/20 – Pres. Xuereb – Rel. Kumin – T.J. c. Balga S.r.l.

Rinvio pregiudiziale – Artt. 20, 21, 30, 34, 47 CDFUE – Dir. 98/59/CE – Art. 10 d.lgs. n. 23/2015 – Licenziamenti collettivi – Violazione dei criteri di scelta – Manifesta incompetenza della Corte.

La Corte è manifestamente incompetente a statuire sulla compatibilità con gli artt. 20, 21, 30, 34, 47 CDFUE di una disciplina quale quella di cui all'art. 10 d.lgs. n. 23/2015 relativa alle modalità della tutela da riconoscere ad un lavoratore che sia stato oggetto di un licenziamento collettivo intimato in violazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, in quanto detta disciplina è manifestamente priva di relazione con gli obblighi di notifica e di comunicazione derivanti dalla direttiva 98/59/CE.

(Omissis)

ORDINANZA

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 20, 21, 30, 34 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»), nonché della direttiva 98/59/CE del Consiglio, del 20 luglio 1998, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi (GU 1998, L 225, pag. 16).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra T.J., una lavoratrice licenziata a seguito di una procedura di licenziamento collettivo, e la Balga S.r.l., in merito alla tutela giuridica che deve essere riconosciuta alla prima in caso di licenziamento ingiustificato per violazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare.

CONTESTO NORMATIVO

Diritto internazionale

3 L'articolo 24 della Carta sociale europea, come riveduta, firmata il 3 maggio 1996 a Strasburgo (serie dei trattati europei n. 163; in prosieguo: la «Carta sociale europea»), intitolato «Diritto ad una tutela in caso di licenziamento», prevede quanto segue:

«Per assicurare l'effettivo esercizio del diritto ad una tutela in caso di licenziamento, le Parti s'impegnano a riconoscere:

a. il diritto dei lavoratori di non essere licenziati senza un valido motivo legato alle loro attitudini o alla loro condotta o basato sulle necessità di funzionamento dell'impresa, dello stabilimento o del servizio;

b. il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione.

A tal fine, le Parti si impegnano a garantire che un lavoratore, il quale ritenga di essere stato oggetto di una misura di licenziamento senza un valido motivo, possa avere un diritto di ricorso contro questa misura davanti ad un organo imparziale».

Diritto dell'Unione

4 Il considerando 2 della direttiva 98/59 è così formulato:

«considerando che occorre rafforzare la tutela dei lavoratori in caso di licenziamenti collettivi, tenendo conto della necessità di uno sviluppo economico-sociale equilibrato nella Comunità».

5 L'articolo 2 di tale direttiva, che ne costituisce la sezione II, intitolata «Informazione e consultazione», così dispone:

«1. Quando il datore di lavoro prevede di effettuare licenziamenti collettivi, deve procedere in tempo utile a consultazioni con i rappresentanti dei lavoratori al fine di giungere ad un accordo.

2. Nelle consultazioni devono essere almeno esaminate le possibilità di evitare o ridurre i licenziamenti collettivi, nonché di attenuarne le conseguenze ricorrendo a misure sociali di accompagnamento intese in particolare a facilitare la riqualificazione e la riconversione dei lavoratori licenziati.

(...)

3. Affinché i rappresentanti dei lavoratori possano formulare proposte costruttive, il datore di lavoro deve in tempo utile nel corso delle consultazioni:

- a) fornire loro tutte le informazioni utili e
- b) comunicare loro, comunque, per iscritto:
 - i) le ragioni del progetto di licenziamento,
 - ii) il numero e le categorie dei lavoratori da licenziare,
 - iii) il numero e le categorie dei lavoratori abitualmente impiegati,
 - iv) il periodo in cui si prevede di effettuare i licenziamenti,
 - v) i criteri previsti per la selezione dei lavoratori da licenziare, qualora le legislazioni e/o le prassi nazionali ne attribuiscono la competenza al datore di lavoro,
 - vi) il metodo di calcolo previsto per qualsiasi eventuale indennità di licenziamento diversa da quella derivante dalle legislazioni e/o prassi nazionali.

Il datore di lavoro deve trasmettere all'autorità pubblica competente almeno una copia degli elementi della comunicazione scritta, previsti al primo comma, lettera b), punti da i) a v).

(...).

6 Intitolata «Procedura di licenziamento collettivo», la sezione III della direttiva 98/59 è costituita dagli articoli 3 e 4 di quest'ultima.

7 Detto articolo 3 è così formulato:

«1. Il datore di lavoro deve notificare per iscritto ogni progetto di licenziamento collettivo all'autorità pubblica competente.

(...)

La notifica dovrà contenere tutte le informazioni utili concernenti il progetto di licenziamento collettivo e le consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori previste all'articolo 2, segnatamente i motivi del licenziamento, il numero dei lavoratori che dovranno essere licenziati, il numero dei lavoratori abitualmente occupati ed il periodo nel corso del quale s'effettueranno i licenziamenti.

(...).

8 L'articolo 6 della direttiva 98/59, contenuto nella sezione IV di quest'ultima, intitolata «Disposizioni finali», così recita:

«Gli Stati membri provvedono affinché i rappresentanti dei lavoratori e/o i lavoratori dispongano di procedure amministrative e/o giurisdizionali per far rispettare gli obblighi previsti dalla presente direttiva».

Diritto italiano

9 L'articolo 18 della legge del 20 maggio 1970, n. 300 - Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale, nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento (GURI n. 131 del 27 maggio 1970) prevede, secondo quanto rilevato dal giudice del rinvio, le sanzioni conseguenti alla violazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare in caso di licenziamento collettivo, di cui all'articolo 5 della legge del 23 luglio 1991, n. 223 - Norme in materia di cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunità europea, avviamento al lavoro ed altre disposizioni in materia di mercato del lavoro (supplemento ordinario alla GURI n. 175 del 27 luglio 1991; in prosieguo: la «legge n. 223/1991»). Qualora constati una tale violazione, il giudice annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione. In ogni caso, la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a 12 mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è altresì condannato al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, maggiorati degli interessi nella misura legale, senza applicazione di sanzioni per omessa o ritardata contribuzione.

10 Il combinato degli articoli 3, paragrafo 1, e 10 del decreto legislativo del 4 marzo 2015, n. 23 - Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183 (GURI n. 54 del 6 marzo 2015; in prosieguo: il «decreto legislativo n. 23/2015») dispone che, in caso di licenziamento collettivo ingiustificato, il giudice dichiara la cessazione del rapporto di lavoro e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità, che non è soggetta ai contributi previdenziali, di importo non inferiore a 4 e non superiore a 24 mensilità. Ai sensi del decreto-legge del 12 luglio 2018, n. 87 - Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese (GURI n. 161 del 13 luglio 2018), tale forbice è compresa tra 6 e 36 mensilità.

PROCEDIMENTO PRINCIPALE E QUESTIONI PREGIUDIZIALI

11 Il 1° maggio 2016, T.J. ha stipulato un contratto di lavoro con la società Balga, che aveva rilevato il personale della società presso la quale lavorava precedentemente. Il 15 maggio 2016, è stata licenziata, insieme ad otto suoi colleghi, a seguito di una procedura di licenziamento collettivo. La ricorrente nel procedimento principale ha proposto ricorso avverso il suo licenziamento dinanzi al Tribunale di Napoli (Italia), evocando la violazione dei criteri applicabili alla scelta dei lavoratori da licenziare, di cui all'articolo 5 della legge n. 223/1991. Il Tribunale di Napoli ha dichiarato infondato e respinto tale ricorso. La ricorrente nel procedimento principale ha quindi impugnato tale decisione dinanzi alla Corte d'appello di Napoli (Italia). La Balga contesta la fondatezza di tale appello e sostiene che, anche qualora venisse riconosciuto il carattere ingiustificato del licenziamento, la ricorrente nel procedimento principale non potrebbe ottenere la propria reintegrazione, poiché ha firmato il contratto di lavoro dopo il 7 marzo 2015, data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 23/2015, che ha introdotto una nuova disposizione in materia di licenziamenti, la quale si limita a prevedere, in una tale ipotesi, il pagamento di un'indennità.

12 Secondo il giudice del rinvio, esistono in Italia due diversi regimi in materia di licenziamenti collettivi ingiustificati, la cui applicazione dipende dalla data di conclusione del contratto di lavoro a tempo indeterminato.

13 Infatti, i contratti di lavoro a tempo indeterminato conclusi sino al 7 marzo 2015 rientrerebbero nell'ambito di applicazione dell'articolo 5, paragrafo 3, della legge n. 223/1991, il quale rinvia all'articolo 18 della legge del 20 maggio 1970, n. 300 - Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale, nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento. Secondo tale regime, il datore di lavoro dovrebbe, in caso di licenziamento ingiustificato, da un lato, reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro e, dall'altro, versargli un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto per il periodo compreso tra il giorno del licenziamento e quello dell'effettiva reintegrazione, oltre ai contributi previdenziali e assistenziali corrispondenti al medesimo periodo, senza che tale indennità possa eccedere 12 mensilità.

14 I contratti di lavoro a tempo indeterminato conclusi dopo il 7 marzo 2015 rientrerebbero nell'ambito di applicazione dell'articolo 10 del decreto legislativo n. 23/2015, il quale rinvia, in caso di violazione dei criteri relativi alla scelta dei lavoratori da licenziare, alle sanzioni fissate all'articolo 3, paragrafo 1, del medesimo decreto legislativo. Detta disposizione non prevederebbe una possibilità di reintegrazione del lavoratore, ma unicamente il versamento di un'indennità, che non darebbe luogo al versamento di contributi previdenziali e il cui importo dipenderebbe, in particolare, dall'anzianità lavorativa. Tale indennità sarebbe quindi compresa tra 4 e 24 mensilità, ovvero tra 6 e 36 mensilità dall'entrata in vigore del decreto legislativo del 12 luglio 2018, n. 87.

15 Secondo il giudice del rinvio, la coesistenza di questi due regimi distinti fa sorgere dubbi quanto alla compatibilità del regime di cui trattasi nel procedimento principale con il diritto dell'Unione e, più precisamente, quanto alla compatibilità della nuova normativa risultante dal decreto legislativo n. 23/2015 con i principi enunciati dalla direttiva 98/59, in particolare al suo considerando 2, che menzionerebbe la necessità di rafforzare la tutela dei lavoratori, nonché con diversi diritti e principi garantiti dalla Carta. A tale riguardo detto giudice sottolinea che, nella misura in cui i licenziamenti collettivi sono disciplinati dalla direttiva 98/59, il legislatore nazionale, nell'attuare detta direttiva, deve rispettare anche i diritti fondamentali sanciti dalla Carta.

16 In particolare, l'articolo 30 della Carta, intitolato «Tutela in caso di licenziamento ingiustificato», dovrebbe, in forza delle spiegazioni relative alla Carta, essere interpretato alla luce dell'articolo 24 della Carta sociale europea, che è stato interpretato dal Comitato europeo dei diritti sociali nel senso che la sanzione derivante da un licenziamento collettivo ingiustificato è considerata congrua quando prevede il rimborso delle perdite finanziarie subite tra la data del licenziamento e la decisione dell'organo di ricorso, una possibilità di reintegrazione nonché indennizzi di importo sufficientemente elevato per dissuadere il datore di lavoro e risarcire il danno sofferto dalla vittima. Inoltre, secondo la sentenza dell'11 ottobre 2007, Paquay (C-460/06, EU:C:2007:601, punto 49), gli Stati membri non sarebbero tenuti ad adottare una sanzione determinata in caso di licenziamento illegittimo, ma la sanzione scelta dovrebbe essere di natura tale da garantire una tutela giurisdizionale effettiva ed efficace, dovrebbe avere per il datore di lavoro un effetto dissuasivo reale ed essere, ad ogni modo, adeguata al danno subito. Ebbene, secondo il giudice del rinvio, un regime come quello previsto dal decreto legislativo n. 23/2015 non soddisferebbe tali requisiti, in quanto si limiterebbe a prevedere il versamento di un'indennità.

17 In primo luogo, il giudice del rinvio rileva che il mero indennizzo, il cui importo è determinato principalmente secondo un criterio di anzianità piuttosto che in considerazione della effettiva perdita finanziaria subita dal lavoratore, viola i principi del diritto dell'Unione di dissuasività, di proporzionalità, di effettività e di adeguatezza, cui il legislatore nazionale dovrebbe ispirarsi. In secondo luogo, la disparità di trattamento derivante dall'esistenza di due regimi distinti in caso di licenziamento ingiustificato, che si fonda non su ragioni oggettivamente giustificate, bensì sulla sola data della firma del contratto di lavoro, costituirebbe una violazione

dei principi di uguaglianza e di non discriminazione, sanciti agli articoli 20 e 21 della Carta. In terzo luogo, l'esigenza di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva ed efficace in caso di violazione di un diritto fondamentale renderebbe il semplice risarcimento incompatibile con il diritto ad un ricorso effettivo, garantito dall'articolo 47 della Carta. Infine, la nuova disciplina contenuta nel decreto legislativo n. 23/2015, che non prevedrebbe la condanna del datore di lavoro al pagamento dei contributi previdenziali, pregiudicherebbe altresì l'accesso alle prestazioni di sicurezza sociale, garantito dall'articolo 34 della Carta.

18 Alla luce di tali circostanze, la Corte d'appello di Napoli ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'[articolo] 30 della [Carta] debba essere interpretato nel senso di riconoscere, in caso di licenziamenti collettivi illegittimi, un diritto a una tutela qualificata da parametri di effettività, efficacia, adeguatezza e deterrenza, in quanto tali requisiti costituiscono il carattere delle sanzioni previste dal "diritto dell'Unione" a salvaguardia del rispetto di valori fondamentali, rispetto ai quali la norma nazionale - ovvero la prassi applicativa - che assicura la concreta misura sanzionatoria contro ogni licenziamento ingiustificato, deve conformarsi. Se, di conseguenza, i suddetti parametri costituiscano un limite esterno rilevante e utilizzabile nel giudizio ai fini delle azioni riconosciute al Giudice nazionale per l'adeguamento al diritto dell'UE della normativa o della prassi nazionale attuativa della direttiva [98/59].

2) Se, al fine di definire il livello di tutela imposto dall'ordinamento dell'Unione in caso di licenziamento collettivo illegittimo, l'[articolo] 30 della [Carta] debba essere interpretato tenendo "in debito conto", e quindi considerando rilevante, il significato materiale dell'[articolo] 24 della Carta Sociale Europea (...), richiamata nelle Spiegazioni, così come risultante dalle decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, e se, di conseguenza, il diritto dell'Unione osti ad una normativa nazionale e ad una prassi applicativa che, nell'escludere una misura reintegratoria del posto di lavoro, limiti la tutela ad un rimedio meramente indennitario, caratterizzato da un plafond parametrato al criterio prioritario dell'anzianità lavorativa, e non al ristoro del danno subito dal lavoratore per effetto della perdita della sua fonte di sostentamento.

3) Se, quindi, il Giudice nazionale, nel valutare il grado di compatibilità della norma interna che attua, ovvero stabilisce, la misura della tutela in caso di licenziamenti collettivi illegittimi (per violazione dei criteri di scelta), debba considerare il contenuto elaborato dalla Carta Sociale Europea risultante dalle decisioni dei suoi organi e comunque ritenere necessaria una tutela soddisfattiva piena o, quantomeno tendenzialmente tale, delle conseguenze economiche derivate dalla perdita del contratto di lavoro.

4) Se gli articoli 20, 21, 34 e 47 della [Carta] ostino all'introduzione di una normativa o di una prassi applicativa da parte di uno Stato membro, attuativa della direttiva [98/59], che preveda per i soli lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015 coinvolti nella medesima procedura, un sistema sanzionatorio che escluda, diversamente da quanto assicurato agli altri lavoratori sottoposti alla medesima procedura, ma assunti in data antecedente, la reintegra nel posto di lavoro e, comunque, il ristoro delle conseguenze derivanti dalla perdita del reddito e dalla perdita della copertura previdenziale, riconoscendo esclusivamente un indennizzo caratterizzato da un importo determinato in via prioritaria sul parametro dell'anzianità lavorativa, differenziando, quindi, sulla base della data di assunzione, la sanzione in modo da generare una diversità di livelli di tutela basati sul summenzionato criterio e non sulle conseguenze effettive subite a seguito della ingiusta perdita della fonte di sostentamento».

SULLA COMPETENZA DELLA CORTE

19 Ai sensi dell'articolo 53, paragrafo 2, del regolamento di procedura della Corte, quando la Corte è manifestamente incompetente a conoscere di una causa o quando una domanda o un

atto introduttivo è manifestamente irricevibile, la Corte, sentito l'avvocato generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata, senza proseguire il procedimento.

20 Tale disposizione deve essere applicata nella presente causa.

21 Nell'ambito della cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali, istituita dall'articolo 267 TFUE, spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze della causa pendente dinanzi ad esso, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emettere la propria sentenza, sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate dai giudici nazionali riguardano l'interpretazione di una disposizione del diritto dell'Unione, la Corte, in via di principio, è tenuta a statuire, a meno che non appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non ha alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto del procedimento principale, qualora la questione sia di natura ipotetica oppure qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per rispondere in modo utile alle questioni che le sono sottoposte (sentenze del 16 luglio 2009, *Mono Car Styling*, C-12/08, EU:C:2009:466, punti 27 e 28, nonché del 10 settembre 2009, *Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK e a.*, C-44/08, EU:C:2009:533, punti 32 e 33).

22 Dall'ordinanza di rinvio risulta che la controversia oggetto del procedimento principale riguarda le modalità della tutela da riconoscere alla ricorrente nel procedimento principale, vittima di un licenziamento collettivo considerato ingiustificato, derivante da una violazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare. Il giudice del rinvio, infatti, indica che un lavoratore illegittimamente licenziato a tale titolo può, in forza della legge n. 223/1991, chiedere la sua reintegrazione nell'impresa se il contratto di lavoro a tempo indeterminato è stato concluso entro il 7 marzo 2015, mentre il decreto legislativo n. 23/2015, applicabile ai contratti conclusi successivamente a tale data, prevede unicamente il versamento di un'indennità.

23 Ebbene, poiché la situazione giuridica della ricorrente nel procedimento principale non rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, occorre constatare che l'interpretazione richiesta dell'articolo 30 della Carta, relativo alla tutela in caso di licenziamento ingiustificato, nonché degli articoli 20, 21, 34 e 47 della Carta, non ha alcun rapporto con l'oggetto del procedimento principale.

24 Secondo una costante giurisprudenza, qualora una situazione giuridica non rientri nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione, la Corte non è competente al riguardo e le disposizioni della Carta eventualmente richiamate non possono giustificare, di per sé, tale competenza (v., in tal senso, ordinanze del 10 ottobre 2013, *Nagy e a.*, da C-488/12 a C-491/12 e C-526/12, non pubblicata, EU:C:2013:703, punto 17, nonché del 16 gennaio 2014, *Weigl*, C-332/13, non pubblicata, EU:C:2014:31, punto 14).

25 Le disposizioni della Carta, infatti, si applicano agli Stati membri, ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della medesima, esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. L'articolo 6, paragrafo 1, TUE e l'articolo 51, paragrafo 2, della Carta precisano che quest'ultima non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione europea, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati. La Corte è quindi chiamata ad interpretare, alla luce della Carta, il diritto dell'Unione nei limiti delle competenze che le sono attribuite [v., in tal senso, sentenza del 10 luglio 2014, *Julián Hernández e a.*, C-198/13, EU:C:2014:2055, punto 32; ordinanza del 24 settembre 2019, *Spetsializirana prokuratura* (Presunzione di innocenza), C-467/19 PPU, EU:C:2019:776, punto 38, nonché sentenza del 19 novembre 2019, *TSN e AKT*, C-609/17 e C-610/17, EU:C:2019:981, punto 42].

26 Occorre ricordare, al riguardo, che la nozione di «attuazione del diritto dell'Unione», di cui all'articolo 51 della Carta, richiede l'esistenza di un collegamento tra un atto di diritto dell'Unione e la misura nazionale in questione che vada al di là dell'affinità tra le materie prese in considerazione o dell'influenza indirettamente esercitata da una materia sull'altra. La Corte ha in particolare concluso che i diritti fondamentali dell'Unione erano inapplicabili ad una normativa nazionale in quanto le disposizioni dell'Unione nella materia in questione non imponevano alcun obbligo specifico agli Stati membri in relazione alla situazione oggetto del procedimento principale. Pertanto, il solo fatto che una misura nazionale ricada in un settore nel quale l'Unione è competente non può collocarla nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione e, quindi, comportare l'applicabilità della Carta (sentenza del 10 luglio 2014, Hernández e a., C-198/13, EU:C:2014:2055, punti da 34 a 36).

27 Contrariamente a quanto sottinteso dal giudice del rinvio, non è quindi sufficiente, al fine di constatare che le disposizioni di diritto italiano di cui trattasi nel procedimento principale attuano la direttiva 98/59, che tali disposizioni facciano parte di una normativa più ampia, nell'ambito della quale talune altre disposizioni sono state adottate per trasporre detta direttiva. Sarebbe infatti necessario, perché sia constatata l'applicabilità della direttiva 98/59 e, di conseguenza, della Carta, che tale direttiva imponga un obbligo specifico in relazione alla situazione oggetto del procedimento principale, che sia stato attuato dalle disposizioni del diritto italiano in questione.

28 Ebbene, dall'ordinanza di rinvio non risulta che il procedimento principale abbia ad oggetto un qualsivoglia obbligo imposto dalla direttiva 98/59.

29 Da un lato, occorre constatare che il considerando 2 della direttiva 98/59, al quale fa riferimento il giudice del rinvio e dal quale risulta che tale direttiva mira a rafforzare la tutela dei lavoratori in caso di licenziamenti collettivi, non impone alcun obbligo specifico in una situazione come quella della ricorrente nel procedimento principale.

30 Dall'altro lato, un siffatto obbligo non risulta dalle disposizioni della direttiva 98/59. L'obiettivo principale di tale direttiva consiste nel far precedere i licenziamenti collettivi da una consultazione dei rappresentanti dei lavoratori e dall'informazione dell'autorità pubblica competente. Ai sensi del suo articolo 2, paragrafo 2, nelle consultazioni devono essere esaminate le possibilità di evitare o ridurre i licenziamenti collettivi, nonché di attenuarne le conseguenze ricorrendo a misure sociali di accompagnamento intese in particolare a facilitare la riqualificazione e la riconversione dei lavoratori licenziati. Ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, e dell'articolo 3, paragrafo 1, della medesima direttiva, il datore di lavoro deve notificare all'autorità pubblica ogni progetto di licenziamento collettivo e trasmetterle gli elementi e le informazioni menzionati in tali disposizioni (sentenza del 21 dicembre 2016, AGET Iraklis, C-201/15, EU:C:2016:972, punto 28).

31 La direttiva 98/59 garantisce, in tal modo, solo un'armonizzazione parziale delle norme a tutela dei lavoratori in caso di licenziamenti collettivi, ossia la procedura da seguire nel caso di tali licenziamenti (sentenza del 21 dicembre 2016, AGET Iraklis, C-201/15, EU:C:2016:972, punto 29). La Corte ha così già avuto modo di precisare che tale direttiva non si propone di realizzare un meccanismo di compensazione economica generale a livello dell'Unione in caso di perdita del posto di lavoro né armonizza le modalità della cessazione definitiva delle attività di un'impresa (v., in tal senso, sentenza del 10 dicembre 2009, Rodríguez Mayor e a., C-323/08, EU:C:2009:770, punti 45 e 51).

32 Ebbene, le modalità della tutela da riconoscere ad un lavoratore che sia stato oggetto di un licenziamento collettivo ingiustificato derivante da una violazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare sono manifestamente prive di relazione con gli obblighi di notifica e di consultazione derivanti dalla direttiva 98/59. Né tali modalità né detti criteri di scelta rientrano nell'ambito di applicazione di quest'ultima. Di conseguenza, essi rimangono di competenza degli Stati membri.

33 Occorre altresì ricordare che, ai sensi dell'articolo 6 della direttiva 98/59, gli Stati membri devono provvedere affinché i rappresentanti dei lavoratori e/o i lavoratori dispongano di procedure amministrative e/o giurisdizionali per far rispettare gli obblighi previsti da tale direttiva. Detto articolo 6 non impone agli Stati membri una misura determinata in caso di violazione degli obblighi fissati dalla direttiva 98/59, ma lascia loro la libertà di scegliere fra le varie soluzioni atte a realizzare l'obiettivo perseguito da quest'ultima in relazione alle diverse situazioni che possono presentarsi. Come ricordato, in sostanza, dal giudice del rinvio, tali misure devono nondimeno garantire una tutela giurisdizionale effettiva ed efficace ai sensi dell'articolo 47 della Carta e avere un effetto dissuasivo reale (v., per analogia, sentenza dell'11 ottobre 2007, Paquay, C-460/06, EU:C:2007:601, punti da 43 a 45).

34 Tuttavia, l'articolo 6 della direttiva 98/59 e tale giurisprudenza si applicano solo alle procedure volte a far rispettare gli obblighi previsti dalla direttiva stessa. Poiché dall'ordinanza di rinvio emerge inequivocabilmente che la controversia oggetto del procedimento principale non riguarda la violazione di un obbligo stabilito da detta direttiva, bensì la violazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, i quali rientrano nella competenza degli Stati membri, detto articolo 6 e detta giurisprudenza non possono trovare applicazione nel caso di specie.

35 In mancanza di elementi che consentano di constatare l'applicabilità della direttiva 98/59 alla situazione giuridica della ricorrente nel procedimento principale, occorre dichiarare, sulla base dell'articolo 53, paragrafo 2, del regolamento di procedura, che la Corte è manifestamente incompetente a rispondere alle questioni sollevate dalla Corte d'appello di Napoli con ordinanza del 18 settembre 2019.

Sulle spese

36 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese.

Per questi motivi, la Corte (Settima Sezione) così provvede:

La Corte è manifestamente incompetente a rispondere alle questioni sollevate dalla Corte d'appello di Napoli (Italia) con ordinanza del 18 settembre 2019. (*Omissis*)

BARBARA DE MOZZI

Professoressa associata dell'Università degli Studi di Padova

JOBS ACT E LICENZIAMENTI COLLETTIVI: LA CORTE DI GIUSTIZIA È MANIFESTAMENTE INCOMPETENTE A GIUDICARE DELLA DISCIPLINA SANZIONATORIA ITALIANA IN MATERIA DI VIOLAZIONE DEI CRITERI DI SCELTA

SOMMARIO: 1. La vicenda processuale. 2. Le questioni sollevate dalla Corte d'Appello di Napoli. 3. La risposta della Corte di giustizia: l'art. 10 d.lgs. n. 23 del 2015 non è disposizione emanata "nell'attuazione del diritto dell'Unione". 4. Quando una normativa nazionale si considera emanata "nell'attuazione del diritto dell'Unione". 5. La disciplina sanzionatoria in materia di violazione dei criteri di scelta non può essere vagliata attraverso la lente dell'art. 30 CDFUE (né degli artt. 20, 21, 34, 47 della Carta). 6. La pronuncia della Corte di giustizia non può essere criticata facendo leva sulla teoria del c.d. "effetto utile". 7. Gli incerti confini del c.d. "cono d'ombra" del diritto dell'Unione: da *Milkova* a *TSN*. 8. Il

possibile rilievo della Carta con riferimento alla disciplina sanzionatoria relativa alla violazione delle procedure in caso di licenziamento collettivo. 9. Le questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale di Milano: un esito, almeno in parte, scontato. 10. La sentenza n. 254 della Corte costituzionale.

1. La vicenda processuale.

La Corte di Giustizia si dichiara manifestamente incompetente ⁽¹⁾ a rispondere alle questioni, sollevate dalla Corte d'Appello di Napoli con ordinanza 18 settembre 2019 ⁽²⁾, in merito alla compatibilità con la cornice eurounitaria della disciplina sanzionatoria italiana in materia di violazione dei criteri di scelta nei licenziamenti collettivi. Pochi mesi più tardi ⁽³⁾, la Corte costituzionale dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate con coeva ordinanza 18 settembre dalla medesima Corte d'Appello di Napoli.

La Corte di Giustizia non si è, invece, ad oggi pronunciata sulle questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale di Milano con ordinanza 5 agosto 2019 ⁽⁴⁾, il cui esito è, però, a questo punto, parzialmente scontato.

La vicenda oggetto dell'ordinanza in epigrafe nasce da una procedura di licenziamento collettivo nella quale erano stati coinvolti, da un lato, lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015, e, dall'altro, una lavoratrice assunta dopo tale data, in

(1) Per i primi commenti, v. G. ORLANDINI, *Niente da dire sul Jobs Act. La Corte di giustizia è incompetente ad esprimersi sul regime dei licenziamenti collettivi*, in www.unitasindacale.it/wp-content/uploads/2020/09/Numero-5-_-2020.pdf; R. COSIO, *La sanzione dissuasiva nei licenziamenti collettivi. La risposta delle Alte Corti*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza, da settembre 2020 a marzo 2021, promosse e coordinate da V. A. Poso*.

(2) App. Napoli 18 settembre 2019, in *Arg. Dir. Lav.*, 2020, 2, pag. 411, con nota di S. D'ASCOLA, *Licenziamento collettivo e tutele crescenti: sulla doppia pregiudizialità e le ordinanze gemelle* ed in *Lav. Dir. Eur.*, 2020, 1, con nota di F. ROSSELLI, *Nota all'ordinanza App. Napoli 18 sett. 2019*, r.g. 2784/2018.

(3) Corte Cost. 26 novembre 2020, n. 254.

(4) Trib. Milano 5 agosto 2019, in *Labor*, 2020, 1, pag. 91, con nota di B. DE MOZZI, *Jobs Act: la disciplina sanzionatoria in tema di violazione dei criteri di scelta al vaglio del giudice europeo e della Consulta*, pag. 100. Su tale ordinanza, e su quelle partenopee, v. B. CARUSO, *Il contratto a tutele crescenti nella tenaglia della doppia pregiudizialità (tra illegittimità a formazione progressiva ed esigenza di razionalizzazione legislativa)*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2019, 1, pag. 3; M. DE LUCA, *I licenziamenti collettivi nel diritto dell'Unione europea e l'ordinamento italiano: da una remota sentenza storica della Corte di giustizia di condanna dell'Italia alla doppia pregiudizialità per il nostro regime sanzionatorio nazionale (note minime)*, in *Labor*, 2020, nn. 2 e 3; V. FERRANTE, *Licenziamento collettivo e lavoro a termine "stabilizzato": il Jobs Act viene rinviato alla Corte di giustizia europea*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2019, pag. 1209 ss.; M. BIASI, G. GAUDIO, *La "missione di civiltà" del diritto sociale europeo e il nuovo assetto dei licenziamenti collettivi in Italia: rileggendo Mario Grandi*, in corso di pubblicazione in *Var. Temi Dir. Lav.*; G. GAUDIO, *La tutela contro i licenziamenti collettivi illegittimi nel c.d. "Jobs Act" alla prova del diritto europeo* in *Arg. Dir. Lav.*, 2020, 1, pag. 187; S. VISONÀ, *Le "tutele crescenti" ancora alla prova*, in <http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=Se&op=5&id=1695>, 1° luglio 2020; M. TUFO, *La tutela contro i licenziamenti collettivi illegittimi di fronte alla Corte di Giustizia Europea: l'assalto al Jobs act continua*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2019, pag. 3; V. DE MICHELE, *L'ordinanza del Tribunale di Milano sull'incompatibilità del Jobs Act con la normativa Ue dei licenziamenti collettivi*, in *Lav. Giur.*, 2019, 11, pag. 1011.

forza di una “clausola sociale” prevista da un contratto collettivo. La lavoratrice aveva impugnato il licenziamento, lamentando che lo stesso fosse stato intimato in spregio ai criteri di scelta formalmente comunicati ai sindacati, ma il ricorso era stato respinto in primo grado dal Tribunale.

La questione approdava in appello e la Corte partenopea ⁽⁵⁾ sospendeva il procedimento, sollevando, contemporaneamente, rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia e questione di legittimità costituzionale ⁽⁶⁾.

Nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale la Corte d'appello rilevava che – ove fosse stata riconosciuta l'illegittimità del licenziamento per violazione dei criteri di scelta – la lavoratrice non avrebbe potuto ottenere l'invocata reintegrazione, in ragione del duplice binario di tutele introdotto dal d.lgs. n. 23 del 2015. Alla lavoratrice sarebbe spettata unicamente una tutela indennitaria soggetta ad un *plafond* massimo e potenzialmente limitata nel minimo (al tempo) a quattro mensilità ⁽⁷⁾, liquidata, pur dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018, tenendo conto prevalentemente del criterio dell'anzianità lavorativa; parametrata alla retribuzione utile per il calcolo del t.f.r. e, dunque, determinata dal contratto collettivo (con potenziale esclusione dalla base di calcolo di elementi anche significativi); e non in grado di assicurare un adeguato ripristino della posizione previdenziale.

Il giudice d'appello dubitava, dunque, della compatibilità di siffatta tutela con la cornice eurounitaria; ed in particolare con i principi di cui al *considerando* 2 della direttiva 98/59/CE; e con gli articoli 20, 21, 30, 34, 47 della CDFUE. Ciò in quanto, «nella misura in cui i licenziamenti collettivi sono disciplinati dalla direttiva 98/59, il legislatore nazionale, nell'attuare la direttiva, deve rispettare anche i diritti fondamentali sanciti dalla Carta» ⁽⁸⁾.

(5) Adita dalla lavoratrice, la quale lamentava che il licenziamento dovesse ritenersi illegittimo per violazione dei criteri di scelta, e comunque per violazione della procedura.

(6) Sull'inedita scelta della Corte d'Appello di Napoli di sollevare contemporaneamente un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ed una questione di legittimità costituzionale, v. A. CARBONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo – Diritto costituzionale in trasformazione*, III, Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale, Consulta OnLine, 2020, pag. 343; D. TEGA, *Il superamento del “modello Granital”. Le questioni in materia di diritti fondamentali tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale*, ivi, pag. 389; R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *European Papers* (www.europeanpapers.eu), 19 giugno 2020, 1; A. COSENTINO, *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee*, in <https://www.questionegiustizia.it/cat/giurisprudenzaedocumenti>.

(7) Non trovando applicazione alla vicenda in esame le modifiche introdotte dal c.d. “decreto Dignità”.

(8) Così la Corte di giustizia sintetizza le questioni sottoposte alla Corte d'appello di Napoli (par. 15).

2. Le questioni sollevate dalla Corte d'Appello di Napoli.

Più nel dettaglio, la Corte d'Appello di Napoli, nelle quattro questioni pregiudiziali sollevate, chiedeva alla Corte di Giustizia se l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dovesse essere interpretato nel senso di imporre il riconoscimento, in caso di licenziamenti collettivi illegittimi, intimati in violazione di normative attuative della direttiva 98/59/CE, di una tutela connotata da effettività, efficacia, adeguatezza e deterrenza. E si interrogava circa la compatibilità, con tali parametri, della disciplina nazionale di cui all'art. 10 d.lgs. n. 23 del 2015 (nella parte in cui introduce una tutela indennitaria a favore del lavoratore licenziato, in caso di violazione dei criteri di scelta).

Ciò, in particolare, in quanto l'art. 30 CDFUE andrebbe letto alla luce dell'art. 24 della Carta Sociale Europea, come interpretato dal Comitato europeo dei diritti sociali ⁽⁹⁾ e dunque imporrebbe una «tutela soddisfattiva piena o, quantomeno, tendenzialmente tale, delle conseguenze economiche derivate dalla perdita del contratto di lavoro» ⁽¹⁰⁾.

Ancora, a detta del giudice partenopeo, una normativa nazionale attuativa della direttiva 98/59/CE che preveda un indennizzo «determinato in via prioritaria sul parametro dell'anzianità lavorativa differenziando, quindi, sulla base della data di assunzione, la sanzione in modo da generare una diversità di livelli di tutela basati sull'anzianità lavorativa e non sulle conseguenze effettive subite» non sarebbe coerente con gli artt. 20 CDFUE (uguaglianza), 21 CDFUE (non discriminazione) in particolare in base all'età, 34 CDFUE (diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali), 47 CDFUE (diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale).

3. La risposta della Corte di giustizia: l'art. 10 d.lgs. n. 23 del 2015 non è disposizione emanata “nell'attuazione del diritto dell'Unione”.

La denuncia, da parte del giudice partenopeo, della contrarietà dell'art. 10 d.lgs. n. 23 del 2015 (nella parte relativa alla disciplina sanzionatoria della violazione dei criteri di scelta) con i diritti fondamentali sanciti dalla Carta (art. 30 ed artt. 20, 21, 34, 47) (e non già solo con la direttiva 98/59/CE) sottendeva l'obiettivo di disapplicare, all'esito della pronuncia della Corte di Giustizia, la normativa nazionale, in ipotesi confliggente con essi. Trattandosi di rapporto c.d. “orizzon-

(9) Comitato Europeo dei Diritti Sociali, reclamo 31 gennaio 2017, *Finnish Society Social Rights c. Finland*, C 106/14. Sul punto, v. da ultimo la decisione del Comitato europeo dei diritti sociali, pubblicata l'11 febbraio 2020, sul reclamo collettivo n. 158/2017 proposto dalla Confederazione generale italiana del lavoro (CGIL) contro l'Italia.

(10) Per una critica a tale tesi, si rinvia alle argomentazioni esposte in B. DE MOZZI, *Jobs Act: la disciplina sanzionatoria*, op. cit.

tale” tra privati (la lavoratrice ed il suo datore di lavoro), l’eventuale declaratoria di contrarietà con le disposizioni (in ipotesi) *self-executing* della (sola) direttiva 98/59/CE non avrebbe, infatti, altrimenti potuto determinare la diretta applicazione del diritto interno, ad opera del giudice *a quo*.

È noto, tuttavia, che secondo la stessa Corte di giustizia, perché si possa produrre l’effetto di disapplicazione di una normativa nazionale per contrasto con una disposizione della Carta occorre sussistano due requisiti: che la disposizione della Carta invocata preveda un “diritto” di contenuto sufficientemente preciso da poter essere invocato dai singoli in quanto tale (e non già un mero “principio”⁽¹¹⁾); e che la disciplina nazionale difforme sia emanata “nell’attuazione del diritto dell’Unione”⁽¹²⁾.

Ora, per quanto riguarda il primo requisito, la corte partenopea (a differenza del Tribunale di Milano⁽¹³⁾), nell’ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, dava bensì atto che l’art. 30 della Carta fosse, in sé, disposizione “*di principio*” e tuttavia, sulla scorta delle argomentazioni sostenute dall’avvocato generale nella causa *Association de médiation sociale*⁽¹⁴⁾ mostrava di ritenere comunque possibile la disapplicazione, in base all’argomento (non condivisibile)⁽¹⁵⁾ che il “*principio*” dell’art. 30 CDFUE era stato comunque “concretizzato” “in maniera essenziale ed immediata” dalla direttiva 98/59/CE.

Quanto al secondo requisito, la Corte di Napoli (come del resto il Tribunale di Milano) dava “per scontato” che l’art. 10 d.lgs. n. 23 del 2015, nella parte in cui introduce una tutela indennitaria a favore del lavoratore licenziato in violazione dei criteri di scelta, potesse considerarsi emanato “in attuazione del diritto dell’Unione” e cioè che la disposizione, in quanto ricadente nella sfera di applicazione della direttiva sui licenziamenti collettivi (98/59/CE), potesse essere esaminata

(11) Per tale distinzione, v. art. 52, par. 5 CDFUE e le annesse “Spiegazioni”. Per tale ragione non avrebbe giovato invocare, nell’ordinanza di rimessione, il preteso conflitto della disciplina nazionale con l’art. 27 CDFUE (che è un “principio” e non già un “diritto”, secondo la giurisprudenza *Association de médiation sociale*, su cui v. *infra*).

(12) Art. 51 CDFUE.

(13) Cfr. Trib. Milano 5 agosto 2019.

(14) Conclusioni dell’avvocato generale CRUZ VILLALÓN, nel caso Corte Giust. Ue 15 gennaio 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12.

(15) Smentito con riferimento all’art. 27 della Carta, dalla Corte di giustizia, nel caso *Association de médiation sociale*. Secondo la Corte di Giustizia, infatti (Corte Giust. Ue 15 gennaio 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12), «è solo la disposizione di diritto primario e non la direttiva che ne dà espressione concreta ad avere effetto diretto orizzontale, così che quest’ultima “non può conferire a tale disposizione le caratteristiche necessarie per essere invocata direttamente nel contesto di una controversia fra privati”». L. S. ROSSI, *La relazione fra Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione europea e direttive nelle controversie orizzontali*, in www.federalismi.it, 2 maggio 2019.

alla luce dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta tra cui, in particolare, l'art. 30 (nonché gli artt. 20, 21, 34 e 47).

La Corte di Giustizia, invece, non giunge neppure a pronunciarsi sul primo requisito, declinando in radice la propria competenza - in applicazione dell'art. 53 del proprio regolamento di procedura - per l'assenza del secondo dei presupposti sopra richiamati.

4. Quando una normativa nazionale si considera emanata “nell’attuazione del diritto dell’Unione”.

Come si è già ricordato, ai sensi dell'art. 51 CDFUE le disposizioni di cui alla Carta «si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione»⁽¹⁶⁾.

Le “Spiegazioni” relative alla Carta dei diritti fondamentali, che devono essere tenute “in debito conto” dai giudici dell'Unione⁽¹⁷⁾, chiariscono – facendo espresso richiamo alla giurisprudenza della Corte di giustizia precedente l'emanazione della Carta⁽¹⁸⁾ - che «le esigenze inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario vincolano ... gli Stati membri quando essi danno esecuzione alle discipline comunitarie»⁽¹⁹⁾. Ed anche in seguito la Corte ha ripetutamente chiarito che «i diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico dell'Unione si applicano in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione e non al di fuori di esse»⁽²⁰⁾, essendo all'uopo necessario che l'oggetto del procedimento principale riguardi l'interpretazione o l'applicazione di una norma dell'Unione diversa da quelle contenute nella Carta⁽²¹⁾.

(16) Cfr. J. ZILLER, *Art. 51*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, pag. 1042. Cfr. anche l'art. 6, par. 1, TUE, il quale chiarisce che le disposizioni della Carta non estendono le competenze dell'Unione, come definite nei trattati.

(17) Cfr. art. 52, par. 7, CDFUE.

(18) In particolare, v. Corte Giust. Ue 13 luglio 1989, *Wachauf*, C-5/88; Corte Giust. Ue 18 giugno 1991, *ERT*; Corte Giust. Ue 18 dicembre 1997, *Annibaldi*, C-309/96; Corte Giust. Ue 13 aprile 2000, *Karlsson*, C-292/97. Sul significato del richiamo a tali precedenti, si v. E. LONGO, *La sentenza nella causa C-617/10, Akerberg Fransson* (1/2013), in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2020, <https://www.osservatoriosullefonti.it/fonti-dellunione-europea-e-internazionali/710-la-corte-di-giustizia-sancisce-la-continuita-tra-lart-51-par-1-della-carta-dei-diritti-fondamentali-e-la-giurisprudenza-pre-lisbona-sui-diritti-fondamentali-qua-principi-general- la-sentenza-nella-causa-c-61710-akerberg-fransson>; N. LAZZERINI, *Il contributo della sentenza Akerberg Fransson alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta*, in *Riv. Dir. Intern.*, 2013, pag. 883.

(19) *Spiegazioni*, cit.; cfr. Corte Giust. Ue 13 aprile 2000, C- 292/97, par. 37.

(20) Così, da ultimo, Corte Giust. Ue 24 settembre 2019, *KE*, C-185/19, par. 22.

(21) Cfr. Corte Giust. Ue 24 settembre 2019, *KE*, C-185/19, par. 20.

In sostanza, è solo attraverso una “norma di ingresso”⁽²²⁾ che i diritti fondamentali garantiti dalla Carta divengono «parametro di valutazione dell’attività del legislatore nazionale, potendo essere invocat(i) sia nei rapporti “verticali” sia in quelli “orizzontali”»⁽²³⁾.

Ora, la Corte di Giustizia nel caso *Åkerberg Fransson*⁽²⁴⁾ (relativo al principio del *ne bis in idem*) aveva, inizialmente, abbracciato un’interpretazione estensiva dell’art. 51, leggendo la formula in esso contenuta (“nell’attuazione del diritto dell’Unione”) in sostanziale continuità con quella (“nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione”) precedente invalsa nella giurisprudenza della Corte di Giustizia relativa all’applicazione dei “diritti fondamentali” quali “principi generali dell’Unione europea” e ritenendo in particolare che una normativa nazionale non specificamente introdotta per dare attuazione ad una direttiva europea, ma comunque sostanzialmente diretta a sanzionare la violazione di obblighi di cui alla direttiva stessa fosse soggetta alle previsioni della Carta⁽²⁵⁾. Nella giurisprudenza *Milkova* la Corte ha altresì precisato che «qualora gli Stati membri non siano obbligati da una direttiva a mantenere o adottare una determinata misura, ma godano di una certa discrezionalità a riguardo, le norme nazionali da essi adottate rientrano nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione»⁽²⁶⁾.

Nella successiva giurisprudenza, peraltro, la Corte si è attenuta a posizioni restrittive «sforzandosi di precisare i fattori o gli indizi che possono dimostrare un nesso sufficientemente robusto con il diritto dell’Unione da assoggettare la legislazione nazionale alle previsioni della Carta e di conseguenza alla giurisdizione della Corte di Giustizia»⁽²⁷⁾, non essendo certo sufficiente un nesso che si riduca ad una mera «affinità tra le materie prese in considerazione», o ad un’«influenza indirettamente esercitata da una materia sull’altra»⁽²⁸⁾.

(22) Tale sarebbe, nel caso di specie - secondo l’ordinanza partenopea - la direttiva 98/59/CE.

(23) Cfr. R. MASTROIANNI, *Sui rapporti*, op. cit., pag. 505, il quale, commentando l’ordinanza del 18 settembre 2019, considera infatti «troppo debole ... il richiamo che il giudice remittente effettua alla direttiva sui licenziamenti collettivi».

(24) Corte Giust. Ue 26 febbraio 2013, C-617/10, *Akerberg Fransson*, par. 19 ss.

(25) Corte Giust. Ue 26 febbraio 2013, C-617/10, *Akerberg Fransson*, cit., par. 28. *Contra*, v. le conclusioni dell’Avvocato Generale PEDRO CRUZ VILLALÓN.

(26) Corte Giust. Ue 9 marzo 2017, *Milkova*, C- 406/15. Cfr. anche Corte Giust. Ue 21 dicembre 2011, N.S. e a., C-411/10 e C-493/10, par. 64 e segg.; Corte Giust. Ue 13 giugno 2017, *Florescu e a.*, C- 258/14, par. 48.

(27) M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze, nell’interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in Riv. AIC, 2008, 2, pag. 12; Corte Giust. Ue 6 marzo 2014, *Siragusa*, C-206/13, par. 20; Corte Giust. Ue 27 marzo 2014, *Torralbo*, C-265/13, par. 28. Per un’ulteriore “sfaccettatura” della giurisprudenza della Corte (peraltro non direttamente rilevante, nel caso che ci interessa) si veda anche Corte Giust. Ue 24 ottobre 2019, C-469/18 e C-469/19, IN e JM.

(28) Corte Giust. Ue 6 marzo 2014, *Siragusa*, C-206/13, cit., par. 24.

Si tratta di una questione non ancora del tutto “assestata”⁽²⁹⁾; ad ogni modo, la Corte di Giustizia in recenti pronunce ha ritenuto «inapplicabili i diritti fondamentali dell’Unione ad una normativa nazionale, per il fatto che le disposizioni dell’Unione nella materia in questione non imponevano alcun obbligo agli Stati membri in relazione alla situazione oggetto del procedimento principale»⁽³⁰⁾; ed ha chiarito che, per stabilire se una misura nazionale sia o no stata emanata in attuazione del diritto dell’Unione, occorre verificare se essa abbia o no lo scopo di attuare una disposizione del diritto dell’Unione, se essa «persegua obiettivi diversi da quelli contemplati dal diritto dell’Unione, anche se è in grado di incidere indirettamente su quest’ultimo», nonché se esista una normativa di diritto dell’Unione che disciplini la materia o possa incidere su di essa⁽³¹⁾; precisando altresì, nell’ordinanza in commento (par. 27), come non sia sufficiente, per qualificare una normativa nazionale come “emanata in attuazione del diritto dell’Unione” che la stessa faccia parte «di una normativa più ampia, nell’ambito della quale talune altre disposizioni sono state adottate per trasporre» una direttiva.

Ancora, recentemente, in un caso finlandese relativo alla disciplina di quella parte delle ferie annuali eccedente le quattro settimane minime, di cui all’art. 7 della direttiva 2003/88/CE, la Corte ha chiarito che «quando le disposizioni del diritto dell’Unione nel settore interessato non disciplinano un aspetto e non impongono agli Stati membri alcun obbligo specifico in relazione a una determinata situazione, la normativa nazionale che uno Stato membro adotta in merito a tale aspetto si colloca al di fuori dell’ambito di applicazione della Carta e la situazione di cui trattasi non può essere valutata alla luce delle disposizioni di quest’ultima»⁽³²⁾.

(29) Così M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze*, cit., pag. 11. Cfr. L. S. ROSSI, *La relazione*, op. cit.

(30) Corte Giust. Ue 10 luglio 2014, *Hernández*, C-198/13, par. 35.

(31) Corte Giust. Ue 10 luglio 2014, *Hernández*, C-198/13, par. 37. Cfr. A. MORRONE, C. CARUSO, *Art. 20*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti*, op. cit., pag. 407, secondo cui «sembra essere smentita (o comunque ridimensionata) la linea interpretativa adottata in *Mangold e Kucukdeveci* che, tramite una sorta di dottrina della “interferenza”, presupponeva una concezione dei principi e diritti fondamentali *magis ut valeant*, direttamente precettivi nei confronti degli Stati membri tutte le volte in cui il diritto nazionale fosse entrato nella sfera di influenza delle norme primarie sovranazionali».

(32) Cfr. Corte Giust. Ue 19 novembre 2019, *TSN ry*, C-609/17, C-610/17, par. 49, secondo cui l’art. 15 della direttiva 2003/88/CE, nel prevedere che la direttiva non pregiudica la facoltà degli Stati membri di introdurre disposizioni più favorevoli, «non conferisce agli Stati membri la facoltà di legiferare in forza del diritto dell’Unione, ma si limita a riconoscere che questi ultimi possono prevedere nel diritto nazionale disposizioni più favorevoli, al di fuori dell’ambito del regime stabilito da tale direttiva. (...) In ciò, le situazioni oggetto dei procedimenti principali differiscono dalla situazione in cui un atto dell’Unione conferisce agli Stati membri una libertà di scegliere tra varie modalità di applicazione o un potere discrezionale o di valutazione che fa parte integrante del regime istituito da tale atto ...».

5. La disciplina sanzionatoria in materia di violazione dei criteri di scelta non può essere vagliata attraverso la lente dell'art. 30 CDFUE (né degli artt. 20, 21, 34, 47 della Carta).

Per quanto riguarda la disciplina sanzionatoria dei licenziamenti, la Corte di Giustizia – in precedenti pronunzie – aveva già declinato la propria competenza a pronunciarsi su questioni pregiudiziali formulate con riguardo all'art. 30 CDFUE ⁽³³⁾; ma si trattava, per lo più, di controversie relative alla disciplina dei licenziamenti individuali; materia nella quale, come noto, l'Unione europea non ha esercitato le proprie competenze normative (art. 153 comma 1, lett. d TFUE), fatti salvi gli interventi settoriali di tutela avverso licenziamenti per lo più collegati a motivi discriminatori. Mancava, dunque, una “norma d'ingresso” ⁽³⁴⁾, la quale non può essere una mera norma “di competenza”.

Non mancavano, per la verità, anche pronunce in cui il confronto con l'art. 30 CDFUE era stato evocato (e disatteso dalla Corte) in relazione a controversie relative alla disciplina dei licenziamenti collettivi. Ma si trattava di fattispecie, per altri versi, estranee al campo di applicazione della direttiva 98/59/CE ⁽³⁵⁾.

Nel caso di specie, invece, la Corte declina la propria competenza a valutare la compatibilità della disciplina nazionale di cui all'art. 10 d.lgs. n. 23 del 2015 in materia di sanzioni per la violazione dei criteri di scelta con le disposizioni di cui alla Carta (*in primis*, l'art. 30) in ragione del fatto che la direttiva 98/59/CE introduce degli obblighi esclusivamente di tipo procedimentale a carico del datore di lavoro nei confronti dei rappresentanti dei lavoratori ⁽³⁶⁾, mentre l'art. 10 d.lgs. n. 23 del 2015 attiene alla pretesa violazione (sostanziale) dei criteri di scelta in ipotesi correttamente comunicati ai rappresentanti dei lavoratori.

È ben vero che l'art. 6 della direttiva prevede che gli Stati membri debbano provvedere affinché «i rappresentanti dei lavoratori e/o i lavoratori dispongano di procedure amministrative e/o giurisdizionali per far rispettare gli obblighi previsti dalla presente direttiva». E che, secondo il costante insegnamento della Corte di Giustizia, dette sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive. E tuttavia, detta disciplina sanzionatoria trova applicazione unicamente nei con-

(33) Cfr. Corte Giust. Ue 1° dicembre 2016, *Daouidi*, C-395/15, par. 64; Corte Giust. Ue 16 gennaio 2008, *Polier*, C-361/07; Corte Giust. Ue 5 febbraio 2015, *Poclava*, C-117/14.

(34) Critico nei confronti delle posizioni restrittive assunta dalla Corte, E. Ales, *La dimensione 'costituzionale' del Modello Sociale Europeo tra luci e ombre (con particolare riferimento ai diritti collettivi e al licenziamento)*, in W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.INT, 2016, 129.

(35) Cfr. Corte Giust. Ue 10 dicembre 2009, C-323/08, che ha escluso che il caso di specie, relativo alla cessazione di rapporti di lavoro in seguito alla morte del datore, rientrasse nel campo di applicazione di cui alla direttiva 98/59/CE.

(36) Tra cui anche la comunicazione dei “criteri di scelta”, ove lo Stato membro preveda che sia il datore di lavoro a individuarli.

fronti delle violazioni degli obblighi di cui alla direttiva stessa; e cioè, in sostanza, degli obblighi di natura “procedimentale” dalla stessa introdotti tra i quali – secondo la Corte – non figura l’eventuale violazione (sostanziale) dei criteri di scelta (par. 34) ⁽³⁷⁾.

Le medesime riflessioni valgono con riferimento agli artt. 20, 21, 34, 47 CDFUE. La circostanza che l’art. 10 d.lgs. n. 23 del 2015 non sia norma emanata “in attuazione del diritto dell’Unione” preclude dunque alla Corte di vagliare la disciplina nazionale attraverso la lente di, tutte, tali disposizioni. Si tratta di posizione senz’altro condivisibile ⁽³⁸⁾, alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia, sopra richiamata.

6. La pronuncia della Corte di giustizia non può essere criticata facendo leva sulla teoria del c.d. “effetto utile”.

Né si potrebbe sostenere – per criticare la decisione della Corte di Giustizia e valorizzare la direttiva 98/59/CE quale “norma di ingresso” per l’art. 10 d.lgs. n. 23 del 2015 (in materia di criteri di scelta) – che la mancata previsione, da parte del legislatore nazionale, di un’adeguata riparazione a favore del (singolo) lavoratore licenziato in violazione dei criteri di scelta rischi di privare la direttiva del suo “effetto utile”.

È ben vero che svariate volte la Corte di Giustizia ⁽³⁹⁾ ha fatto riferimento al c.d. “effetto utile” della direttiva 98/59/CE, sia pure, per la verità, da ultimo, in una prospettiva per così dire capovolta ⁽⁴⁰⁾. E tuttavia, il diritto all’informazione e alla consultazione di cui alla direttiva 98/59/CE «è concepito a favore dei lavoratori

(37) Sull’art. 6 dir. 98/59/CE, v. A. TOPO, *I licenziamenti collettivi*, in F. CARINCI e A. PIZZOFRERATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell’Unione europea*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Torino, 2010, pag. 724.

(38) Per una più dettagliata argomentazione di tale presa di posizione, si rinvia a B. DE MOZZI, *Jobs Act: la disciplina sanzionatoria*, op. cit.

(39) Corte Giust. Ue 21 dicembre 2016, C-201/15, *AGET – Iraklis* relativa alla legislazione greca, tacciata di condizionare il licenziamento collettivo al rilascio di un’autorizzazione amministrativa eccessivamente invasiva. La Corte ha ritenuto censurabile alla luce dell’art. 16 della Carta la disciplina greca, (solo) ove (circostanza che spetta al giudice nazionale accertare) la stessa pregiudichi la «libertà del datore di lavoro, una volta esaurite le procedure legali, di poter procedere ai licenziamenti programmati», osservando, peraltro, al contempo, come la libertà economica di impresa di cui all’art. 16 della Carta vada bilanciata con il principio di cui all’art. 30 della stessa. Critiche alla sentenza in P. CAMPANELLA, *Licenziamenti collettivi in Grecia al vaglio della Corte di Giustizia: quale modello sociale europeo? Il commento*, in *Lav. Giur.*, 2017, pag. 783, la quale osserva come la Corte finisca per far coincidere il predetto “effetto utile” della direttiva con la libertà del datore di lavoro, una volta esaurite le procedure legali, di poter procedere ai licenziamenti programmati e come ciò sia “una forzatura” rispetto alla *ratio* della dir. 98/59/CE. Cfr. anche M. BIASI, *Liberty e Freedom nel blocco dei licenziamenti collettivi*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2020, 3.

(40) P. CAMPANELLA, *Licenziamenti collettivi*, op. cit.

intesi come collettività e presenta quindi natura collettiva»⁽⁴¹⁾. Conseguentemente, la Corte ha, ad esempio, chiarito che il legislatore nazionale ben può introdurre (anche) limiti alla possibilità dei lavoratori (che agiscano individualmente) di far controllare l'avvenuto rispetto degli obblighi di informazione e consultazione e che tali limiti non compromettono l'effetto utile della direttiva⁽⁴²⁾.

Non pare, in definitiva, si possa sostenere che, per garantire l'effetto utile della direttiva sia necessario riconoscere al singolo lavoratore illegittimamente licenziato in violazione dei criteri di scelta una adeguata tutela sanzionatoria.

Ferma, naturalmente, la necessità che le misure previste nel nostro ordinamento per sanzionare la violazione degli obblighi di informazione e consultazione nei confronti dei rappresentanti dei lavoratori collettivamente intesi siano effettive, proporzionate e dissuasive.

Né, pare, una breccia – per ricondurre la disciplina sanzionatoria *de qua* (tutela indennitaria di cui all'art. 10 d.lgs. n. 23 del 2015 in materia di violazione dei criteri di scelta) “nel cono d'ombra” del diritto dell'unione - potrebbe in astratto aprirsi, in base alla valutazione che, ove i rimedi garantiti dalla legislazione nazionale al soggetto collettivo titolare dei diritti di informazione e consultazione di cui alla dir. 98/59/CE fossero insufficienti, la valutazione di adeguatezza del sistema sanzionatorio alla stregua dell'art. 6 della direttiva stessa dovrebbe riguardare quelli (i rimedi) garantiti dalla legislazione nazionale ai singoli lavoratori, essendo questi ultimi destinatari in via mediata delle tutele procedurali di cui alla direttiva stessa⁽⁴³⁾.

Tale strada non pare percorribile con riferimento alla fattispecie di cui è causa, quantomeno ove si continui a tenere distinto il piano dell'eventuale rimedio “individuale” esperibile dal singolo lavoratore per la violazione delle “procedure” rispetto al diverso rimedio “individuale” esperibile dal lavoratore per il vizio della “violazione dei criteri di scelta” e si assegni a quest'ultimo natura sostanziale e non già (*lato sensu*) “procedurale”⁽⁴⁴⁾. Ciò che proietta detto “rimedio” al di fuori dell'egida dell'art. 6 della direttiva, il quale dunque non potrebbe essere riguardato, rispetto ad esso, quale “norma di ingresso”⁽⁴⁵⁾.

(41) Corte Giust. Ue 16 luglio 2009, C-12/08, *Mono Car*, par. 42. Sulla natura collettiva dei diritti di informazione e consultazione di cui alla direttiva, v. A. SITZIA, *I licenziamenti collettivi*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Padova, 2013, pag. 323 e segg.

(42) Corte Giust. Ue 16 luglio 2009, C-12/08, *Mono Car*.

(43) Così, invece, M. BIASI, G. GAUDIO, *La “missione di civiltà”*, op. cit.

(44) *Contra* M. BIASI, G. GAUDIO, *La “missione di civiltà”*, op. cit.

(45) *Contra* M. BIASI, G. GAUDIO, *La “missione di civiltà”*, op. cit. secondo cui «qualora ... il singolo Stato membro decida, esercitando la propria facoltà di garantire una tutela più incisiva dei diritti dei lavoratori, di subordinare il licenziamento a condizioni di natura sostanziale, oltre che procedurale, proteggendo in via diretta l'interesse del singolo lavoratore oltre che quello dei suoi rappresentanti, allora

7. Gli incerti confini del c.d. “cono d’ombra” del diritto dell’Unione: da *Milkova* a TSN.

Le considerazioni sopra richiamate ⁽⁴⁶⁾ stimolano però un’ulteriore riflessione in ordine alla questione se, invece, la disciplina sanzionatoria di cui al (medesimo) art. 10 d.lgs. n. 23 del 2015 relativa (non già alla violazione dei c.d. criteri di scelta, bensì) alla violazione delle procedure di cui all’art. 4, comma 12, l. n. 223/1991, possa o no essere considerata emanata “in attuazione del diritto dell’Unione” ⁽⁴⁷⁾. Si da rendere plausibile, per il futuro, un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia avente ad oggetto la disciplina sanzionatoria del Jobs act, in materia di violazione degli obblighi procedurali.

Ora, per rispondere a tale quesito, occorre preliminarmente osservare che la direttiva 98/59/CE è una direttiva “di armonizzazione minima”, che non pregiudica l’introduzione, da parte degli stati membri, di disposizioni più favorevoli (art. 5) (giurisprudenza TSN); essa lascia, al contempo, agli Stati stessi la scelta “discrezionale” (giurisprudenza *Milkova*) di quali misure sanzionatorie introdurre (vuoi misure azionabili dai “rappresentanti dei lavoratori”, vuoi misure azionabili dai “singoli lavoratori”) a garanzia degli obblighi procedurali “collettivi” dalla stessa previsti (art. 6).

Ove uno stato membro, per dare attuazione alla direttiva, si affidi ad un *mix* di tutele (collettive ed individuali) che – solo nel loro complesso - rappresentino un sistema sanzionatorio effettivo, proporzionato e dissuasivo (sicché, siano tutte, per così dire, “necessarie” per dare corretta attuazione alla direttiva), allora anche le misure sanzionatorie “individuali” a presidio degli obblighi procedurali “collettivi” potranno dirsi emanate “in attuazione del diritto dell’Unione” (giurisprudenza *Milkova*) ⁽⁴⁸⁾ e funzionali ad assicurare l’“effetto utile” della direttiva. In tal caso l’adeguatezza del “complessivo” sistema sanzionatorio (collettivo ed individuale) a presidio degli obblighi procedurali introdotti dalla direttiva stessa – e dunque anche l’adeguatezza della disciplina sanzionatoria prevista a favore del singolo lavoratore in caso di violazione “delle procedure” - potrà essere vagliata attraverso la lente del diritto comunitario (ma, appunto, tenendo conto dell’insieme delle tutele apprestate dall’ordinamento avverso la violazione

l’art. 30 CFFUE, unitamente all’art. 27 della stessa, potrebbe garantire una copertura di rango primario, a livello europeo, a tale disciplina». Mancherebbe però, si obietta, una norma di “ingresso”, non essendo tale (rispetto alle violazioni diverse da quelle procedurali) l’art. 6 dir. 98/59/CE.

(46) M. BIASI, G. GAUDIO, *La “missione di civiltà*, op. cit.

(47) In tal senso M. BIASI, G. GAUDIO, *La “missione di civiltà*, op. cit., secondo cui, in generale, «la disciplina dei rimedi individuali prevista dal legislatore italiano può dunque ricadere nel cono d’ombra del diritto europeo limitatamente alla violazione delle procedure, ma solo qualora la Corte di Giustizia ritenga insufficiente il rimedio garantito dal sindacato».

(48) Cfr. sul punto le considerazioni di M. BIASI, G. GAUDIO, *La “missione di civiltà*, op. cit. (riferite però specificamente all’art. 10 d.lgs. n. 23 del 2015, nella parte in cui introduce una disciplina sanzionatoria della violazione dei criteri di scelta).

degli obblighi procedurali, comprensive di quelle approntate a tutela dei “rappresentanti dei lavoratori”⁽⁴⁹⁾.

Ove, al contrario (come avvenuto nel caso “*Mono car*”), nell’esercitare la propria discrezionalità, lo stato membro appronti un sistema di tutele “collettive” azionabili dai “rappresentanti dei lavoratori” a presidio degli obblighi di informazione e consultazione, già di per sé “effettivo, proporzionato e dissuasivo”, allora eventuali limitazioni all’(ulteriore) diritto individuale dei lavoratori di agire avverso le violazioni degli obblighi procedurali (introdotto, in ipotesi, dallo stato membro) non sarebbero comunque tali da privare la direttiva del suo “effetto utile”. E, secondo la recente giurisprudenza TSN, tali misure “individuali” “aggiuntive” neppure potrebbero essere vagliate attraverso la lente dei diritti fondamentali di cui alla Carta, non essendo emanate “in attuazione del diritto dell’Unione”.

La dottrina ha infatti chiarito che, in particolare con riferimento alle direttive di armonizzazione minima, «il più elevato livello di tutela garantito dalla Carta non può essere invocato nei confronti del diritto nazionale confliggente che va oltre i limiti previsti dalle suddette direttive»⁽⁵⁰⁾. In questi casi, non sembra possibile estendere la portata delle direttive oltre il loro ambito di applicazione nemmeno al fine di assicurare l’effetto utile dei corrispondenti diritti fondamentali garantiti dalla Carta⁽⁵¹⁾.

8. Il possibile rilievo della Carta con riferimento alla disciplina sanzionatoria relativa alla violazione delle procedure in caso di licenziamento collettivo.

Ed in effetti, leggendo “in controluce” l’ordinanza della Corte di giustizia in epigrafe, i primi interpreti si sono già interrogati circa il possibile rilievo della Carta (nell’ambito di future, eventuali, questioni pregiudiziali), con riferimento – non già alla disciplina sanzionatoria della violazione dei criteri di scelta di cui all’art. 5, comma 1, l. n. 223 del 1991 – bensì con riferimento alla disciplina sanzionatoria prevista (dal medesimo art. 10 d.lgs. n. 23 del 2015) in caso di violazione delle procedure di cui all’art. 4, comma 12⁽⁵²⁾ (anch’essa, tutela indennitaria).

La Corte di Giustizia, nella pronuncia in epigrafe (par. 33) ricorda infatti – in linea generale – che, tramite la norma di ingresso di cui all’art. 6 dir. 98/59/CE può essere invocato l’art. 47 CDFUE, il quale riconosce “il diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale”.

«Di tale norma si esclude la rilevanza nel caso in questione perché, come detto, la direttiva non si occupa dei criteri di scelta, oggetto della disposizione nazionale

(49) Non è questo, però, lo si ribadisce, il caso di cui alla pronuncia in epigrafe (riferito alla violazione non di obblighi procedurali, ma sostanziali).

(50) L.S. ROSSI, *La relazione*, op. cit.

(51) L.S. ROSSI, *La relazione*, op. cit.

(52) G. ORLANDINI, *Niente da dire*, op. cit.

contestata»⁽⁵³⁾. Ma resta da capire se «i principi tratti dall'art. 47 possano essere invocati in presenza di una violazione della procedura di consultazione sindacale»⁽⁵⁴⁾ onde rivendicare una tutela adeguata ed effettiva ai “singoli” lavoratori.

Sulla scorta delle osservazioni sopra richiamate⁽⁵⁵⁾ ed in particolare della sentenza *Mono car*, sembra che la soluzione a tale questione dipenda dalla “valutazione” che si voglia dare circa la complessiva adeguatezza, o no, del sistema rimediale previsto per la violazione dei diritti “collettivi” di informazione e consultazione.

Ove tale sistema (e dunque, sostanzialmente, lo strumento dell'art. 28 l. n. 300 del 1970) – con le incertezze ermeneutiche che esso reca – fosse considerato in sé capace di garantire una tutela effettiva, proporzionata, dissuasiva⁽⁵⁶⁾ agli obblighi procedurali di cui alla direttiva 98/59/CE, allora dovrebbe concludersi che il sistema rimediale “individuale” (ancorché relativo alle violazioni “procedimentali”) si collochi al di fuori del cono d'ombra del diritto dell'Unione, e lo stesso non potrebbe essere sindacato attraverso la lente dei diritti fondamentali di cui alla Carta.

Mentre a diversa soluzione si dovrebbe giungere, ove si dovesse ritenere che, nel dare concreta attuazione all'art. 6 della direttiva – e cioè nel sanzionare la violazione degli obblighi procedurali di cui alla direttiva stessa – il legislatore italiano si è inteso affidare ad un *mix* di tutele (collettive ed individuali) che – solo nel loro complesso – rappresentano un sistema sanzionatorio effettivo, proporzionato e dissuasivo.

In tal caso anche l'art. 10 d.lgs. n. 23 del 2015 (nella parte in cui introduce una disciplina sanzionatoria per i vizi procedurali del licenziamento) potrebbe es-

(53) G. ORLANDINI, *Niente da dire*, op. cit.

(54) Così G. ORLANDINI, *Niente da dire*, op. cit., il quale propende per la tesi affermativa.

(55) M. BIASI, G. GAUDIO, *La “missione di civiltà”*, op. cit.

(56) Sul dibattito circa la possibilità o no del sindacato di ottenere, ex art. 28 l. n. 300 del 1970, il ripristino del rapporto sub specie di “rimozione degli effetti”, si rinvia da ultimo, anche per riferimenti, a M. BIASI, G. GAUDIO, *La “missione di civiltà”*, op. cit. In senso affermativo, F. SCARPELLI, *I licenziamenti collettivi per riduzione di personale*, in M. FEZZI, F. SCARPELLI, (a cura di), *Guida alla riforma Fornero*, 2012, in <http://www.wikilabour.it>; A. SITZIA, *I licenziamenti collettivi*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Padova, 2013, pag. 329 e segg.; in senso negativo, B. DE MOZZI, *Questioni introduttive in tema di licenziamento collettivo nel c.d. Jobs Act*, in *Variaz. Temi Dir. Lav.*, 2018, 1, pagg. 95-96. Cfr. A. TOPO, *Le sanzioni*, in F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, ADAPT Labour studies, e-book series 2015, 46, pag. 204, secondo cui, poiché la legge determina in modo esaustivo la sanzione nel caso di estromissione dei lavoratori senza osservanza dell'obbligo di comunicazione, «il giudice non sembrerebbe potere ... imporre una sanzione atipica in presenza di una norma che, in relazione alla violazione, individua espressamente la sanzione applicabile». Peraltro osserva giustamente G. GAUDIO, *La tutela contro i licenziamenti*, op. cit., che la limitazione secondo la quale la legittimazione a proporre l'azione ex art. 28 l. n. 300 del 1970 è riservata ai soli “organismi locali” delle “associazioni sindacali nazionali”, consente di dubitare che di per sé solo tale rimedio consenta un adeguato accesso alle tutele per la violazione degli obblighi procedurali, come imposto invece dalla direttiva 98/59/CE.

sere “sindacato” attraverso la lente dell’art. 47 CDFUE. Non già, però, *uti singulus* bensì, appunto tenendo conto del livello complessivo di tutela garantito, dagli strumenti individuali e collettivi ⁽⁵⁷⁾.

9. Le questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale di Milano: un esito, almeno in parte, scontato.

Alla luce della pronuncia in epigrafe, appare dunque scontato l’esito (incompetenza della Corte) anche della seconda delle questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale di Milano, con ordinanza 5 agosto 2019, del tutto simile (per i profili di interesse) a quella partenopea.

Meno scontato appare invece l’esito della prima delle questioni “milanesi”, condizionata dalla particolarità del caso di specie.

Nel caso milanese, la lavoratrice licenziata era infatti stata assunta a termine prima del 7 marzo 2015 ed il suo contratto era poi stato trasformato in contratto a tempo indeterminato dopo tale data. Ella era poi stata licenziata nell’ambito di una procedura di licenziamento collettivo nella quale era risultata la sola destinataria della disciplina del c.d. “Jobs act”, e dunque, di una tutela meramente indennitaria (ritenuta inadeguata) (a differenza dei colleghi, tutti assunti prima del 7 marzo 2015 e pertanto tutti reintegrati, in applicazione dell’art. 18, comma 4, l. n. 300 del 1970, stante l’intervenuta violazione, da parte del datore di lavoro, dei criteri di scelta).

Il Tribunale di Milano dubitava dunque delle compatibilità con gli artt. 20, 21 CDFUE di tale regime differenziato, invocando quale “norma di ingresso” la clausola 4 della direttiva 99/70/CE, che vieta le discriminazioni “nelle condizioni di impiego” tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato comparabili, salvo sussista una ragione oggettiva a fondamento della disparità di trattamento. Si tratta, tuttavia, di un approccio non convincente.

È ben vero che, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, anche le “condizioni relative alla cessazione del rapporto di lavoro” figurano tra le “condizioni di impiego” ⁽⁵⁸⁾.

(57) Cfr. M. BIASI, G. GAUDIO, *La “missione di civiltà”*, op. cit.

(58) Corte Giust. Ue 20 dicembre 2017, *Vega González*, C-158/16, par. 34; conclusioni dell’avv. generale Szpunar 17 ottobre 2019, nella controversia C-177/18. Così, ad esempio, nella recente controversia *Sindicato Nacional de CCOO de Galicia*, relativa all’indennizzo corrisposto ai prestatori, a fronte della risoluzione di contratti a termine “predottoriali”, la Corte di Giustizia ha concluso nel senso che l’indennizzo corrisposto per la risoluzione dei contratti di lavoro deve essere considerato una “condizione di impiego” ai sensi e per gli effetti dell’art. 4 della direttiva 99/70/CE. La Corte ha, tuttavia, al contempo ritenuto senz’altro sussistente una ragione oggettiva a fondamento della disparità di trattamento in questione. Corte Giust. Ue 19 marzo 2019, C-293/18; Corte Giust. Ue 21 novembre 2018, *Diego Porras*,

Vero è che però, nel caso di specie, la (denunciata) disparità di trattamento con riferimento alle “condizioni di cessazione del rapporto” non intercorre propriamente tra un lavoratore a termine e un lavoratore a tempo indeterminato comparabile, bensì tra due lavoratori, entrambi a tempo indeterminato, entrambi coinvolti in un licenziamento collettivo, il primo dei quali (stabilizzato dopo il 7 marzo 2015) lamentava il mancato computo della pregressa “anzianità” (maturata come lavoratore a termine). La “differenza di trattamento” della cui ragionevolezza l’interprete deve interrogarsi non attiene, cioè, alle (deteriori) condizioni di impiego godute – durante il pregresso periodo di precariato – da un lavoratore a termine poi stabilizzato; bensì alle (deteriori) condizioni di impiego godute – dopo la stabilizzazione – da un lavoratore a tempo indeterminato, già precario. Non pare, allora (in radice), che tale differenza di trattamento possa essere sindacata alla luce dell’art. 4 della direttiva 1999/70/CE, poiché quest’ultima norma vieta le disparità di trattamento unicamente tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato comparabili, e non già le differenze tra lavoratori entrambi a tempo indeterminato.

10. La sentenza n. 254 della Corte costituzionale.

Infine, merita ricordare che sulla vicenda in esame (non) si è espressa la Corte costituzionale, con la recente pronuncia n. 254 del 26 novembre 2020.

La Corte, come noto, ha dichiarato inammissibili⁽⁵⁹⁾ le questioni che le erano state sottoposte, posto che il giudice partenopeo aveva omissso di dare conto della rilevanza della norma censurata (art. 10 d.lgs. n. 23 del 2015, nella parte relativa alla disciplina sanzionatoria della violazione dei criteri di scelta) ai fini del decidere. Non aveva cioè chiarito quali fossero le ragioni che, nel caso di specie, fondavano l’illegittimità del licenziamento collettivo “per violazione dei criteri di scelta” e che imponevano di applicare l’art. 10. Ancora, secondo la Consulta, a determinare l’inammissibilità delle questioni, concorreva “l’incertezza in ordine all’intervento” richiesto alla Corte stessa (punto 5.1); tenuto anche conto della varietà dei possibili “rimedi” idonei a garantire adeguata compensazione al lavoratore. In ciò, pare, un’implicita affermazione della non configurabilità della reintegrazione (o della integrale riparazione) quale rimedio comunitariamente e costituzionalmente necessitato⁽⁶⁰⁾.

C-619/17, par. 59; Corte Giust. Ue 12 giugno 2019, C-367/18, par. 33. Si rinvia, per un’analisi più dettagliata, alle argomentazioni esposte in B. DE MOZZI, *Jobs Act: la disciplina sanzionatoria*, op. cit.

(59) In generale, sulle pronunce di “inammissibilità”, v. M. BONI (a cura di), *Le pronunce di inammissibilità della Corte*, febbraio 2016, in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_292.pdf.

(60) «Sia la tutela reintegratoria sia la tutela indennitaria possono essere diversamente modulate e ampio è il margine di apprezzamento che spetta al legislatore nell’attuazione dei diritti sanciti dagli artt. 4 e 35 Cost. e, in una prospettiva convergente, dall’art. 24 della Carta Sociale Europea»: Corte cost. 26 novembre 2020, n. 254, par. 5.2.

La Corte, dunque, non affronta le questioni sottopostele. Tuttavia, nel dare atto dell'intervenuta pronuncia dell'ordinanza 4 giugno 2020, sottolinea la "consonanza" della propria giurisprudenza ⁽⁶¹⁾ con gli orientamenti della Corte di Giustizia, in ordine al problema dell'"ambito" nel quale la CDFUE può essere invocata come parametro interposto (par. 2.2). Lasciando, in definitiva, presagire che se la questione della contrarietà dell'art. 10 d.lgs. n. 23 del 2015 (nella parte relativa alla disciplina sanzionatoria della violazione dei criteri di scelta) all'art. 117 Cost., in relazione agli artt. 20, 21, 30 ⁽⁶²⁾ e 47 CDFUE venisse riproposta, essa non avrebbe, verosimilmente, possibilità di accoglimento.

Restano sul tappeto le ulteriori questioni già sollevate dall'ordinanza partenopea di fronte alla Consulta (e dichiarate tutte inammissibili); la più seria delle quali (l'unica, pare di poter dire, meritevole di seria considerazione da parte della Consulta) è quella relativa alla ragionevolezza o meno (art. 3 Cost.) della scelta del d.lgs. n. 23/2015 di fondare una sì rilevante differenza di tutela – acuita dalla difformità del rito – su di un dato del tutto estrinseco quale quello della data di assunzione.

È noto che la Corte costituzionale si è pronunciata specificamente sul punto in relazione all'art. 3 del d.lgs. n. 23 del 2015 ⁽⁶³⁾, ma ciò non impedisce di riproporre la questione, questa volta con riferimento all'art. 10 d.lgs. n. 23 del 2015, stanti le specificità che tale divaricazione di tutele presenta con riferimento ai licenziamenti collettivi.

Qui, infatti, "vecchi" e "nuovi" assunti sono "messi in comparazione" nell'ambito di una medesima procedura ed il diverso grado di tutela garantito a vecchi e nuovi assunti rischia di pregiudicare una "valutazione imparziale" da parte del datore di lavoro, orientandone la scelta sulle posizioni meno tutelate ed introducendo così, quale fattore di alterazione (rispetto ai parametri selettivi generali ed astratti imposti dal legislatore) quello della maggior debolezza del rapporto contrattuale.

(61) Cfr. Corte cost. 8 novembre 2018, n. 194: «perchè la Carta dei diritti UE sia invocabile in un giudizio di legittimità costituzionale, occorre, dunque, che la fattispecie oggetto di legislazione interna "sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto" (sentenza n. 80 del 2011)» (sentenza n. 63 del 2016 ... sentenza n. 111 del 2017 e ordinanza n. 138 del 2011)», non essendo sufficiente che la disciplina nazionale in questione ricada in un settore nel quale l'Unione europea è competente, ove la stessa non abbia, in concreto, esercitato tale competenza. Cfr. C. NEVOLA (a cura di), *Corte costituzionale, Servizio studi, La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'interpretazione delle sue clausole finali nella giurisprudenza costituzionale*, in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_302_Carta_UE_DEF.pdf.

(62) Letto alla luce dell'art. 24 della Carta Sociale europea, nell'interpretazione data dal Comitato europeo dei diritti sociali.

(63) Corte Cost. 8 novembre 2018, n. 194.

Cass., Sez. Lav., 21 settembre 2020, n. 19679 – Pres. Manna – Est. Ghinov – I. S.p.A. c. A.F.

Processo del lavoro – Contributi previdenziali obbligatori – Azione del lavoratore per la condanna del datore di lavoro al versamento dei contributi omessi – Litisconsorzio necessario con l'ente previdenziale.

Nel giudizio promosso dal lavoratore per la condanna del datore di lavoro al pagamento dei contributi previdenziali, l'ente previdenziale creditore di tali contributi è litisconsorte necessario.

Processo del lavoro – Contributi dovuti al Fondo di solidarietà per il personale delle imprese di credito – Azione del lavoratore per la condanna del datore di lavoro al versamento dei contributi omessi – Litisconsorzio necessario con l'INPS.

Nel giudizio promosso dal lavoratore per la condanna del datore di lavoro al pagamento dei contributi dovuti al Fondo di solidarietà e di sostegno al reddito e all'occupazione per il personale delle imprese di credito, l'INPS, creditore di tali contributi, è litisconsorte necessario.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

(*Omissis*)

1. Con ricorso al Tribunale di Salerno, A.F. esponeva di avere lavorato alle dipendenze del Banco (*omissis*) fino al 30 giugno 2002, allorché il rapporto era cessato avendo egli aderito all'esodo incentivato usufruendo delle prestazioni del Fondo di solidarietà e di sostegno al reddito ed all'occupazione, istituito con D.M. 28 aprile 2000, n. 158, per il personale dipendente dalle imprese di credito. Aggiungeva di avere sottoscritto davanti alla Direzione Provinciale del lavoro di Napoli un accordo con cui il Banco si era impegnato, tra l'altro, all'attivazione della procedura per far ottenere al dipendente l'assegno straordinario da parte del Fondo nonché alla prosecuzione dei versamenti contributivi per il lavoratore fino alla data di maturazione dell'anzianità contributiva utile al pensionamento; che in tale occasione gli era stata fatta firmare una modulistica per la richiesta dell'assegno straordinario, che era rimasta tuttavia incompleta del quadro D che doveva contenere l'indicazione della retribuzione e delle competenze arretrate, quadro che il Banco (*omissis*) avrebbe dovuto completare ed inviare all'Inps.

2. Il ricorrente riferiva, inoltre, che aveva successivamente accertato che l'importo della retribuzione su cui calcolare la contribuzione previdenziale era stato determinato in misura inferiore, avendo il Banco fatto riferimento solo alle voci fisse della retribuzione contrattuale con conseguente minore accredito dei contributi previdenziali e pregiudizio per il lavoratore.

3. Chiedeva, pertanto, che fosse riconosciuto il proprio diritto a che la convenuta eseguisse i versamenti previdenziali tenendo conto dell'ultimo anno di retribuzione globale, con successivi aggiornamenti Istat, con condanna al pagamento in favore dell'Inps delle somme dovute.

4. Il Tribunale di Salerno accoglieva in parte la domanda, riconoscendo il diritto dell'A. al ricalcolo della contribuzione, ma non quello alla relativa rivalutazione.

5. La decisione di primo grado veniva confermata dalla Corte d'appello di Salerno con la sentenza qui impugnata.

6. La Corte territoriale richiamava una propria precedente sentenza avente ad oggetto la medesima vicenda e, disattesa l'eccezione di incompetenza territoriale, accertava che nel quadro D della domanda di erogazione dell'assegno la retribuzione media settimanale su cui calcolare i contributi era stata indicata in Euro 777,00 e che tuttavia il Banco (*omissis*) prima e il S. P. dopo avevano versato all'Inps contributi su una retribuzione settimanale di Euro 716,00, quindi in misura inferiore a quella risultante sulla domanda di assegno straordinario. Riteneva quindi che il Banco non avesse dato puntuale esecuzione ai suoi impegni, considerato il diverso importo della retribuzione indicato sulla domanda di assegno.

7. La Corte rigettava poi l'appello incidentale con cui il lavoratore aveva chiesto la rivalutazione della retribuzione annuale, argomentando che la rivalutazione non era prevista nella domanda di assegno straordinario, né nel verbale di conciliazione e comunque poteva operare con riguardo alla prosecuzione della contribuzione volontaria regolamentata dal D.L.vo n. 184 del 1997, non applicabile alla fattispecie.

8. Avverso la sentenza I. S.P. s.p.a. (già S.P.I. s.p.a., incorporante il Banco (*omissis*)) ha proposto ricorso, affidato a cinque motivi. A.F. ha resistito con controricorso ed ha proposto altresì ricorso incidentale affidato ad un unico motivo, cui Intesa San Paolo ha resistito con controricorso e memoria ex art. 378 c.p.c.

9. Il ricorso principale e quello incidentale sono stati riuniti ex art. 335 c.p.c.

(*Omissis*)

13. Come primo motivo del ricorso principale la Banca lamenta la nullità della sentenza e la violazione degli artt. 132, 156, 161 c.p.c., nonché dell'art. 111 Cost.; sostiene che la sentenza costituirebbe una mera trascrizione di altra decisione resa dalla medesima Corte d'appello in un giudizio intercorso fra esso S.P. e altro ex dipendente, con utilizzazione di argomenti che sono stati oggetto di altro processo, che non hanno trovato ingresso nel processo in esame e non hanno attinenza con le censure sollevate dall'appellante nel ricorso, sicché si renderebbe impossibile il confronto tra le tesi dibattute, le censure sollevate e la decisione.

14. Come secondo motivo deduce la nullità della sentenza e la violazione degli artt. 132, 156, 161 c.p.c., nonché dell'art. 111 Cost.

15. Il ricorrente lamenta che la Corte abbia ritenuto rilevante la retribuzione indicata nel modulo, mentre questa non aveva nessuna importanza, trattandosi di rapporto previdenziale, sicché la lite avrebbe dovuto essere risolta applicando la disciplina contenuta nel D.M. n. 158 del 2006 e del D.L.vo n. 184 del 1997.

16. Come terzo motivo deduce la mancanza di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e la violazione dell'art. 112 c.p.c. e sostiene che erroneamente la Corte d'appello e il giudice di primo grado avrebbero ritenuto che la domanda riguardasse l'adempimento degli obblighi scaturenti dalla conciliazione formalizzata con il dipendente e, quindi, una domanda di adempimento contrattuale che invece non era stata mai proposta, in quanto l' A. aveva chiesto la condanna della convenuta al pagamento della contribuzione prevista dalla normativa vigente.

17. Come quarto motivo deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 10, D.M. n. 158 del 2000, commi 7 e 12. Sostiene che con la sottoscrizione della transazione in sede di DPL l' A. aveva accettato l'applicazione delle disposizioni contenute nella disciplina del Fondo di solidarietà e che il dato indicato nell'allegato D al modulo compilato dal Banco (*omissis* per accedere a detto trattamento si riferiva ad una base errata perché non determinata a stregua di legge.

18. Come quinto motivo deduce l'omessa motivazione su un punto decisivo della controversia avente ad oggetto l'interesse ad agire dell' A. e lamenta che la Corte abbia ritenuto che un ampliamento della base su cui calcolare la contribuzione avrebbe determinato automaticamente un ampliamento della base su cui calcolare la pensione, senza fornire alcuna motivazione.

19. A.F. ha proposto a sua volta ricorso incidentale affidato ad un motivo, con il quale deduce la violazione e falsa applicazione della L. n. 662 del 1993, art. 2, comma 28, D.M. n. 158 del 2002, artt. 1 e segg., D.L.vo 30 aprile 1997, n. 184 e di ogni altra norma e principio in materia di contribuzione obbligatoria volontaria e figurativa. Il motivo attinge la sentenza della Corte d'appello nella parte in cui non ha riconosciuto il diritto alla rivalutazione annuale della base pensionabile.

20. Preliminarmente all'esame dei motivi posti con i ricorsi, va rilevata la nullità del giudizio per difetto di integrità del contraddittorio.

21. Come si è detto nello storico di lite, la sentenza impugnata ha confermato quella del Tribunale che aveva condannato I. S.P. s.p.a. a ricalcolare i contributi dovuti al Fondo di solidarietà in base all'ultima mensilità percepita dall' A. secondo il criterio di 1/360 della retribuzione annua per ogni giornata e a versare all'Inps la differenza tra quelli dovuti e quelli già versati, dalla data dell'esodo alla data di maturazione del trattamento pensionistico di anzianità.

22. Non risulta, però, che l'INPS sia mai stato chiamato in giudizio.

23. In vicenda affatto analoga alla presente questa Corte ha già avuto modo di affermare che essendo la posizione dell'INPS "solo quella di soggetto destinatario del predetto versamento" ed in considerazione dell'autonomia dall'istituto del Fondo di solidarietà, non sarebbe nei suoi confronti configurabile un'ipotesi di litisconsorzio necessario (Cass. n. 13874 del 7 luglio 2016 e Cass. n. 17162 del 2016, in motivazione).

24. A tale soluzione non può tuttavia essere data continuità, ostandovi argomenti logici e sistematici desumibili sia dalla natura della c.d. contribuzione correlata di cui al D.M. n. 158 del 2000, che, più in generale, dalle ricadute di ordine processuale della struttura del rapporto dedotto in giudizio.

25. Circa la natura della contribuzione correlata per i periodi di erogazione dell'assegno straordinario per il sostegno al reddito, da calcolarsi com'è noto sulla base della retribuzione di cui all'art. 10, comma 7, D.M. n. 158 del 2000, questa Corte ha chiarito che si tratta di contribuzione di carattere obbligatorio: l'obbligo del Fondo di provvedere ad accreditare la contribuzione presso la gestione previdenziale di iscrizione del lavoratore costituisce infatti oggetto di una autonoma obbligazione di diritto pubblico, che deriva dalle espresse disposizioni del D.M. n. 158 del 2000, che regolano compiutamente tanto il meccanismo di accreditamento quanto la finalità della contribuzione stessa, significativamente definita "correlata" siccome obbligatoriamente rapportata alla prestazione erogata e, dunque, non subordinata, quanto al suo verificarsi, né ad alcuna preventiva autorizzazione dell'ente previdenziale, né ad alcuna valutazione del singolo assicurato circa l'utilità che gliene possa derivare ai fini pensionistici, come invece tipicamente accade nelle ipotesi di c.d. contribuzione volontaria (Cass. n. 4433 del 2019).

26. Ciò chiarito, è evidente che la soluzione della questione relativa alla necessità o meno di un litisconsorzio con l'ente previdenziale nella controversia con cui si lamenta, da parte del lavoratore, il mancato versamento della contribuzione correlata da parte del datore di lavoro, deve risultare coerente con gli approdi ermeneutici cui questa Corte è progressivamente pervenuta per ciò che concerne la più generale questione delle parti necessarie del giudizio in cui un lavoratore chieda la condanna del proprio datore di lavoro al pagamento all'ente previdenziale dei contributi dovuti sulla propria prestazione lavorativa: e ciò indipendentemente dal fatto che, nella specie, la normativa di settore ponga formalmente a carico del Fondo il versamento all'INPS della contribuzione correlata, trattandosi di onere che grava in ultima analisi sull'istituto di credito alle cui dipendenze ha prestato servizio il lavoratore prima dell'accesso al Fondo medesimo.

27. Al riguardo, è dato rilevare che, nella giurisprudenza di questa Corte di legittimità, sono coesistiti per lungo tempo due distinti orientamenti.

28. Secondo il primo di essi, la domanda con la quale il lavoratore subordinato chieda la condanna del datore di lavoro al versamento all'INPS di contributi evasi, al fine della tutela della

sua posizione assicurativa, richiede la presenza in causa dell'ente previdenziale, quale diretto interessato all'accertamento giudiziale sull'esistenza e durata del rapporto di lavoro e sulla misura della retribuzione, nonché quale destinatario del pagamento (così, tra le numerose, Cass. nn. 2452 del 1975, 2638 del 1976, 379 del 1989, 12946 del 1999).

29. Tale orientamento ha ricevuto sistemazione definitiva ad opera di Cass. SS.UU. n. 3678 del 2009, la quale, pronunciandosi in materia di azione promossa dal lavoratore per ottenere la costituzione della rendita vitalizia L. n. 1338 del 1962, ex art. 13, comma 5, per essersi il datore di lavoro sottratto al versamento all'INPS della relativa riserva matematica e per il cui versamento lo stesso datore resta obbligato, ha affermato la sussistenza di un litisconsorzio necessario nei confronti dell'anzidetto datore di lavoro e dell'INPS, ravvisandone la giustificazione in considerazione del riflesso, sotto il profilo processuale, che assumono gli aspetti sostanziali rappresentati, rispettivamente, dall'interesse del lavoratore alla realizzazione dei presupposti della tutela assicurativa (con la condanna dell'INPS alla costituzione della rendita vitalizia e del datore di lavoro inadempiente al versamento della riserva matematica), dall'interesse dell'INPS a limitare il riconoscimento della rendita vitalizia ai casi di esistenza certa e non fittizia di rapporti di lavoro e dall'interesse del datore di lavoro a non trovarsi esposto, ove il giudizio si svolga in sua assenza, agli effetti pregiudizievoli di un giudicato ai suoi danni a causa del riconoscimento di un inesistente rapporto lavorativo, lontano nel tempo. E, seppure senza alcun esplicito riferimento a Cass. SS.UU. n. 3678 del 2009, cit., analogo principio di diritto è stato affermato da Cass. n. 19398 del 2014, che, nel riconoscere la sussistenza di un interesse del lavoratore al versamento dei contributi previdenziali di cui sia stato omissso il versamento, ha bensì ammesso la possibilità che egli chieda in giudizio l'accertamento dell'obbligo contributivo del datore di lavoro, al fine di sentirlo condannare al versamento dei contributi che sia ancora possibile giuridicamente versare nei confronti dell'ente previdenziale, a condizione però che entrambi siano stati convenuti in giudizio, a pena d'inammissibilità della domanda (nello stesso senso, da ult., Cass. n. 14853 del 2019).

30. Parallelamente a tale indirizzo, tuttavia, ne è coesistito per lungo tempo un altro (la cui ultima eco si può scorgere proprio in Cass. n. 17162 del 2016, dianzi cit.), che, argomentando dal rilievo secondo cui l'esigenza dell'estensione del contraddittorio a tutti i soggetti del rapporto previdenziale non sussisterebbe qualora venga in contestazione soltanto il rapporto di lavoro o qualche elemento del medesimo o ancora quando, instaurati validamente fra i soggetti interessati il rapporto di lavoro ed il rapporto previdenziale, la contestazione sia limitata al conseguimento di prestazioni derivanti dall'uno o dall'altro, ha escluso la necessità di integrare il contraddittorio nei confronti dell'ente di previdenza nel giudizio promosso dal lavoratore contro il datore di lavoro per la regolarizzazione della posizione assicurativa (così, tra le tante, Cass. nn. 2684 del 1973, 66 del 1984, 442 del 1986, 72 del 1998, 10377 del 2000, 3941 del 2004): e ciò sul presupposto per cui, in controversie del genere, l'esistenza e/o l'atteggiarsi del rapporto di lavoro subordinato, che rappresenta l'imprescindibile presupposto del rapporto contributivo, costituirebbe un punto pregiudiziale, risolvibile incidenter tantum dal giudice e senza efficacia di giudicato al di fuori della causa in cui l'accertamento avviene.

31. Reputa il Collegio che al primo dei due orientamenti debba qui darsi seguito, ancorché con i chiarimenti e le precisazioni che seguono.

32. Occorre in primo luogo ribadire, con Cass. n. 19398 del 2014 e Cass. n. 14853 del 2019, che la condanna a favore di terzo è istituto di carattere eccezionale, che può trovare giustificazione solo in presenza di un'espressa previsione legislativa (quali ad es. l'art. 18, commi 2 e 4, St. lav., e art. 2, comma 2 e art. 3, comma 2, D.L.vo n. 23 del 2015).

33. Ed inoltre, le medesime ragioni di ordine logico e sistematico esaminate da Cass. SS.UU. n. 3678 del 2009, cit., a sostegno della necessità del litisconsorzio necessario con l'ente previden-

ziale allorché l'azione risarcitoria abbia ad oggetto la costituzione della rendita vitalizia, debbono valere anche nel caso in cui oggetto della domanda del lavoratore sia direttamente la condanna del datore di lavoro al pagamento in favore dell'ente previdenziale dei contributi omessi: fermo restando che esula dalle presenti considerazioni ogni indagine circa la configurabilità di una legittimazione straordinaria del lavoratore a sostituirsi all'ente previdenziale e di un suo interesse in concreto a farlo, si deve piuttosto aggiungere, a suffragio della necessità del litisconsorzio con l'ente previdenziale, che l'obbligo datoriale di pagare integralmente i contributi dovuti si configura, nell'ambito del rapporto di lavoro, come obbligo di fare, non già come un diritto di credito ai contributi da parte del lavoratore, e che la sentenza di condanna ad un fare siffatto, oltre a non essere in alcun modo direttamente utile per il lavoratore, non avrebbe effetto alcuno verso l'ente previdenziale, stante l'indisponibilità delle obbligazioni contributive e l'indiscutibile terzietà dell'ente previdenziale medesimo rispetto al rapporto di lavoro, che gli renderebbe inopponibile qualsiasi giudicato (Cass. n. 4821 del 1999) e, prima ancora, qualsiasi interruzione della prescrizione dei contributi (Cass. n. 7104 del 1992, cit.); ed è appena il caso di ricordare che, giusta la ricostruzione di Cass. SS.UU. n. 3678 del 2009, cit., l'esigenza della partecipazione al processo di tutti i soggetti della situazione sostanziale dedotta in giudizio si giustifica in funzione dell'obiettivo di non privare la decisione (indipendentemente dalla sua natura di condanna, di accertamento o costitutiva) dell'unitarietà connessa con l'esperimento dell'azione proposta, ossia quando, in assenza anche di uno soltanto dei soggetti coinvolti, la sentenza risulti inidonea a produrre un qualsiasi effetto giuridico anche nei confronti degli altri: che è proprio ciò che, in assenza dell'ente previdenziale, sarebbe nella specie inevitabile.

34. In merito alle conseguenze della mancata integrazione del contraddittorio, deve rilevarsi che, per principio generale dell'ordinamento processuale, nel caso in cui la parte chieda in giudizio un bene della vita la cui attribuzione non può aver luogo senza che al giudizio partecipi un terzo non dà luogo ad un'ipotesi di inammissibilità della domanda (come ritenuto dalle già citate Cass. nn. 19398 del 2014 e 14853 del 2019), ma integra un'ipotesi di litisconsorzio necessario ex art. 102 c.p.c.: e ciò a prescindere da ogni considerazione riguardante le condizioni dell'azione o la fondatezza nel merito della domanda, che sono questioni che possono essere deliberate soltanto nel contraddittorio fra tutti gli interessati.

35. Pertanto, considerato che la nullità del giudizio per difetto di integrità del contraddittorio è rilevabile in ogni stato e grado del processo e dunque anche in questa sede di legittimità, con il solo limite del giudicato (cfr. tra le più recenti Cass. nn. 26388 del 2008, 9394 del 2017), ne deriva ex art. 354 c.p.c., la necessità di rimettere le parti avanti al primo giudice affinché provveda alla sua instaurazione ex novo, previa integrazione del contraddittorio (giurisprudenza costante fin da Cass. n. 2786 del 1963).

36. La sentenza impugnata va quindi cassata e le parti vanno rimesse avanti al Tribunale di Salerno in persona di diverso magistrato, che provvederà anche sulle spese del giudizio di cassazione.

(*Omissis*)

CARLO ALBERTO NICOLINI

Avvocato – Docente presso la Scuola di specializzazione in Diritto sindacale,
del lavoro e della previdenza dell'Università di Macerata

A PROPOSITO DI INTERESSE AD AGIRE E LITISCONSORZIO, QUANDO IL LAVORATORE CHIEDE LA CONDANNA DEL DATORE DI LAVORO AL PAGAMENTO DEI CONTRIBUTI...E NON SOLO

SOMMARIO: 1. La sentenza. 2. Rapporto contributivo, rapporto previdenziale e rapporto di lavoro. 3. Il principio di automaticità delle prestazioni. 4. Automaticità delle prestazioni e interesse ad agire del lavoratore. 5. L'interesse ad agire del lavoratore, a tutela della propria posizione previdenziale nella gestione pensionistica. 6. L'interesse ad agire per la contribuzione ai Fondi di solidarietà. 7. La giurisprudenza della Cassazione sul litisconsorzio con l'ente previdenziale. 8. L'orientamento oggi dominante. 9. Quando si predica il litisconsorzio necessario anche per il datore di lavoro. 10. Le questioni irrisolte e la prospettiva del litisconsorzio "scomodo".

1. La sentenza.

La sentenza in epigrafe conferma l'orientamento prevalente nella più recente giurisprudenza di legittimità che, nella causa intentata dal lavoratore per ottenere, a tutela della propria posizione previdenziale, la condanna del datore al pagamento all'ente dei contributi omessi, attribuisce a quest'ultimo la posizione di litisconsorte necessario.

Nella specie, la Suprema Corte si pronuncia con riferimento alla contribuzione dovuta al Fondo di solidarietà del personale delle imprese di credito, destinata a coprire gli oneri della contribuzione correlata, che detto Fondo deve versare alla gestione pensionistica, nel caso di percezione, da parte del lavoratore, dell'assegno straordinario di sostegno al reddito, nei processi di incentivazione all'esodo di cui al d.m. n. 158 del 2000 ⁽¹⁾.

La sentenza offre lo spunto per alcune riflessioni sugli assetti dei rapporti sostanziali ai quali la stessa fa riferimento, e su come questi siano suscettibili di incidere sul contenzioso in materia.

2. Rapporto contributivo, rapporto previdenziale e rapporto di lavoro.

Da decenni dottrina e giurisprudenza riconoscono l'autonomia del rapporto contributivo, avente ad oggetto l'obbligazione pecuniaria e i relativi obblighi acces-

(1) In senso del tutto conforme v. Cass. 14 maggio 2020, n. 8956; Cass. 19 agosto 2020, n. 17320; non aveva invece ritenuto sussistente detto litisconsorzio Cass. 18 agosto 2016, n. 17162.

sori, rispetto sia al rapporto previdenziale, avente ad oggetto le prestazioni che il lavoratore protetto ha diritto a ricevere dall'ente, sia al rapporto di lavoro ⁽²⁾.

Nel lavoro subordinato, così come nelle altre fattispecie nelle quali, pur in assenza di subordinazione, il legislatore imputa gli obblighi contributivi esclusivamente in capo ad un "committente" che riceve la prestazione ⁽³⁾, detta autonomia comporta anche l'estraneità del lavoratore rispetto a detto rapporto.

Tale posizione di terzietà, che per il lavoro subordinato è codificata dall'art. 2115 Cod. Civ., genera non poche conseguenze, tra le quali possono ricordarsi: l'esclusiva responsabilità del datore/committente debitore per l'adempimento, ed in particolare per il pagamento dei contributi all'ente (quale, pertanto, non può recuperare il credito nei confronti del lavoratore, giacché questo non risponde del mancato pagamento, neppure per la quota-parte a suo carico); la carenza di legittimazione del lavoratore stesso nelle azioni promosse contro l'ente per la ripetizione di contributi indebitamente pagati; l'irrilevanza, ai fini dell'interruzione della prescrizione dell'obbligazione contributiva, dell'atto con il quale lo stesso lavoratore intima al datore / committente di adempiere.

Non può, tuttavia, ignorarsi come tra i tre rapporti – di lavoro, contributivo, previdenziale – sussistano anche forti relazioni e reciproci condizionamenti, che pongono non pochi problemi di natura processuale ⁽⁴⁾.

Così, ad esempio, dallo stesso art. 2115 Cod. Civ. si desume come, nel lavoro subordinato, sia la sussistenza del rapporto contributivo che la sua imputazione sul lato passivo dipendano dalla sussistenza e dall'imputazione, sul lato del datore, del rapporto di lavoro ⁽⁵⁾. In una prospettiva più ampia, si può affermare come l'automatica instaurazione sia del rapporto contributivo che di quello previdenziale, che caratterizza l'intero sistema delle assicurazioni sociali (e che quindi

(2) Su tali tematiche v. per tutti M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2020; ID., *Rapporto giuridico di previdenza sociale*, in *Digesto Com.*, Torino, 1996, XII, pag. 47 e segg.; M. PERSIANI, M. D'ONGHIA, *Diritto della sicurezza sociale*, Torino, 2020; D. CASALE, *L'automaticità delle prestazioni previdenziali*, Bologna, 2017; G. LEONE, *Rapporto previdenziale e rapporto contributivo*, in *Previdenza e assistenza*, Milano, 2017, pag. 45 e segg.; R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Bologna, 2016, A. AVIO, *Della previdenza e dell'assistenza*, Milano, 2012, pag. 27 e segg., ai quali si rinvia anche per ulteriori riferimenti alla vasta letteratura in materia.

(3) Può trattarsi del committente, per il collaboratore parasubordinato, la società per il socio o l'amministratore, il titolare dell'impresa per il familiare coadiuvante o coadiutore, o il diverso soggetto di volta in volta individuato dalle variegate discipline delle assicurazioni sociali: per comodità di esposizione, nella presente trattazione tali figure vengono individuate con l'unica, atecnica nozione di "committente".

(4) Ben segnalati, a commento della stessa sentenza in epigrafe, da P. CAPURSO, *La condanna alla regolarizzazione contributiva o delle imprevedibili virtù del litisconsorzio necessario*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2020, pag. 860 e segg.

(5) Mi permetto il rinvio a C. A. NICOLINI, *L'imputazione degli obblighi contributivi tra fenomeni interpositori e frammentazione delle attività produttive*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2019, pag. 101 e segg.

non va confuso con il principio di automaticità delle prestazioni ⁽⁶⁾, se da un lato conferma la natura non negoziale di tali rapporti, nel contempo esprime il condizionamento della loro esistenza allo svolgimento delle attività alle quali di volta in volta fanno riferimento le discipline protettive: e dunque, in ultima istanza, all'instaurazione dei rapporti di lavoro (subordinato, autonomo, associativi o di altra natura) in forza dei quali le attività vengono esercitate.

L'esistenza di una relazione anche tra il rapporto contributivo e quello previdenziale – per i quali, predicandosi da decenni la reciproca autonomia, sembrerebbe superata la vecchia concezione dell'unico rapporto previdenziale trilatero – emerge nella stessa fattispecie considerata dalla sentenza in esame: nel far riferimento alla domanda del lavoratore che chiede la condanna del datore al pagamento dei contributi «*al fine della tutela della sua posizione assicurativa*», la Suprema Corte evoca, invero, una situazione nella quale il versamento condiziona detta tutela.

Tale condizionamento, però, non si realizza per ogni tipo di contribuzione, né per ogni assicurazione sociale, risultando escluso in caso di applicazione del principio di automaticità delle prestazioni.

Con conseguenze che appaiono rilevanti, anche sul piano processuale.

3. Il principio di automaticità delle prestazioni.

Il principio di automaticità delle prestazioni ⁽⁷⁾ – che come noto impone all'ente di prestare la tutela indipendentemente dall'avvenuto pagamento dei contributi – è a ragione considerato uno dei meccanismi che hanno maggiormente contribuito a rendere il rapporto previdenziale autonomo rispetto a quello contributivo: laddove pienamente operante, invero, detto principio fa venir meno ogni vincolo di corrispettività e, dunque, ogni condizionamento delle prestazioni alle vicende dell'obbligazione contributiva.

Tale principio, pur non imposto dall'art. 38 Cost. ⁽⁸⁾, ne costituisce un fondamentale strumento di effettività, giacché pone il lavoratore protetto al riparo dall'eventuale inadempimento del datore di lavoro/committente: quando detto principio opera appieno, infatti, l'inadempimento, e più in generale le vicende

(6) Sull'automaticità *ex lege* della costituzione del rapporto previdenziale e delle obbligazioni contributive, in fattispecie nella quale è pacifica la non automaticità delle prestazioni, in giurisprudenza v. tra le altre Cass. 10 luglio 2020, n. 14807, in materia di previdenza forense. Per una più ampia ricostruzione v. ancora i contributi citati nella precedente nota 2.

(7) Sul quale v., oltre ai contributi citati nella precedente nota 2, P. CAPURSO, *Le eclissi del principio di automaticità delle prestazioni previdenziali*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2017, pag. 499.

(8) Sui limiti nei quali detto principio viene imposto dall'ordinamento eurounitario v. D. CASALE, *op. cit.*, pag. 61 e segg.

dell'obbligazione contributiva divengono *irrilevanti* sulla posizione previdenziale e quindi, in ultima istanza, sulla sfera giuridica del lavoratore stesso.

L'ambito di operatività di tale principio tuttavia, come noto soffre di limitazioni, anche nel campo del lavoro subordinato, che pure ne costituisce il terreno di elezione.

L'art. 2116, comma 1, Cod. Civ., che sancisce detto principio in favore di tutti i lavoratori dipendenti, fa salve le «*diverse previsioni delle leggi speciali*».

L'intervento della Corte costituzionale ha consentito di superare l'orientamento che escludeva l'applicazione di detto principio alle gestioni pensionistiche speciali che non lo avevano espressamente accolto: è infatti ormai consolidato l'orientamento (fondato anche sul tenore letterale della suddetta norma) che nel lavoro subordinato riconosce un ambito di applicazione generale alla regola dell'automaticità, che può pertanto ritenersi esclusa o limitata solo in presenza di espressa deroga ⁽⁹⁾.

Una (parziale) deroga è a tutt'oggi operante nella materia pensionistica, per la quale l'art. 27, r.d. n. 636 del 1939 – come modificato dall'art. 40, l. n. 153 del 1969, e dall'art. 23-ter, d.l. n. 267 del 1972, conv. l. n. 485 del 1972 – nel disporre che «*il requisito di contribuzione stabilito per il diritto alle prestazioni di vecchiaia, invalidità e superstiti, si intende verificato anche quando i contributi non siano effettivamente versati, ma risultino dovuti nei limiti della prescrizione*» ⁽¹⁰⁾, limita l'applicazione della regola ai casi nei quali i contributi, pur non pagati, risultino dovuti all'ente, perché non ancora prescritti.

I termini della questione sembrano, invece, ribaltarsi con riferimento alle posizioni dei lavoratori non subordinati, per i quali, considerato che l'art. 2116 Cod. Civ. è riferito al solo lavoro dipendente, il principio di automaticità sembra potersi applicare solo in presenza di una norma che lo estenda, e che peraltro può risultare anche implicitamente, in forza di un generale rinvio alle discipline del lavoro dipendente ⁽¹¹⁾.

(9) Corte cost. 5 dicembre 1997, n. 374. V. inoltre, tra le altre, Cass. 22 giugno 2017, n. 15589, in *Dir. Rel. Ind.*, 2019, pag. 245, con nota di C. CARCHIO, *La prescrizione del credito contributivo del Fondo di garanzia dell'Inps non limita l'automaticità delle prestazioni*.

(10) Così il comma 2, il quale specifica anche che, ai fini del riconoscimento da parte dell'ente, «*il rapporto deve risultare da documenti o prove certe*». I periodi in tal modo riconosciuti «*sono considerati utili anche ai fini della determinazione della misura delle pensioni*» (comma 3). L'indicazione relativa al termine decennale di prescrizione, a tutt'oggi contenuta nel testo, deve a sua volta intendersi implicitamente modificata a seguito della nuova disciplina della prescrizione contributiva introdotta dall'art. 3, l. n. 335 del 1995.

(11) G. CANAVESI, *L'automaticità delle prestazioni previdenziali per i lavoratori a progetto. Dalla giurisprudenza un segnale importante, ma insufficiente*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2014, II, pag. 439; non mancano, tuttavia, opinioni dissenzienti, che optano per un'interpretazione estensiva di detta norma, che dovrebbe consentirne l'applicabilità a tutte le fattispecie nelle quali, anche in assenza di subordinazione, il rapporto contributivo viene imputato, sul lato passivo, ad un soggetto diverso dal lavoratore protetto: cfr. D. MESITI, *L'ambito soggettivo di applicazione del principio di automaticità delle prestazioni previ-*

4. Automaticità delle prestazioni e interesse ad agire del lavoratore.

Sembra corretto affermare che l'ambito di applicazione del principio di automaticità delle prestazioni definisce anche un primo, fondamentale limite, potremmo dire una pre-condizione per l'applicabilità del principio affermato dalla sentenza in epigrafe: rispetto alla questione del litisconsorzio, invero, sembra pregiudiziale quella relativa all'*ammissibilità* della domanda con la quale il lavoratore chiede la condanna del datore di lavoro al pagamento dei contributi.

Appare, al riguardo, consolidato l'orientamento che, pur ribadendo l'autonomia del rapporto contributivo rispetto a quello di lavoro, e con esso la posizione di terzietà del lavoratore rispetto al primo, consente a quest'ultimo di chiedere giudizialmente la condanna del datore (o del committente) obbligato ad adempiere, a tutela del diritto all'integrità della propria posizione previdenziale.

Sembra tuttavia di dover limitare l'ammissibilità di una simile azione, in applicazione del principio generale dell'art. 100, Cod. Proc. Civ., alle sole ipotesi in cui il lavoratore possa vantare un *concreto interesse ad agire*, e cioè alle sole situazioni nelle quali l'automaticità delle prestazioni non risulti pienamente operante: quando l'adempimento contributivo diventa totalmente irrilevante sul rapporto previdenziale, *id est* sulla sfera giuridica del lavoratore, tale interesse, invero, non sussiste.

Sembra pertanto che si debba fermare al pregiudiziale rilievo di tale carenza la causa nella quale il lavoratore chieda la condanna del datore al pagamento di contributi riferiti a un'assicurazione sociale per la quale l'automaticità delle prestazioni operi appieno.

Così, ad esempio, in caso di rapporto irregolare, dovrebbe essere dichiarata inammissibile per carenza di interesse la domanda del lavoratore finalizzata a far condannare il datore al pagamento dei premi INAIL: in questo caso, il soggetto protetto che vanti il diritto alle prestazioni dell'assicurazione dovrà infatti rivolgersi direttamente all'Istituto ed eventualmente convenirlo in giudizio, ove sarà chiamato a dimostrare la sussistenza del rapporto di lavoro (oltre che, ovviamente, l'infortunio o la malattia professionale), senza che assuma alcun rilievo il fatto che il datore abbia omesso di denunciare detto rapporto e di pagare i premi.

Alla stessa conclusione dovrebbe pervenirsi per le contribuzioni riferite alle prestazioni c.d. temporanee gestite dall'INPS, nelle quali egualmente il principio di automaticità opera appieno ⁽¹²⁾.

Vero è che, per queste, nella pratica il problema spesso non si pone: normalmente infatti lavoratore conviene in giudizio il datore di lavoro per farlo condan-

denziali, in *Questione Giustizia*, https://www.questionegiustizia.it/articolo/l-ambito-soggettivo-di-applicazione-del-principio-di-automaticita-delle-prestazioni-previdenziali_17-01-2020.php.

(12) D. CASALE, op. cit., pag. 168 e segg.

nare al pagamento sia delle retribuzioni, sia dei corrispondenti contributi, senza distinguere tra quelli dovuti per l'i.v.s. – per la quale, come subito si vedrà, l'azione deve invece ritenersi, salve eccezioni, ammissibile – e per le altre assicurazioni.

La questione riemerge, però, qualora la domanda si ponga nell'esclusiva prospettiva del diritto alle prestazioni temporanee. Si pensi al lavoratore che agisce per far riconoscere la sussistenza del diritto ad una retribuzione maggiore, rispetto a quella sulla quale il datore ha pagato i contributi, da far valere ai fini del calcolo di un maggior importo della NASpI; o per far accertare un periodo di lavoro "in nero", utile per la maturazione del requisito contributivo richiesto da detta assicurazione ⁽¹³⁾: anche in questi casi il lavoratore è tenuto a far valere il diritto alla prestazione (o alla prestazione più elevata) direttamente nei confronti dell'ente, senza che abbia rilievo il fatto che il datore abbia evaso, in tutto o in parte, l'obbligo contributivo ⁽¹⁴⁾.

5. L'interesse ad agire del lavoratore, a tutela della propria posizione previdenziale nella gestione pensionistica.

L'interesse ad agire va invece riconosciuto per l'assicurazione i.v.s., in ragione della particolare struttura dei diritti pensionistici e della già rilevata limitazione della quale, in tale ambito, soffre l'applicazione del principio di automaticità delle prestazioni.

Come noto, il diritto a pensione costituisce *fattispecie a formazione progressiva*, che matura nel tempo, con l'accreditamento di anzianità previdenziali, le quali, a loro volta, si "stabilizzano" nella sfera giuridica del lavoratore solo con il versamento dei contributi.

In assenza di questo, l'art. 27, r.d. n. 636 del 1939, assicura infatti solo un accredito precario, destinato a venir meno qualora, prima della maturazione del diritto a pensione, il termine prescrizione decorra, senza che l'ente previdenziale lo abbia interrotto ⁽¹⁵⁾.

(13) È la fattispecie decisa da Trib. Roma 30 ottobre 2019, n. 9438, in *Juris Data Giuffrè*, nella quale il periodo di lavoro irregolare è stato fatto valere per rivendicare la prestazione, riconosciuta dal giudice in forza del principio di automaticità.

(14) A conclusioni diverse – ma, come si dirà, non condivisibili – potrebbe giungersi, se si sviluppasse ulteriormente quella tendenza a "espandere" l'applicazione del principio del litisconsorzio necessario, che emerge da alcune sentenze della Suprema Corte, nelle quali si assume la necessaria partecipazione del datore di lavoro, nelle cause tra lavoratore e ente, aventi ad oggetto diritti previdenziali, al cui riconoscimento di ricollegano particolari obblighi contributivi (v. *infra*, paragrafo 9).

(15) P. CAPURSO, *La condanna alla regolarizzazione contributiva*, op. cit., pagg. 859-860, rammenta come l'orientamento giurisprudenziale che riconosceva il diritto all'accREDITAMENTO anche nel caso in cui il lavoratore avesse comunicato l'inadempiamento contributivo all'ente, e questo avesse ommesso di coltivare il recupero del proprio credito, sia stato di recente messo in discussione da pronunce di segno opposto, che in tali ipotesi hanno lasciato al lavoratore solo la via del risarcimento del danno.

La deroga al principio generale dell'art. 2116, comma 1, Cod. Civ., non sembra superata neppure dalla disciplina del Fondo di garanzia del t.f.r.: i limiti e le condizioni imposti dall'art. 3, d.lgs. n. 80 del 1992, per poter ottenere l'accredito dei contributi prescritti ⁽¹⁶⁾ non consentono, invero, di affermare il raggiungimento della piena automaticità.

Permane, così, l'interesse del lavoratore all'integrità della propria posizione previdenziale, e dunque all'effettivo pagamento dei contributi i.v.s. prima che questi si prescrivano: interesse che va riconosciuto come giudizialmente tutelabile sin dal momento nel quale detti contributi sono dovuti.

È, d'altronde, da tempo acquisito che la posizione contributiva, *rectius* previdenziale del soggetto protetto, consistente appunto nell'accredito delle anzianità utili ai fini pensionistici, costituisce un vero e proprio diritto soggettivo, tutelabile in sé, indipendentemente dalla avvenuta maturazione dei requisiti per il pensionamento ⁽¹⁷⁾.

In realtà, anche in ambito pensionistico possono essere individuate situazioni nelle quali il principio di automaticità opera pienamente, e per le quali, pertanto, va ritenuta la carenza di interesse ad agire in capo al lavoratore che voglia richiedere la condanna del datore al pagamento dei contributi.

Il riferimento è alle gestioni ex-INPDAP della Casse pensioni dei dipendenti degli enti locali, degli ufficiali giudiziari, dei sanitari e dei dipendenti dello Stato, per le quali si ritiene operante l'art. 31, l. n. 610 del 1952 (ma v. anche, per i dipendenti statali, l'art. 8, d.p.r. n. 1092 del 1973), che assicura l'utilità ai fini pensionistici dei periodi di servizio «*anche in assenza di recupero della contribuzione dovuta alle predette casse, per avvenuto decorso del termine di prescrizione*» ⁽¹⁸⁾.

6. L'interesse ad agire per la contribuzione ai Fondi di solidarietà.

Il problema dell'interesse ad agire si pone anche per la contribuzione dovuta ai Fondi di solidarietà bilaterale, per i quali la sentenza in epigrafe ritiene applicabili le stesse soluzioni riferite alle azioni promosse per i contributi pensionistici, semplicemente perché anche questa è «*contribuzione di carattere obbligatorio*».

(16) Sui quali v. D. CASALE, op. cit., pag. 122 e segg.

(17) V. ancora, ampiamente, D. CASALE, op. cit., pag. 274 e segg.

(18) Così circolare INPS n. 169 del 2017; su tale disciplina, dalla quale sono esclusi gli iscritti alla Cassa per le pensioni degli insegnanti di asilo e scuole elementari parificate, e sulle modifiche al regime di prescrizione delle contribuzioni disposto dal comma 10-bis dell'art. 9, l. n. 335 del 1995, inserito dall'art. 19, d.l. n. 4 del 2019, conv. l. n. 26 del 2019, e modificato dall'art. 11, comma 5, d.l. n. 165 del 2019, conv. l. n. 8 del 2020, mi permetto l'ulteriore rinvio a C. A. NICOLINI, *Norme in materia di prescrizione e di massimale contributivo per i dipendenti del settore pubblico*, in *Reddito di cittadinanza e pensioni: il riordino del welfare italiano*, a cura di S. GIUBBONI, Torino, 2020, pag. 205 e segg.

Tale carattere – in effetti pacifico ed oggi espressamente riconosciuto, anche per ciò che attiene al finanziamento della contribuzione correlata, dall'art. 33, comma 4, d.lgs. n. 148 del 2015 – non appare però decisivo.

Nella misura in cui detta contribuzione è destinata al finanziamento di prestazioni previdenziali, deve infatti ritenersi applicabile la regola dell'automaticità *ex* art. 2116, comma 1, Cod. Civ.⁽¹⁹⁾, dalla quale, se quanto sin qui osservato è corretto, deriva l'insussistenza dell'interesse del lavoratore ad agire nei confronti del datore.

A meno che non si applichi la deroga del citato art. 27, r.d. n. 636 del 1939.

La questione si pone in effetti proprio per la contribuzione correlata, per la quale però la soluzione è tutt'altro che certa.

L'argomento a favore dell'applicabilità della deroga, e quindi della sussistenza dell'interesse ad agire, è costituito dal rilievo che anche la contribuzione correlata, al cui finanziamento detti contributi sono finalizzati, è destinata all'incremento della posizione pensionistica.

Tuttavia, tale destinazione si realizza in forza di un meccanismo peculiare: la contribuzione correlata, invero, normalmente afferisce alla gestione pensionistica a seguito di un versamento operato dai Fondi stessi, e dunque di un trasferimento di risorse interno alle gestioni dell'INPS, analogo a quello che alimenta la contribuzione figurativa a carico della cassa integrazione, *ex* art. 6, comma 2, d.lgs. n. 148 del 2015. Con la differenza che, in questo caso, l'onere è però posto, in ultima istanza, a carico del lavoratore, che è a sua volta tenuto a versare una contribuzione al Fondo⁽²⁰⁾.

Quella posta a carico del datore, quindi, è normalmente una tipologia di contribuzione solo indirettamente destinata dalla gestione pensionistica: perciò, la sua assimilabilità alla contribuzione i.v.s. – alla quale soltanto si riferiscono sia dall'art. 27, r.d. n. 636 del 1939, sia i successivi provvedimenti, che l'hanno modificato quando la contribuzione correlata neppure esisteva – non sembra poi così sicura.

7. La giurisprudenza della Cassazione sul litisconsorzio con l'ente previdenziale.

Una volta individuate le fattispecie nelle quali il lavoratore può effettivamente richiedere, a propria tutela, la condanna del datore di lavoro (o committente) al pagamento dei contributi, acquista rilevanza la questione del litisconsorzio, sulla quale la giurisprudenza della Cassazione ha conosciuto una significativa evoluzione.

(19) Rileva come i vincoli della disponibilità finanziaria e l'imposizione del c.d. tetto aziendale, previsti dal decreto n. 148 e dalle fonti istitutive di Fondi operino su un piano diverso da quello del principio di automaticità L. SURDI, *Il sistema dei fondi di solidarietà*, in *Gli ammortizzatori sociali riformati*, Milano, 2018, pagg. 136-137.

(20) Analogo meccanismo regola la contribuzione correlata prevista dal d.m. n. 158 del 2000; sulla disciplina prevista per i fondi alternativi cui all'art. 27, d.lgs. n. 148 del 2015, v. invece il già citato art. 33 dello stesso decreto.

La tesi del litisconsorzio necessario, sostenuta dalle più risalenti sentenze sul presupposto della ricostruzione del rapporto previdenziale come «*trilatero complesso e inscindibile*», e dunque come rapporto unico a struttura plurisoggettiva ⁽²¹⁾, è stata abbandonata, quando si è realizzato che, piuttosto che «*un unico rapporto previdenziale trilatero ossia intercorrente tra datore di lavoro - assicurante, lavoratore - assicurato ed ente assicuratore*», sussistono i «*tre distinti rapporti bilaterali*» dei quali si è detto ⁽²²⁾.

È stato, infatti, il rilievo della non configurabilità di quel «*rapporto sostanziale plurilaterale*» – la cui sussistenza è considerata da molta dottrina processualistica quale presupposto necessario per applicare, in assenza di una norma espressa, l'art. 102, Cod. Civ. ⁽²³⁾ – ad aver «*impedi[to] di ravvisare il litisconsorzio necessario fra i tre soggetti ora detti, quando il lavoratore avanzi pretese di contenuto contributivo contro il datore*» ⁽²⁴⁾.

Le stesse Sezioni Unite avevano rilevato che tale controversia ha ad oggetto l'autonomo «*diritto soggettivo del [lavoratore] a che il [datore di lavoro] provveda costantemente al regolare pagamento dei contributi*»: tale «*posizione soggettiva, che non va confusa coi diritti vantati dal lavoratore contro l'ente previdenziale assicuratore*» è stata infatti ritenuta piuttosto «*assimilabile a quella, spettante al terzo, beneficiario del contratto ex art. 1411 cod. civ., nei confronti dello stipulante, una volta manifestata l'accettazione del negozio*», con una ricostruzione che, sempre secondo tale orientamento, «*trova positiva conferma nell'art. 18, quarto comma, l. 20 maggio 1979 n. 300, ove si parla di condanna del datore a versare i contributi previdenziali in favore del lavoratore*» ⁽²⁵⁾, senza nominare l'ente previdenziale.

La non riconducibilità di tale «*azione contrattuale*» ad un unico rapporto trilatero ha dunque costituito la ragione che ha portato a negare il litisconsorzio necessario con l'ente, «*con l'ulteriore conseguenza che, salvo domanda di parte, il giudice ben può pronunciarsi su questioni attinenti a rapporti di cui sia titolare l'ente previdenziale, ma soltanto in via incidentale, vale a dire senza che su quelle questioni si formi la cosa giudicata (art. 34 cod. proc. civ.)*» ⁽²⁶⁾.

(21) R. BELLÈ, *Tutela in forma specifica dell'obbligazione contributiva tra litisconsorzio e automaticità degli accrediti*, in Riv. It. Dir. Lav. 2015, II, pag. 794.

(22) Cass. 3 luglio 2004, n. 12213.

(23) C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2019, I, pag. 406, al quale si rinvia per la letteratura in materia.

(24) Così ancora Cass. n. 12213 del 2014, cit. richiamando Cass. 19 gennaio 1994, n. 169, 23 gennaio 1998, n. 1640 e 7 agosto 2000, n. 10377, nonché le pronunce a Sezioni Unite, di cui subito nel testo.

(25) Cass., Sez. Un., 17 gennaio 2003, n. 683, ord. 18 febbraio 2004, n. 3339.

(26) Così ancora Cass., Sez. Un., n. 683 del 2003.

8. L'orientamento oggi dominante.

Negli ultimi anni, tuttavia, la posizione della Suprema Corte è mutata ⁽²⁷⁾.

Si continua ad affermare il diritto del lavoratore all'integrità della propria posizione assicurativa, ribadendo come questo *«non si identifichi con il diritto spettante all'Istituto previdenziale né si configuri come una posizione di contitolarità di tale diritto e tantomeno di solidarietà attiva»* ⁽²⁸⁾.

Tale ribadita affermazione della pluralità dei rapporti viene però fortemente ridimensionata, già nel rilevare come l'interesse del lavoratore risulti *«connesso con il diritto di credito dell'Istituto, sia geneticamente, perché nasce dal medesimo fatto che a quello ha dato origine (la costituzione del rapporto di lavoro), sia funzionalmente, perché l'addebito contributivo realizza anche la soddisfazione del diritto alla posizione assicurativa»*.

Quindi, si assume la necessità che *«entrambi»* i soggetti coinvolti – e cioè datore (o committente) / debitore ed ente creditore – vengano convenuti in giudizio, giacché si reputa *«esclusa (...) la possibilità per il lavoratore di agire per ottenere una condanna del datore al pagamento dei contributi nei confronti dell'INPS che non sia stato chiamato in causa, stante la generale esclusione dei provvedimenti nei confronti di terzo ed il carattere eccezionale della condanna c.d. a favore di terzo»*.

La concezione della pluralità dei rapporti risulta poi contraddetta, quando si passa a ragionare in termini di rapporto unitario a struttura plurisoggettiva: e cioè si afferma che *«il processo deve svolgersi tra tutti coloro che sono parti del rapporto sostanziale dedotto, i quali hanno diritto ad interloquire sulle questioni che li riguardano (art. 24 Cost.), e il provvedimento che definisce il processo fa stato solo nei confronti delle parti e loro aventi causa, mentre solo in alcuni casi eccezionali»* – che la Corte ravvisa nell'art. 18 Stat. Lav. – ciò non sarebbe richiesto ⁽²⁹⁾.

Sulla struttura delle posizioni sostanziali coinvolte (uno o più rapporti?) non viene fatta maggior chiarezza dalla sentenza in commento, la quale, nel ribadire l'eccezionalità della condanna a favore di terzo, pone piuttosto l'accento su *«l'obiettivo di non privare la decisione (indipendentemente dalla sua natura di condanna, di accertamento o costitutiva) dell'unitarietà connessa con l'esperimento dell'azione proposta, ossia quando, in assenza anche di uno soltanto dei soggetti*

(27) Ha assunto una posizione "intermedia" Cass. 20 gennaio 2011, n. 1242, che ha ritenuto insussistente il litisconsorzio necessario nel caso in cui il lavoratore chieda l'accertamento del rapporto di lavoro e la condanna generica del datore al pagamento dei contributi (considerando questa una controversia non previdenziale ma di lavoro), e ha invece imposto la partecipazione dell'ente al *«successivo giudizio di determinazione quantitativa del debito contributivo»* finalizzato alla *«condanna definitiva del datore al versamento»*.

(28) Cass. 15 settembre 2014, n. 19398, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, II, pag. 791 e segg., con nota di R. BELLÈ, op. cit.; in conformità si esprimono le successive, compresa quella in commento.

(29) *Ibid.*

coinvolti, la sentenza risulti inidonea a produrre un qualsiasi effetto giuridico anche nei confronti degli altri».

Si può affermare che il criterio che guida la Corte sia ormai quello dell'*utilità* della pronuncia, che secondo una parte della dottrina processualistica può imporre il litisconsorzio anche nel caso di pluralità di rapporti, quando la connessione tra questi sia particolarmente intensa ⁽³⁰⁾: si osserva invero che la condanna del datore al *facere* consistente nel versamento dei contributi, pronunciata in assenza dell'ente, «*oltre a non essere in alcun modo direttamente utile per il lavoratore, non avrebbe effetto alcuno nei confronti dell'ente previdenziale, stante l'indisponibilità delle obbligazioni contributive e l'indiscutibile terzietà dell'ente previdenziale medesimo, che gli renderebbe inopponibile qualsiasi giudicato*», e quindi rifiutare quello stesso versamento.

Per ciò che attiene, infine, alle conseguenze che derivano dalla sussistenza di un contraddittorio non integro, la Corte corregge le conclusioni alle quali erano giunte la sentenza del 2014 e alcune successive ⁽³¹⁾, opportunamente statuendo che, in tal caso, non si realizza un'ipotesi di inammissibilità dell'azione, ma piuttosto si impone alle parti di «ricominciare da capo», rimettendo la causa al giudice primo grado (art. 383, comma 3 Cod. Proc. Civ.) che dovrà ordinare l'integrazione del contraddittorio.

9. Quando si predica il litisconsorzio necessario anche per il datore di lavoro.

La sentenza in commento si pone dichiaratamente sulla scia della precedente che, a Sezioni unite, ha ravvisato la sussistenza di un litisconsorzio necessario anche nella causa promossa per la costituzione di rendita vitalizia *ex art. 13, l. n. 1338 del 1962* ⁽³²⁾.

In quel caso, però, l'attenzione si è concentrata non sull'INPS, ma sul datore / committente inadempiente, qualificato anch'esso come parte necessaria, in un processo nel quale il lavoratore aveva chiesto all'Istituto la costituzione della rendita ai sensi del quinto comma di detto articolo, che gli consente di «*sostituirsi*» al suddetto datore / committente, versando direttamente la riserva matematica.

Non convince, però, la motivazione della sentenza, per la quale i rapporti giuridici coinvolti devono «*essere considerati, non disaggregati, bensì nel loro insieme*»,

(30) Per i riferimenti v., a commento della sentenza n. 3678 del 2009, di cui al successivo paragrafo, T. ERBOLI, *Danno pensionistico e risarcimento in forma specifica: chiarimenti delle Sezioni Unite*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2009, pag. 1113, in particolare nota 18.

(31) In tal senso v. anche Cass. 30 maggio 2019, n. 14853.

(32) Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2009, n. 3678, in *Arg. Dir. Lav.*, 2009, pag. 1102, con nota di T. ERBOLI, op. cit., e in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, II, pag. 750, con nota di A. RAFFI, *Per un «giusto processo»: un revirement delle Sezioni Unite sulla costituzione di rendita vitalizia ex art. 13 della l. n. 1338/1962*.

omettendo di chiarire se «*detti rapporti debbono essere valutati alla stregua di un rapporto comune a più parti o, comunque, di [più] rapporti la cui definizione dell'uno presuppone e è indispensabile a quella dell'altro*».

E soprattutto non sembra che il criterio dell'utilità, fatto proprio dalla pronuncia in epigrafe, sia nella specie invocabile: una volta che, soddisfatti gli oneri probatori imposti dall'art. 13, comma 5, della legge n. 1332, al lavoratore sia consentito di versare l'importo della riserva matematica, la sentenza a tal fine ottenuta nei confronti dell'INPS sembra assicurare pienamente l'effetto richiesto, consistente nella ri-costituzione, all'esito di detto versamento, di quella personale posizione previdenziale, che la prescrizione dell'obbligo contributivo inadempito aveva impedito ⁽³³⁾.

Sembra dunque di poter affermare che, anche a voler seguire quanto indicato dalla sentenza in epigrafe, che svaluta il problema dell'alternativa tra unicità e pluralità dei rapporti, per concentrarsi sull'utilità della sentenza nei confronti dei partecipanti al giudizio, sia difficile affermare il litisconsorzio necessario con il datore / committente.

Tant'è che, per giungere a tale conclusione, le Sezioni Unite finiscono per fondare la decisione non solo (e non tanto) sull'art. 102 Cod. Proc. Civ, quanto piuttosto sull'art. 2900, comma 2, Cod. Civ.: e cioè sulla norma che espressamente impone al creditore che agisce in surrogatoria di citare in giudizio anche il debitore al quale intende surrogarsi, e della quale la sentenza afferma l'applicabilità, ritenendo di poter configurare nell'art. 13, comma 5, l. n. 1338 del 1962, un'ipotesi di surrogazione *ex lege*.

Senonché, c'è da dubitare anche dell'applicabilità della norma codicistica, che consente al creditore di «*esercitare i diritti e le azioni che spettano verso i terzi al proprio debitore*», e quindi di porre in essere un'azione volta alla reintegra del patrimonio di questo in funzione della conservazione della garanzia patrimoniale: ben diversa, quindi, sembra la fattispecie esaminata, nella quale il lavoratore si surroga solo per *pagare un debito* del datore / committente inadempiente.

Nella giurisprudenza della Cassazione, dunque, il *favor* per il litisconsorzio necessario sembra “attrarre” con poca giustificazione anche il datore / committente debitore dei contributi; e giunge a coinvolgere tipologie di contenzioso nelle quali

(33) La difficoltà per il lavoratore che agisce nei confronti nell'INPS sta piuttosto nell'onere, imposto dalla norma, di provare di non aver potuto ottenere della rendita dal datore di lavoro: su tale profilo si era concentrata l'ordinanza della Sezione lavoro, che aveva rimesso la questione alle Sezioni unite, rilevando come l'orientamento che richiedeva all'interessato l'esperimento di una preventiva, infruttuosa azione verso il datore, rendesse detto onere particolarmente gravoso. Le Sezioni Unite, dopo aver affermato che la preoccupazione era infondata, hanno, per così dire, risolto la questione in modo “indiretta”, affermando appunto il litisconsorzio necessario.

risulta difficile applicare l'art. 102 Cod. Proc. Civ., anche sulla base dei criteri indicati dalla sentenza in commento.

In tale prospettiva, è stato acutamente segnalato che la Corte giunge a configurare un litisconsorzio necessario, anche in fattispecie nelle quali dal riconoscimento del diritto alla prestazione previdenziale semplicemente derivi, in capo al datore, un obbligo di contribuzione addizionale o aggiuntiva ⁽³⁴⁾: così, in materia di benefici combattentistici, si afferma che nella controversia instaurata dal lavoratore per ottenere «*un aumento fittizio di anzianità contributiva (...) sia al fine del compimento dell'anzianità necessaria per conseguire il diritto a pensione, sia ai fini della quantificazione della pensione stessa, il contraddittore principale è l'ente previdenziale, ma il datore di lavoro è parte necessaria (...) in quanto è interessato a contrastare la suddetta pretesa, essendo tenuto a versare all'ente previdenziale il "corrispettivo in valore capitale dei benefici" in argomento*» ⁽³⁵⁾.

Non si comprende, però, per quale ragione, in una causa che ha, quale oggetto esclusivo, le prestazioni, e dunque il rapporto previdenziale, tale posizione di mero «*interessato*» darebbe luogo a un litisconsorzio necessario, e non solo facoltativo ⁽³⁶⁾.

Si aggiunga che anche all'aumento figurativo dell'anzianità ai fini pensionistici deve considerarsi applicabile l'automaticità delle prestazioni, con l'unico problema – simile a quello già segnalato per la contribuzione ai Fondi di solidarietà – di stabilire se il beneficio possa essere o meno pregiudicato dall'eventuale prescrizione dell'onere contributivo, ex art. 27, r.d.l. n. 636 del 1939. Tuttavia, la soluzione di tale problema attiene alla fondatezza della pretesa del lavoratore, cosicché la sentenza resa solo nei confronti suoi e dell'ente – sia essa di accoglimento o di rigetto – sarà comunque efficace e “utile” tra di loro, anche quando il datore di lavoro sia rimasto fuori dal processo.

10. Le questioni irrisolte e la prospettiva del litisconsorzio “scomodo”.

Gli orientamenti dei quali si è dato conto evocano questioni di diritto sostanziale e processuale, che per la loro complessità non possono essere affrontate esaurientemente in questa sede.

Sembra tuttavia utile segnalare alcuni profili di criticità.

Innanzitutto, per ciò che attiene alla definizione della struttura delle posizioni sostanziali coinvolte nei contenziosi, emerge come, in più di un caso, all'interno delle stesse sentenze si ragioni in termini sia di rapporto unico che di pluralità di rapporti. È perciò auspicabile, già sotto tale profilo, una maggiore chiarezza:

(34) P. CAPURSO, *La condanna alla regolarizzazione contributiva*, op. cit., pag. 862.

(35) Cass. 5 ottobre 2020, n. 21299, con richiamo di precedenti conformi.

(36) Così anche R. BELLÈ, op. cit., pag. 802, con riferimento alle cause connesse all'imposizione della «*supercontribuzione amianto*».

l'affermazione di una "sostanza" contemporaneamente "una e trina", infatti, non contribuisce certo a spiegare i rapporti intercorrenti tra datore / committente, lavoratore e ente previdenziale.

Si pone altresì l'esigenza di definire in maniera chiara un criterio che – nell'eterogeneo panorama delle controversie nelle quali si deducono diritti previdenziali e obblighi contributivi – consenta di distinguere con certezza litisconsorzio necessario e facoltativo.

Non vanno infine trascurati gli effetti che, nella concreta gestione del contenzioso, è suscettibile di realizzare il favore che a tutt'oggi la Suprema Corte dimostra per il litisconsorzio necessario, e che, a ben vedere, evidenzia soprattutto la preoccupazione di assicurare la compresenza nel processo dell'ente creditore e del debitore dei contributi ⁽³⁷⁾.

Per ciò che attiene, in particolare, alle cause promosse dal lavoratore per ottenere la condanna al versamento dei contributi, l'impressione è che l'orientamento fatto proprio dalla sentenza in epigrafe introduca un notevole appesantimento del contenzioso.

Molti processi pendenti da anni dovranno infatti ripartire dal primo grado e, dunque, ricominciare da capo, all'esito dell'integrazione del contraddittorio con l'ente.

Tuttavia, se questo nel frattempo non risulterà aver posto in essere atti interruttivi, la causa dovrà concludersi con una declaratoria di avvenuta prescrizione del credito contributivo: non può invero condividersi – né, giustamente, la Cassazione mostra di condividere – la tesi che, con il litisconsorzio necessario, riafferma anche la sostanziale "unitarietà" dei rapporti coinvolti, che consentirebbe di attribuire all'azione del lavoratore un effetto interruttivo ⁽³⁸⁾.

C'è poi da chiarire entro quali limiti le cause pendenti vanno rimesse in primo grado.

Sembra infatti di dover prevedere una rimessione totale, nei soli casi in cui si controverta esclusivamente di condanna al versamento di contributi e di effetti sul rapporto previdenziale, come nella fattispecie decisa dalla sentenza in commento. Se invece, come il più delle volte accade, la domanda relativa ai contributi

(37) Per converso, la Cassazione rimane infatti ferma nell'escludere il litisconsorzio necessario nei confronti del lavoratore, nelle cause aventi ad oggetto le obbligazioni contributive del datore/committente, pur destinate ad alimentare la sua posizione previdenziale e, dunque ad incidere su un suo "interesse": cfr. da ultimo, in fattispecie relativa alla contribuzione dovuta dall'imprenditore agricolo per propri familiari: Cass. 23 settembre 2020, n. 19983.

(38) R. BELLÈ, op. cit., pag. 797. L'unico effetto che il lavoratore può realizzare sulla prescrizione è infatti quello di provocare – per le sole contribuzioni di pertinenza delle gestioni pensionistiche, – l'allungamento del termine a 10 anni mediante denuncia all'ente (art. 3, comma 9, l. n. 335 del 1995): tale denuncia può essere costituita anche dalla notifica all'ente stesso del ricorso o dell'atto di integrazione del contraddittorio, sempre che, però, questa intervenga prima del decorso del termine quinquennale.

si accompagna ad altre, aventi ad oggetto le retribuzioni e altri diritti derivanti dal rapporto di lavoro, per le quali il litisconsorzio necessario con l'ente non sussiste, si dovrà procedere ad una separazione, e rimettere al Tribunale solo la prima: in tale ipotesi, invero, si è di fronte ad un cumulo per connessione di domande tra loro scindibili ⁽³⁹⁾.

Ma l'orientamento fatto proprio dalla sentenza in epigrafe è suscettibile di aggravare il contenzioso anche sotto altro profilo.

Nelle cause tra lavoratore e datore di lavoro, la presenza dell'ente è spesso "scomoda" anche per il primo, giacché limita le possibilità di conciliazione: quand'anche, infatti, si giungesse ad un accordo transattivo sulle competenze rivendicate dal dipendente, questo non esplicherebbe efficacia alcuna nei confronti dell'ente ⁽⁴⁰⁾, che dovrebbe proseguire la causa per la propria pretesa contributiva, per far accertare l'eventuale sussistenza di una retribuzione imponibile maggiore di quella risultante dalla transazione.

Tale prospettiva evidentemente limita l'interesse del datore di lavoro ad una conciliazione che, comunque, non impedirebbe la prosecuzione del processo: insomma, ogni avvocato giuslavorista sa bene che, quando alla causa partecipa anche l'ente, normalmente non si concilia.

Il problema dell'integrazione contraddittoria sembra infine porsi anche per le cause di licenziamento nelle quali si discuta di reintegra.

Se, infatti, si parte dal presupposto che quella al versamento dei contributi costituisce condanna a favore di terzo, che solo eccezionalmente e in presenza di espressa deroga può essere pronunciata in assenza di questo, diventa discutibile l'affermazione della Suprema Corte, che individua tale eccezione nell'art. 18 Stat. lav., ovvero negli artt. 2 e 3, d.lgs. n. 21 del 2015: in quelle norme, infatti, si prevede espressamente la condanna a pagare i contributi, ma di eccezione alla regola non sembra vi sia traccia ⁽⁴¹⁾.

(39) R. BELLÈ, op. cit., pag. 798.

(40) Cass. 19 giugno 2020, n. 12035

(41) Donde anche i dubbi di P. CAPURSO, op. cit., pag. 863, il quale ricorda come proprio dalla qualificazione della condanna al pagamento dei contributi come condanna a favore di terzo la necessaria partecipazione al giudizio venga evocata da A. PROTO PISANI, *Giudizio di legittimità dell'impugnazione dei licenziamenti*, in *Foro It.*, 1990, V, col. 364.

Cass., Sez. Lav., 18 settembre 2020, n. 19618 – Pres. Tria – Est. Di Paolantonio – C.F. c. Min. Istruzione Università Ricerca e Istituto professionale di Stato per i Servizi

Rapporto di lavoro – Ostensione in aula del Crocifisso – Docente di scuola pubblica superiore – Rimozione in autotutela – Illecito disciplinare – Libertà di insegnamento – Divieto di discriminazione su base religiosa – Dubbio di compatibilità – Trasmissione al Primo Presidente della S.C.

La determinazione scolastica del dirigente scolastico, di recepimento di deliberazioni degli organi collegiali dell'istituto, che imponga la presenza del Crocifisso in aula anche durante le ore di lezione del docente dissenziente, potrebbe porsi in contrasto con il principio della libertà di insegnamento e il divieto di discriminazione su base religiosa: si tratta di questione di massima di particolare importanza, ed è perciò trasmessa al Primo Presidente della Corte di Cassazione per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite.

FATTO

(Omissis)

1. la Corte d'appello di Perugia ha respinto l'appello proposto da C.F., docente di ruolo di materie letterarie, avverso la sentenza del Tribunale della stessa sede che aveva ritenuto legittima la sanzione disciplinare della sospensione dall'insegnamento per trenta giorni, inflitta al C. dall'Ufficio Scolastico Provinciale il 16 febbraio 2009, ed aveva escluso il carattere discriminatorio della condotta tenuta dal dirigente scolastico, il quale aveva imposto a tutti i docenti di attenersi al deliberato dell'assemblea degli studenti e, quindi, di consentire che nell'aula assegnata alla classe (omissis) dell'Istituto professionale di Stato "Alessandro Casagrande" rimanesse affisso durante lo svolgimento delle lezioni un crocifisso;

(Omissis)

11. occorre premettere che l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche non è imposta da disposizioni di legge ma solo da regolamenti, risalenti nel tempo, applicabili alle scuole medie inferiori, per le quali l'art. 118, R.D. n. 965 del 1924 prevedeva che "ogni istituto ha la bandiera nazionale; ogni aula, l'immagine del Crocifisso e il ritratto del Re", ed alle scuole elementari, i cui arredi erano elencati nella tabella C allegata al R.D. n. 1297 del 1928, richiamata dall'art. 119 del regolamento;

(Omissis)

11.2. il Consiglio di Stato, dapprima in sede consultiva e poi in sede giurisdizionale (C.d.S. II parere n. 63/1988; C.d.S. VI n. 556/2006), oltre ad escludere che le disposizioni regolamentari in parola siano state abrogate dalla legislazione sopravvenuta per incompatibilità con la stessa (questo aspetto, peraltro, non è determinante nella fattispecie giacché la vicenda interessa un istituto di scuola media superiore) ha anche affermato, ed è il principio che specificamente rileva in questa sede, che il crocifisso, a seconda del luogo nel quale è esposto, può assumere significati diversi ed in ambito scolastico può svolgere una funzione simbolica educativa nei confronti degli alunni, credenti e non credenti, perché richiama valori laici, quantunque di origine religiosa, quali sono quelli della tolleranza, del rispetto reciproco, della valorizzazione della persona, con la conseguenza che la sua esposizione non assume un significato discriminatorio sotto il profilo religioso né la decisione delle autorità scolastiche di tenere esposto il simbolo si pone in contrasto con il principio della necessaria laicità dello Stato;

11.3. le conclusioni alle quali la giurisprudenza amministrativa è pervenuta non sono state condivise da questa Corte che, sia pure pronunciando in fattispecie nella quale veniva in rilievo l'utilizzo dell'aula scolastica per lo svolgimento delle operazioni elettorali, ha ritenuto quelle disposizioni regolamentari frutto del principio, sancito dall'art. 1 dello statuto albertino, della religione cattolica come unica religione dello Stato, ed ha posto l'accento sulla natura esclusivamente religiosa del simbolo nonché sulla impossibilità di giustificare, attraverso il richiamo alla coscienza sociale, una scelta che si pone in contrasto con l'art. 3 Cost. in quanto, disponendo l'esposizione del solo crocifisso, viola il divieto di "discipline differenziate in base a determinati elementi distintivi, tra i quali sta per l'appunto la religione" (Cass. Pen. IV n. 4273/2000 che richiama Corte Cost. n. 329/1997); 11.4. le Sezioni Unite che, pronunciando in sede di regolamento di giurisdizione, avevano evidenziato il valore escatologico e di simbolo fondamentale della religione cristiana del crocifisso (Cass. SS.UU. n. 15614/2006), di quel valore non hanno dubitato nell'affrontare la diversa questione dell'esposizione del simbolo nelle aule giudiziarie ed hanno escluso, in quel caso, che fosse stata lesa la libertà religiosa del magistrato, incolpato di avere illegittimamente rifiutato di esercitare la giurisdizione, non perché in assoluto non si potesse ravvisare nell'ostensione una lesione di diritti soggettivi inviolabili ed una violazione del principio di laicità dello Stato, bensì perché in quella fattispecie la contestazione si riferiva ad un rifiuto opposto nonostante che fosse stata messa a disposizione del magistrato, per lo svolgimento della funzione sua propria, un'aula dalla quale il simbolo era stato rimosso (Cass. SS.UU. n. 5924/2011);

11.5. le argomentazioni svolte dalle Sezioni Unite nella decisione da ultimo citata, che erroneamente la Corte territoriale ha ritenuto di poter richiamare nella sentenza qui gravata, attengono alla pretesa fatta valere dall'incolpato di veder rimuovere il crocifisso da tutte le aule dell'ufficio giudiziario nonché a quella di esposizione di un simbolo rappresentativo di un diverso credo religioso, e, quindi, non appaiono risolutive in questa sede nella quale, invece, viene in rilievo la condotta del docente che non ha rifiutato la prestazione, bensì ha ritenuto legittimo esercizio del potere di autotutela, fondato sulla lesione del suo diritto di libertà religiosa, la momentanea rimozione del simbolo dall'aula nella quale era chiamato a svolgere la sua attività di insegnamento;

11.6. il ricorso prospetta una questione sulla quale le Sezioni Unite non hanno avuto modo di pronunciare perché, in ragione del contenuto dell'incolpazione, hanno ritenuto inammissibili le censure inerenti la tutela di diritti inviolabili della persona, rilevando che solo qualora fosse stato imposto al magistrato "di esercitare la giurisdizione sotto la tutela simbolica del crocifisso, ciò poteva mettere in discussione il suo diritto soggettivo di libertà religiosa e di opinione";

11.7. sul significato da attribuire all'ostensione del crocifisso nelle aule scolastiche è intervenuta la Corte EDU che, con la sentenza della Grande Camera del 18 marzo 2011, *Lautsi ed altri contro Italia*, ribaltando le conclusioni alle quali era pervenuta una Camera della stessa Corte, dopo aver dato atto del valore religioso del simbolo nonché delle posizioni divergenti assunte in proposito dal Consiglio di Stato e dalla Corte di Cassazione (punto 68 della pronuncia), ha escluso la denunciata violazione dell'art. 9 della Convenzione perché dalla sola esposizione di un "simbolo essenzialmente passivo" non deriva la violazione del principio di neutralità dello Stato ed all'ostensione, che deve essere "relativizzata", non può essere riconosciuta un'influenza sull'educazione degli allievi paragonabile a quella di un discorso didattico o della partecipazione ad attività religiose allorquando lo stesso Stato non assuma alcun comportamento intollerante nei confronti di alunni che aderiscano ad altri credi religiosi;

11.8. queste argomentazioni sono state fatte proprie dalla Corte territoriale, sebbene la fattispecie non sia in tutto sovrapponibile a quella valutata dalla Corte di Strasburgo perché, come evidenzia il ricorrente, in questo caso viene in rilievo il valore del simbolo in relazione non all'utente del servizio bensì al soggetto che è chiamato a svolgere la funzione educativa, di talché si potrebbe dubitare dell'asserito "ruolo passivo" qualora all'esposizione del simbolo si attri-

buisse il significato di evidenziare uno stretto collegamento fra la funzione esercitata ed i valori fondanti il credo religioso che quel simbolo richiama;

11.9. in tal caso, infatti, il docente della scuola pubblica, non confessionale, potrebbe fondatamente sostenere che quel collegamento si pone in contrasto con il principio di laicità dello Stato, inteso "non come indifferenza di fronte all'esperienza religiosa, bensì come tutela del pluralismo, a sostegno della massima espansione della libertà di tutti, secondo criteri di imparzialità" (Corte Cost. n. 67/2017) e ravvisare nell'esposizione del simbolo una lesione della sua libertà di coscienza e di religione, minata dal richiamo di valori propri di un determinato credo religioso a fondamento dell'attività pubblica prestata;

12. la risposta da dare all'interrogativo posto nei punti che precedono incide anche sull'ulteriore questione che il ricorso pone della denunciata violazione della disciplina dettata in tema di discriminazioni dal D.L.vo n. 216 del 2003, emanato in attuazione della direttiva 2000/78/CE, disciplina che la Corte territoriale ha ritenuto non violata valorizzando la circostanza che gli atti adottati dal dirigente scolastico, sulla base della volontà espressa dall'assemblea di classe, si riferissero indistintamente a tutti i docenti, e, quindi, non operassero alcuna disparità di trattamento fondata sul credo religioso;

12.1. la sentenza impugnata non affronta la questione della configurabilità nella fattispecie di una discriminazione indiretta, rispetto alla quale rilevano i principi affermati dalla Corte di Giustizia nelle recenti sentenze del 14 marzo 2017 in cause C- 157/15, Achbita, e C- 188/15, Buouagnaoui, con le quali, in relazione al divieto imposto dal datore di lavoro di indossare simboli identificativi dell'adesione ad un credo religioso, la Corte ha, da un lato, escluso che il divieto stesso, in quanto riferito indifferentemente a tutti i prestatori, possa costituire una discriminazione diretta, ma, dall'altro, ha ritenuto che l'atto possa integrare una discriminazione indiretta qualora determini "un particolare svantaggio per le persone che aderiscono ad una determinata religione o ideologia" rispetto ai lavoratori che a detta religione o ideologia non aderiscono, ed ha precisato che in tal caso, affinché possa dirsi giustificata una restrizione della libertà religiosa, è necessario che ricorra una finalità legittima e che i mezzi impiegati per il perseguimento di detta finalità siano appropriati e necessari;

12.2. sebbene la fattispecie che qui viene in rilievo non sia sovrapponibile a quella esaminata dal giudice Eurounitario, tuttavia si potrebbe sostenere che l'esposizione del crocifisso, sempre che alla stessa si ricollegli il particolare significato di cui si è discusso - nei punti che precedono, pone il docente non credente o aderente ad un credo religioso diverso da quello cattolico, in una situazione di svantaggio rispetto all'insegnante che a quel credo aderisce, perché solo il primo si vede costretto a svolgere l'attività di insegnamento in nome di valori non condivisi, con conseguente lesione di quella libertà di coscienza che il datore di lavoro è tenuto a salvaguardare ogniquale volta la prestazione possa essere utilmente resa con modalità diverse, che quella libertà garantiscano;

12.3. dalla astratta configurabilità di una discriminazione indiretta, sulla cui ricorrenza la Corte territoriale non si è interrogata, discende l'ulteriore questione della valutazione sulla sussistenza o meno di una finalità legittima che giustifichi la compressione del diritto di libertà religiosa del docente, questione che nella fattispecie si ricollega a quella indicata in premessa, perché porta ad interrogarsi sulla possibilità di comprimere il diritto dell'insegnante valorizzando la volontà manifestata dall'assemblea di classe e, quindi, dando prevalenza al rispetto della coscienza degli alunni, espressamente tutelata dall'art. 2, D.L.vo n. 297 del 1994;

12.4. in tal senso si rinvencono precedenti nella giurisprudenza amministrativa (TAR Brescia n. 603/2006) ed è questa la soluzione adottata in altro ordinamento dell'unione Europea (Legge Bavarese 23 dicembre 1995, art. 7) che, appunto, in ragione delle caratteristiche proprie della comunità scolastica, ha ritenuto di dover valorizzare, quanto all'esposizione di simboli religiosi, la volontà espressa dalla maggioranza degli alunni, dei genitori e del personale docente;

12.5. a questa tesi, però, si potrebbe obiettare che la soluzione finisce per porsi in contrasto con i principi affermati dalla Corte Costituzionale secondo cui in materia di religione nessun rilievo può essere attribuito al criterio quantitativo, perché si impone la "pari protezione della coscienza di ciascuna persona che si riconosce in una fede, quale che sia la confessione religiosa di appartenenza" (Corte Cost. n. 440/1995 richiamata da Corte Cost. n. 329/1997), con la conseguenza che il conflitto fra la volontà espressa dagli alunni e quella del docente che nel simbolo non si riconosce, andrebbe risolto valorizzando il principio della laicità dello Stato, da intendere nei termini sopra indicati, che implica l'impossibilità di operare discriminazioni fra le diverse fedi e fra credenti e non credenti;

12.6. d'altro canto, e l'interrogativo rileva anche ai fini dell'indagine che il diritto antidiscriminatorio richiede sull'appropriatezza del mezzo utilizzato rispetto alla finalità perseguita, ci si può chiedere se, a fronte della volontà manifestata dalla maggioranza degli alunni e dell'opposta esigenza resa esplicita dal docente, l'esposizione del simbolo fosse comunque necessaria o se non si potesse realizzare una mediazione fra le libertà in conflitto, consentendo, in nome del pluralismo, proprio quella condotta di rimozione momentanea del simbolo della cui legittimità qui si discute, posta in essere dal ricorrente sull'assunto che la stessa costituisse un legittimo esercizio del potere di autotutela;

13. in via conclusiva ritiene il Collegio che, in ragione della natura dei diritti che vengono in rilievo, le questioni poste dal ricorso possano essere ricondotte a quelle "di massima di particolare importanza" di cui all'art. 374 comma 2, c.p.c., e che sia pertanto opportuna la trasmissione degli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite. (*Omissis*)

MARCO FERRARESI

Professore associato nell'Università di Pavia

IL CROCIFISSO NELL'AULA SCOLASTICA È IDONEO A DISCRIMINARE IL DOCENTE NON CATTOLICO?

SOMMARIO: 1. Ricostruzione della vicenda processuale. La proposta di rimessione alle Sezioni Unite. 2. La disciplina dell'esposizione del Crocifisso nelle scuole (superiori): gli studenti sono solo "utenti" di un servizio pubblico?. 3. L'inerenza della sentenza europea Lautsi al caso in commento. 4. L'ostensione dei simboli religiosi alla stregua dei divieti di discriminazione nei rapporti di lavoro.

1. Ricostruzione della vicenda processuale. La proposta di rimessione alle Sezioni Unite. Il provvedimento in esame pone la questione, parzialmente inedita ⁽¹⁾, dell'idoneità discriminatoria, sotto il profilo religioso o anche delle convinzioni per-

(1) Le questioni di diritto discriminatorio, infatti, sono state sinora meglio approfondite con riguardo al porto di simboli e indumenti religiosi da parte dei lavoratori: in tema cfr. di recente, *ex multis*, E. TARQUINI, *Il velo, il mercato, il corpo delle donne. La giurisprudenza di fronte al divieto di vestizione del velo islamico*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2018, 1; V. NUZZO, *Verso una società multiculturale. Gli inediti conflitti tra la libertà di vestirsi secondo la propria fede e l'interesse datoriale al profitto*, in *WP C.S.D.L.E.* "Massi-

sonali ⁽²⁾, dell'esposizione del Crocifisso nell'aula di lezione per l'insegnante di scuola pubblica (nel caso di specie, superiore ⁽³⁾). L'ordinanza interlocutoria della Suprema Corte ⁽⁴⁾ è emessa all'esito di una complessa vicenda processuale, che qui si ricostruisce nei termini essenziali.

Il ricorrente, docente in materie letterarie presso un istituto professionale statale, svolge le lezioni in un'aula scolastica ove è affisso il Crocifisso, posizionato per determinazione del dirigente scolastico in base alla richiesta di alcuni studenti della classe, cui l'aula medesima è assegnata. L'insegnante, per ragioni inerenti al principio di laicità dello Stato, alla libertà di insegnamento e alle proprie convinzioni in materia religiosa (ateistiche), rifiuta di esercitare le proprie funzioni in presenza del simbolo religioso, rimuovendolo, in autotutela ⁽⁵⁾, all'inizio della lezione e ripristinandolo al termine di essa. Il dirigente ordina tuttavia la prosecuzione delle lezioni senza alterazione dello stato dei luoghi, dunque in presenza del Crocifisso, anche in virtù delle deliberazioni successivamente espresse dall'assemblea degli studenti della classe, dal consiglio di classe e dal consiglio d'istituto, tutte favorevoli all'esposizione del simbolo. Persistendo l'inadempimento, il docente è sanzionato sul piano disciplinare con la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione per trenta giorni, pure in considerazione delle parole offensive proferite contro il dirigente scolastico ⁽⁶⁾.

mo D'Antona".IT, 324/2017; M. RANIERI, *L'abbigliamento nei luoghi di lavoro: dalla tuta blu al velo usa e getta*, in A. VISCOMI (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Napoli, 2011, pag. 259 e segg.; e, come si dirà soprattutto *sub 2*, in relazione alle posizioni giuridiche soggettive degli operatori di seggio e degli alunni e dei genitori che fruiscono della scuola pubblica.

(2) Per la contiguità di questi due fattori, v. M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convizioni personali*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio - Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007, pag. 43 e segg.

(3) Come si dirà *sub 2.*, si tratta di un profilo rilevante per la disciplina applicabile.

(4) V. anche in *foroitaliano.it*, 21 settembre 2020, con commento di G. DE MARZO, *Alle Sezioni Unite la questione del crocifisso nelle aule di una scuola superiore*; in *ilgiuslavorista.it*, 5 ottobre 2020, con commento di F. SICCARDI, *Sanzionato disciplinarmente il docente che rimuove il crocifisso dall'aula: discriminazione? La questione alle Sezioni Unite*; in *centrostudiliviatino.it*, 30 ottobre 2020, con commento di A. SALVI, *Il Crocifisso al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione*.

(5) La cui legittimità andrebbe peraltro riguardata anche alla luce delle peculiarità dell'impiego pubblico: cfr. V. FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato - Eccezione di inadempimento, rifiuto di obbedienza, azione diretta individuale*, Torino, 2004, pag. 295 e segg.

(6) Cfr. l'atto di irrogazione della sanzione del 12 febbraio 2009, in conformità al parere espresso dal Consiglio di disciplina del Consiglio nazionale della pubblica istruzione, reperibile nell'archivio del sito dell'Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose, *www.olir.it*. Il parere, alle cui motivazioni l'atto sanzionatorio si richiama, rileva come il docente sia "venuto coscientemente meno all'obbligo di rapportarsi con gli organi collegiali al fine del raggiungimento di condivisi obiettivi" e che "il gesto di «togliere e mettere» il crocifisso, legandolo all'ingresso in aula di un insegnante", fosse "non educativo in quanto non tiene conto della particolare sensibilità di soggetti in fase evolutiva, a lui affidati".

Il lavoratore impugna la sanzione ⁽⁷⁾ per contrasto con l'art. 2, d.lgs. n. 216 del 2003, ritenendola in particolare discriminatoria sulla base della religione per la disparità di trattamento, venutasi a creare, tra prestatori diversamente credenti. Il Tribunale di Terni in composizione monocratica, con ordinanza del 24 giugno 2009 ⁽⁸⁾, rigetta il ricorso per l'insussistente discriminazione diretta o indiretta. Da un lato, il dirigente si sarebbe limitato a recepire con le proprie determinazioni, nei confronti dei docenti di ogni orientamento, la volontà espressa dagli organi collegiali scolastici in una materia di rilievo culturale e religioso ⁽⁹⁾; dall'altro, così facendo non avrebbe posto alcun docente in posizione di particolare svantaggio rispetto ad altri per motivi confessionali, essendo poi le disposizioni dirigenziali finalizzate a rispettare il pensiero liberamente espresso dai componenti dell'assemblea e del consiglio di classe e d'istituto, come in definitiva sintetizzato nelle rispettive deliberazioni. Del resto, aggiunge l'ordinanza, l'invocato principio di laicità include il rispetto degli orientamenti religiosi diversi dal proprio e, parimenti, la libertà di insegnamento deve misurarsi con simile principio di tolleranza.

Rigettato il reclamo ⁽¹⁰⁾ dal tribunale, in composizione collegiale, per lo sfumare *medio tempore* delle esigenze cautelari ⁽¹¹⁾, il giudice di Terni nuovamente adito per la fase di merito respinge il ricorso del docente ⁽¹²⁾, nella sostanza con le medesime argomentazioni della prima fase cautelare, integrate da motivazioni riprese dalla pronuncia, nel frattempo intervenuta, della *Grande Chambre* della Corte europea dei diritti dell'uomo in altra nota vicenda italiana, sempre relativa

(7) Ai sensi dell'art. 4, d.lgs. n. 216 del 2003, in combinato disposto con l'art. 44, d.lgs. n. 286 del 1998 (prima delle modifiche di cui al d.lgs. n. 150 del 2011) e con l'art. 739 Cod. Proc. Civ.

(8) Pure reperibile in www.olir.it.

(9) Aggiunge la pronuncia che "il Consiglio di istituto riunitosi il 24.11.2008 esprimeva un forte dissenso e una decisa condanna al comportamento del docente perché «convinto che la scuola debba favorire il confronto, la partecipazione, il rispetto delle regole, il rispetto degli altri e la crescita consapevole delle competenze decisionali reputa che con il comportamento del docente queste siano state avviliti e mortificate». E che "con comunicato stampa del 9.12.2008 gli studenti dell'Istituto C. esprimevano «indignazione» per il gesto del prof. C. che «invece di investire in un serio e condiviso ragionamento con gli studenti della sua classe cercando di elaborare un pensiero condiviso, ha forzato con un atto unilaterale e non molto educativo»".

(10) Introdotto con ricorso *ex artt.* 4, d.lgs. n. 216 del 2003, e 44, comma 6, d.lgs. n. 286 del 1998 (antecedenti alle modifiche di cui al d.lgs. n. 150 del 2011).

(11) Si tratta di Trib. Terni, ord., 5 ottobre 2009, a quanto consta inedita, richiamata dalla sentenza del tribunale di Terni di cui *infra*. Secondo le informazioni riportate dal medesimo ricorrente, Franco Coppoli, sul *blog* dell'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (blog.uaar.it, 28 ottobre 2009), la cessazione delle esigenze cautelari è dovuta al trasferimento del docente ad altro istituto.

(12) Sentenza del Trib. Terni 29 marzo 2013, n. 122, in www.olir.it, nel giudizio introdotto *ex art.* 4, d.lgs. n. 216 del 2003 (sempre anteriore al decreto sulla semplificazione dei riti).

all'esposizione del Crocifisso in un'aula scolastica ⁽¹³⁾. Decisione per la quale, per sé, la presenza del simbolo nella scuola pubblica non pregiudica il diritto degli alunni all'istruzione, la libertà educativa dei genitori nei confronti dei figli, quella di pensiero, coscienza e religione, e non pone in essere discriminazioni su base religiosa. Alla stregua di questa sentenza, il giudice umbro in particolare rileva che, se la presenza del Crocifisso non produce per sé una indebita influenza sugli allievi, "a maggior ragione non è idonea, in quanto tale, a limitare la libertà di religione, di espressione e di insegnamento di un docente di materie letterarie, ovvero di una persona dotata di età, esperienze, maturità e formazione ben superiori a quelle di un ragazzo" (punto 3.3. della pronuncia).

Non diverso esito sortisce la causa in grado di appello ⁽¹⁴⁾. Per la Corte di Perugia l'esposizione del Crocifisso non sarebbe discriminatoria a motivo della religione, essendo l'ordine dirigenziale impartito a tutti i docenti; né lesiva di diritti inviolabili della persona, secondo la citata decisione della *Grande Chambre* della Corte Edu, che qualifica il Crocifisso nello spazio pubblico quale simbolo passivo e dal significato eminentemente culturale. Altro, poi, è tollerare la presenza di un simbolo, altro richiedere l'adesione a determinati valori o la partecipazione a pratiche religiose. Da ultimo, se sono inapplicabili alle scuole superiori gli atti regolamentari sull'arredamento delle scuole elementari e medie inferiori, ciò non impedisce una disposizione datoriale di sistemazione dei locali, che sia recettiva della volontà espressa dagli organi collegiali.

L'ordinanza interlocutoria della Sezione lavoro della Cassazione dubita invece della compatibilità, almeno parziale, dell'affissione del Crocifisso nella scuola pubblica con il principio di laicità; ritiene non dirimente il richiamo alla decisione della Grande Camera della Corte europea; sostiene la potenzialità discriminatoria dell'ostensione del simbolo nei confronti del docente dissenziente; anche considerato che, per le scuole superiori, non vigono disposizioni normative sull'esposizione del Crocifisso, reputa sussistente un problema di "bilanciamento, in ambito scolastico, fra le libertà ed i diritti tutelati rispettivamente dal d.lgs. n.

(13) Si tratta naturalmente di Corte Edu, Grande Camera, 18 marzo 2011 - Ricorso n. 30814/06 - *Lautsi e altri c. Italia* (per una versione in lingua italiana della pronuncia, a cura del ministero della giustizia, cfr. giustizia.it), resa in base all'impugnazione della decisione, di segno opposto, di Corte Edu, seconda sezione, 3 novembre 2009 - Ricorso n. 30814/06, in *Foro It.*, 2010, IV, col. 57. In senso adesivo, da ultimo, cfr. T.A.R. Sardegna, 7 giugno 2017, n. 383, in www.olir.it. È impossibile dare conto, in questa sede, del copioso dibattito dottrinale che ne è scaturito: tra le contrapposte posizioni in tema, v. ad es. N. COLAIANNI, *Il crocifisso in giro per l'Europa: da Roma a Strasburgo (e ritorno)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, novembre 2010, e F. VARI, *Note su religione e sfera pubblica tra Costituzione italiana e Convenzione europea "dei diritti dell'uomo"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 12 marzo 2012. Sul rilievo della decisione per il caso di specie, cfr. soprattutto *sub* 3.

(14) App. Perugia 19 dicembre 2014, n. 165, a quanto consta inedita.

297 del 1994, artt. 1 e 2 che, garantendo, da un lato, la libertà di insegnamento, intesa come autonomia didattica e libera espressione culturale del docente (art. 1) e, dall'altro, «il rispetto della coscienza civile e morale degli alunni» (art. 2), portano ad interrogarsi sui modi di risoluzione di un eventuale conflitto e sulla possibilità di far prevalere l'una o l'altra libertà nei casi in cui le stesse si pongano in contrasto fra loro» (punto 9. della parte in diritto).

Rileva la S.C. come sulle questioni giuridiche, che l'esposizione del simbolo solleva, divergano gli orientamenti nella giurisprudenza della Cassazione, in quella amministrativa, costituzionale ed europea.

In particolare, per la giurisprudenza amministrativa il Crocifisso può riguardarsi anche alla stregua di un simbolo che richiama valori laici, quantunque di origine religiosa, efficaci pure in generale sul piano educativo ⁽¹⁵⁾.

Secondo le pronunce della Cassazione, al contrario, il Crocifisso esposto viola il principio di eguaglianza a motivo della religione, quantomeno se il dipendente pubblico sia obbligato a svolgere le proprie funzioni in un luogo abitato dal simbolo. A tale ultimo proposito, è richiamato il precedente di legittimità relativo a magistrato rifiutatosi di celebrare le udienze per la presenza, in genere, del Crocifisso in talune aule del palazzo di giustizia: in quella circostanza le Sezioni Unite sancirono che, solo qualora fosse stato imposto al magistrato di esercitare la giurisdizione “sotto la tutela simbolica del crocifisso”, ciò avrebbe potuto pregiudicarne il diritto di libertà religiosa e di opinione. Ma, appunto, alla persona del giudice era stata offerta un'aula priva di simboli religiosi ⁽¹⁶⁾. E nel caso in commento la questione verte proprio sulla pretesa del docente di insegnare in un'aula simbolicamente neutra unicamente per il tempo delle proprie lezioni.

Non potrebbe poi dirsi pertinente il riferimento alla sentenza della Grande Camera, perché concerne la posizione degli “utenti” (cioè degli alunni) e non quella dei docenti: “in questo caso viene in rilievo il valore del simbolo in relazione non all'utente del servizio bensì al soggetto che è chiamato a svolgere la funzione educativa, di tal ché si potrebbe dubitare dell'asserito «ruolo passivo» qualora all'esposizione del simbolo si attribuisse il significato di evidenziare uno stretto collegamento fra la funzione esercitata ed i valori fondanti il credo religioso che quel simbolo richiama” (punto 11.8. della parte in diritto).

Sotto il profilo del diritto antidiscriminatorio, per la Corte si può escludere nel caso l'esistenza di una discriminazione diretta, ma non di una indiretta: “si

(15) Cfr. soprattutto Cons. Stato, sez. VI, 13 febbraio 2006, n. 556, in *Dir. Eccl.*, 2007, pag. 329, di sostanziale conferma di T.A.R. Veneto, 22 marzo 2005, n. 1110, in *Foro It.*, 2005, III, col. 329.

(16) Cfr. Cass., Sez. Un., 14 marzo 2011, n. 5924. Per la ricostruzione della complessa vicenda processuale, cfr. M. MADONNA, *Simboli e segni religiosi nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, in dialogo con le altre giurisdizioni*, in *Dir. Eccl.*, 2012, spec. pag. 619 e segg.

potrebbe sostenere che l'esposizione del crocifisso, sempre che alla stessa si ricollegli il particolare significato di cui si è discusso nei punti che precedono, pone il docente non credente o aderente ad un credo religioso diverso da quello cattolico, in una situazione di svantaggio rispetto all'insegnante che a quel credo aderisce, perché solo il primo si vede costretto a svolgere l'attività di insegnamento in nome di valori non condivisi, con conseguente lesione di quella libertà di coscienza che il datore di lavoro è tenuto a salvaguardare ogniquale volta la prestazione possa essere utilmente resa con modalità diverse, che quella libertà garantiscano" (punto 12.2. della parte in diritto).

Si dubita, da ultimo, che, in tema di simboli religiosi, sia legittima la scelta del datore pubblico di tutelare (con implicita ispirazione alla soluzione normativa bavarese) la volontà maggioritaria degli alunni espressa in seno agli organi collegiali. Il criterio democratico si arresterebbe infatti dinanzi all'esigenza di garantire i diritti inviolabili della persona: "si potrebbe obiettare che la soluzione finisce per porsi in contrasto con i principi affermati dalla Corte Costituzionale secondo cui in materia di religione nessun rilievo può essere attribuito al criterio quantitativo, perché si impone la «pari protezione della coscienza di ciascuna persona che si riconosce in una fede, quale che sia la confessione religiosa di appartenenza» (Corte Cost. n. 440 del 1995 richiamata da Corte Cost. n. 329 del 1997), con la conseguenza che il conflitto fra la volontà espressa dagli alunni e quella del docente che nel simbolo non si riconosce, andrebbe risolto valorizzando il principio della laicità dello Stato" (punto 12.5. della parte in diritto).

Il collegio ritiene in definitiva che "le questioni poste dal ricorso possano essere ricondotte a quelle «di massima di particolare importanza» di cui all'art. 374, comma 2, Cod. Proc. Civ., e che sia pertanto opportuna la trasmissione degli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite".

2. La disciplina dell'esposizione del Crocifisso nelle scuole (superiori): gli studenti sono solo "utenti" di un servizio pubblico?.

Non è questa la sede per la puntuale ricostruzione delle vicende normative inerenti all'esposizione del Crocifisso, in particolare nella scuola pubblica, e del conflitto ermeneutico che ne è scaturito: simile disamina è stata compiuta esaustivamente dalla dottrina costituzionalistica e, soprattutto, ecclesiasticistica, alla quale non si può che rimandare ⁽¹⁷⁾. Qui basti ricordare come risulti controverso ogni

(17) Cfr. ad es. C. CARDIA, *Identità religiosa e culturale europea - La questione del Crocifisso*, Torino, 2010; S. FERRARI, *I simboli religiosi nello spazio pubblico*, in *Quad. Dir. Pol. Eccles.*, 2012, pag. 317 e segg. Per la puntuale ricostruzione della normativa e della prassi amministrativa, cfr. G. CIMBALO, *Laicità dello Stato ed esposizione dei simboli religiosi negli uffici pubblici*, in *comune.bologna.it* (in precedenza, in *Forum Cost.*, 11 novembre 2003); per recenti riferimenti comparatistici, v. A. LICASTRO, "A ognuno la

profilo di regolazione dell'esposizione del simbolo: quali siano le disposizioni di riferimento; quale il rango nella disciplina delle fonti ⁽¹⁸⁾; se siano tuttora vigenti o debbano ritenersi abrogate (quantomeno implicitamente); e, per l'appunto, se siano eventualmente compatibili - e in quali ambiti - con i principi costituzionali.

Quel che è certo è che l'esposizione del Crocifisso è, essa stessa, "appesa" a dati normativi fragili, oltre che, inevitabilmente, esposti alle soggettive opzioni assiologiche degli interpreti; e che la progressiva erosione degli spazi pubblici per il simbolo cristiano - anche solo di fatto - si ricollega ai mutamenti culturali e di costume del Paese ⁽¹⁹⁾ (assai più che al multiculturalismo di immigrazione, che anzi gioca almeno parzialmente a favore della permanenza del simbolo ⁽²⁰⁾). Contro l'esposizione non prova molto, in realtà, la spesso invocata espunzione, dall'ordinamento, del principio del cattolicesimo quale sola religione dello Stato ⁽²¹⁾; rileva soprattutto che, decresciuta progressivamente l'adesione e la pratica dei contenuti della fede cattolica ⁽²²⁾, è sempre più difficile continuare a riconoscere

sua croce". Notazioni sparse in tema di ostensione istituzionale dei simboli cristiani nella sfera pubblica europea (con particolare riferimento all'art. 28 della legge francese di separazione), in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, 2018, 1.

(18) Corte cost., ord., 13 novembre 2004, n. 389, come noto ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale relativa all'esposizione del Crocifisso in ambiente scolastico, per la mancata indicazione, da parte dell'organo remittente, delle norme di rango legislativo da cui desumere l'ostensione del simbolo, in realtà rinvenientesi, nella prospettazione del giudice *a quo*, unicamente in disposizioni regolamentari, non passibili di giudizio costituzionale. Cfr. il commento di M. MADONNA, *L'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche dal caso di Ofena all'ordinanza della Corte costituzionale n. 389 del 13 dicembre 2004: brevi note su una questione ancora aperta*, in *Commenti e contributi di Olini*, I quaderno, 2005, pag. 139 e segg.

(19) Sui bisogni identitari che derivano dall'esperienza multiculturale, e sui riflessi per i rapporti di lavoro, cfr. P. BELLOCCHI, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2003, pag. 157 e segg.

(20) Sia per la presenza maggioritaria di cristiani tra gli immigrati (cfr. le elaborazioni di Fondazione Ismu, ismu.org, da ultimo in data 16 settembre 2020), sia per il *favor religionis* rivendicato anche da rappresentanti di altre confessioni (si ricordi ad es. la presa di posizione favorevole al presepe nella scuola da parte dell'imam del Centro culturale islamico della stessa città di Terni: cfr. *Gazzetta del Mezzogiorno*, 20 novembre 2018, pag. 13).

(21) Cfr. il punto 1. del Protocollo addizionale all'Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica Italiana del 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato lateranense: "Si considera non più in vigore il principio, originariamente richiamato dai Patti lateranensi, della religione cattolica come sola religione dello Stato italiano". Non si sottolinea abbastanza, sotto tale profilo, come il principio di cui all'art. 1 dello Statuto albertino non abbia impedito al parlamento sabaudo, per citare gli esempi più eclatanti, di emanare duri provvedimenti di esproprio dei beni ecclesiastici e di limitazione della vita consacrata: cfr. A. PELLICCIARI, *L'altro Risorgimento - Una guerra di Religione dimenticata*, Milano, 2000. Diversa la valutazione di C. CARDIA, *Risorgimento e religione*, Torino, 2011, pag. 129 e segg.

(22) Cfr. i rapporti Eurispes Italia, specialmente, da ultimo, del 2016, sotto il profilo del numero di coloro che si professano cattolici e, tra questi, sulla frequenza della pratica religiosa. Per i dati dell'Istat, cfr. A. CASTEGNARO, *Il declino del cattolicesimo per inerzia e la nuova terra di mezzo del credere*, relazione al convegno "La società italiana e le grandi crisi economiche 1929-2016", Roma, 25-26 novembre 2016

nel cristianesimo, e dunque nei suoi simboli, il fondamento e la sintesi dei valori oggi generalmente condivisi nell'esperienza anche giuridica: ciò che, come noto, costituisce il nocciolo degli argomenti con cui la giurisprudenza amministrativa (e, sotto un certo punto di vista, anche la sentenza resa nel caso *Lautsi*) ha sino ad oggi convalidato la presenza del Crocifisso nell'ambito pubblico. In definitiva, dall'essere (in gran maggioranza) cristiani, al non potersi non dire cristiani, al non potersi dire cristiani, il percorso è stato (sempre più) breve ⁽²³⁾.

Ciò premesso, occorre osservare come il caso in commento verta sulla presenza del simbolo nella scuola secondaria superiore, dove è appunto incerto - ma per lo più negato - se sussista un fondamento normativo della contestata ostensione, ordinata dal dirigente. Probabilmente, non si tratta di più che di risalenti circolari del ministro della pubblica istruzione ⁽²⁴⁾. Senonché, resta aperto il dibattito sul ruolo dell'autonomia scolastica e, in tale prospettiva, sulle competenze degli organi collegiali in ordine a scelte che investono, sì, l'arredamento delle aule, ma per questa via anche la cura degli ambienti in cui si svolgono le relazioni tra docenti, alunni e famiglie, e quindi pure sulla gestione dei conflitti che ne possano derivare. Ci si interroga pertanto - e si tratta di uno dei motivi di trasmissione al Primo Presidente della Corte - sulla funzione che gli organi scolastici possano rivestire nel governo del multiculturalismo nei luoghi di istruzione, dove l'aspetto religioso costituisce un momento sensibile nei rapporti non solo con la tradizione cristiana del Paese, ma anche con quelle di più recente immigrazione.

Simile competenza non pare potersi escludere in base alla legislazione scolastica ⁽²⁵⁾ e, in particolare, al tenore delle norme del testo unico: per l'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 297 del 1994, "ai docenti è garantita la libertà di insegnamento inte-

(slide reperibili su www4.istat.it). Segnali indiretti della disaffezione sono pure nel calo, seppure non drastico, di coloro che si avvalgono dell'insegnamento della religione cattolica nella scuola (cfr. i dati in irc.chiesacattolica.it) e nel trend più sensibilmente decrescente delle scelte dei contribuenti per l'otto per mille alla Chiesa cattolica (seppure nel 2019 il gettito complessivo abbia registrato una crescita; cfr. i dati in www.finanze.gov.it).

(23) Cfr. B. CROCE, *Perché non possiamo non dirci "cristiani"*, in *La Critica*, 1942, 40, pag. 289 e segg.; P. ODIFREDDI, *Perché non possiamo essere cristiani (e meno che mai cattolici)*, Milano, 2007.

(24) Cfr. ancora G. CIMBALO, *Laicità dello Stato ed esposizione dei simboli religiosi negli uffici pubblici*, in comune.bologna.it. Anche per l'ordinanza in commento "occorre premettere che l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche non è imposta da disposizioni di legge ma solo da regolamenti, risalenti nel tempo, applicabili alle scuole medie inferiori, per le quali il R.D. n. 965 del 1924, art. 118 prevedeva che «ogni istituto ha la bandiera nazionale; ogni aula, l'immagine del Crocifisso e il ritratto del Re», ed alle scuole elementari, i cui arredi erano elencati nella tabella C allegata al R.D. n. 1297 del 1928, richiamata dall'art. 119 del regolamento" (punto 11.2.); per poi specificare che dette norme, appunto, qui non rilevano, "giacché la vicenda interessa un istituto di scuola media superiore".

(25) Per l'idoneità delle disposizioni sull'autonomia scolastica alla gestione del multiculturalismo, cfr. M. PARISI, *Ateismo, neutralità dell'istruzione pubblica e pluralismo delle opzioni formative*, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 2011, spec. pag. 133 e segg.

sa come autonomia didattica e come libera espressione culturale del docente”, ma pur sempre “nel rispetto delle norme costituzionali e degli ordinamenti della scuola stabiliti dal presente testo unico”; per il comma 2, “l’esercizio di tale libertà è diretto a promuovere, attraverso un confronto aperto di posizioni culturali, la piena formazione della personalità degli alunni”; promozione, *ex art.* 2, comma 1, “attuata nel rispetto della coscienza morale e civile degli alunni”. E gli organi collegiali, *ex art.* 3, comma 1, sono istituiti “al fine di realizzare [...] la partecipazione alla gestione della scuola dando ad essa il carattere di una comunità che interagisce con la più vasta comunità sociale e civica”. Certo, queste disposizioni lasciano aperto il problema dei limiti esterni degli atti adottabili dal dirigente scolastico e dagli organi collegiali. Limiti che probabilmente dovrebbero ricavarsi da norme legali di fonte statuale (*ex art.* 117, comma 2, lett. c) e n), inerenti rispettivamente ai rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose e alle norme generali sull’istruzione): con ciò restituendoci al punto problematico di partenza. Tuttavia, senza richiamare soluzioni “alla bavarese” - proprie, invero, di un contesto non assimilabile alle vicende interne ⁽²⁶⁾ -, atti adottati coinvolgendo la comunità scolastica potrebbero favorire il contenimento, in concreto, tra le opposte posizioni culturali, seppure con equilibrio sempre provvisorio e rivedibile. E la giurisprudenza amministrativa sembra propensa ad ammettere questa soluzione ⁽²⁷⁾. Ciò potrebbe costituire una via ⁽²⁸⁾ agli atipici accomodamenti ragionevoli in materia religiosa ⁽²⁹⁾, raccomandati da una parte della dottrina anche

(26) Cfr. P. CAVANA, *Laicità e simboli religiosi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, settembre 2007, pag. 9.

(27) Come emerge dalle pronunce sul tema dell’ammissibilità delle benedizioni pasquali nei locali scolastici: cfr. T.A.R. Umbria, 30 dicembre 2005, n. 677, in *www.lexitalia.it*; Cons. Stato, sez. VI, ord. 26 marzo 1993, n. 392, in *Dir. Eccl.*, 1993, II, pag. 215, con commento di L. ZANNOTTI, *Le cerimonie religiose nella scuola pubblica*. Critica l’ammissibilità di questa soluzione J. PASQUALI CERIOLI, *Laicità dello Stato ed esposizione del crocifisso nelle strutture pubbliche*, in E. DIENI, A. FERRARI, V. PACILLO (a cura di), *I simboli religiosi tra diritto e culture*, Milano, 2006, spec. pag. 136 e segg.

(28) Oltre a quella che potrebbe essere intrapresa dalla contrattazione collettiva: cfr. M. RUSCIANO, *Il valore della diversità (culturale e di genere) nel diritto del lavoro*, in R. SANTUCCI, G. NATULLO, V. ESPOSITO, P. SARACINI (a cura di), *“Diversità” culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni*, Milano, 2009, pag. 145; U. GARGIULO, *L’identità culturale nella contrattazione collettiva sulla regolazione del tempo*, *ibidem*, pag. 306 e segg.; A. OJEDA-AVILÈS, *The collective negotiation of reasonable accommodation of the religious acts in the company*, in *Var. Temi Dir. Lav.*, 2019, pag. 1231 e segg.; in particolare di livello aziendale, secondo A. PIZZOFERRATO, *Freedom of Religion in the Workplace: the Current State of the Art*, *ibidem*, pag. 1263 e segg. Per l’opportunità di sperimentare, in tema di gestione delle diversità culturali, l’autonomia individuale assistita, cfr. R. SANTUCCI, *La work-life balance per la valorizzazione delle diversità culturali tra tempi di lavoro e di riposo nel contratto di lavoro*, in A. VISCOMI (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Napoli, 2011, pag. 180.

(29) Cioè, per riprendere i termini dell’art. 2 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, del 13 dicembre 2006 (la cui ratifica in Italia è stata autorizzata dalla l. n. 18 del 2009), “le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere spropor-

sul modello di esperienze comparate⁽³⁰⁾, qui nel più ampio quadro della libertà religiosa che va particolarmente garantita nelle c.d. comunità segreganti⁽³¹⁾. È appena il caso di evidenziare come il diritto all'accomodamento non possa integrare la pretesa all'integrale prevalenza dell'opzione ideologica del singolo a scapito della collettività di riferimento. Il docente della scuola superiore potrà dunque essere chiamato ad accettare che, in una delle possibili aule di lezione, sia esposto un simbolo religioso, senza poter opporre la presunta maggiore oggettività di un ambiente neutro (cioè vuoto), in vero espressione di una precisa accezione della laicità delle istituzioni pubbliche⁽³²⁾.

Ma se si concepisce la scuola come comunità e formazione sociale, *ex art. 2 Cost.*⁽³³⁾, non convince la *reductio* degli alunni a "utenti" di un servizio⁽³⁴⁾, opera-

zionato o eccessivo adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire [...] il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali". Atipici, si è detto, perché nominalmente prescritti, nella direttiva comunitaria 2000/78 e nel d.lgs. n. 216 del 2003, solo con riguardo al divieto di discriminazione in ragione della disabilità del prestatore di opere.

(30) Cfr. B. G. BELLO, *Accomodamenti ragionevoli basati sulla religione tra diritto antidiscriminatorio e diversity management*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2020, n. 12. Una parte della dottrina ricava l'obbligo degli accomodamenti ragionevoli, anche al di fuori del fattore della disabilità, dal principio di proporzionalità: cfr. S. SCARPONI, *L'appartenenza confessionale delle donne lavoratrici davanti alla Corte di Giustizia dell'unione Europea*, in *Quad. Dir. e Pol. Eccl.*, 2018, pagg. 233-234; M. BIASI, A. NEGRI, *Religious Freedom and Professional Sports: the Case of the NBA Players Observing the Ramadan Fast*, in *Var. Temi Dir. Lav.*, 2019, pag. 1361 e segg. Una apertura in tal senso è contenuto in Corte Giust. Ue 14 marzo 2017, C-157/15, *Achbita*, punto 43, secondo cui "spetta al giudice del rinvio verificare se, tenendo conto dei vincoli inerenti all'impresa, e senza che quest'ultima dovesse sostenere un onere aggiuntivo, sarebbe stato possibile per la G4S, di fronte a siffatto rifiuto [di non indossare il velo islamico], proporle un posto di lavoro che non comportasse un contatto visivo con tali clienti, invece di procedere al suo licenziamento". Tutele specifiche nei rapporti di lavoro, funzionali alla garanzia positiva della libertà religiosa, sono poi previste dagli statuti confessionali oggetto di intese con lo Stato, come ricorda A. VISCOMI, *Diritto del lavoro e "fattore" religioso: una rassegna delle principali disposizioni legislative*, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 2001, pag. 383.

(31) Cfr. F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico* (aggiornamento a cura di A. BETTETINI e G. LO CASTRO), Bologna, 2015, pag. 99 e segg.

(32) Mentre la Corte costituzionale ha inteso la laicità quale neutralità ed imparzialità, allorché ha sancito l'illegittimità costituzionale della tutela penale più rigorosa per il sentimento religioso prevalente, con riguardo alla scuola ha piuttosto sottolineato che il principio di laicità "implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni, ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale" e che tale principio denota "l'attitudine laica dello Stato-comunità, che risponde non a postulati ideologizzati ed astratti di estraneità, ostilità o confessione dello Stato-persona o dei suoi gruppi dirigenti, rispetto alla religione o ad un particolare credo, ma si pone a servizio di concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini" (Corte cost. 12 aprile 1989, n. 203).

(33) V. ad es. A. PIZZORUSSO, *La comunità scolastica nell'ordinamento repubblicano*, in *Foro It.*, 1975, V, col. 221 e segg.

(34) Seppure si tratti di qualificazione corretta per dichiarare la giurisdizione del giudice amministrativo, proprio in controversie in cui sia in questione la legittima presenza del simbolo religioso, contestata dagli studenti o dai genitori: così la citata sentenza del Cons. Stato, n. 556 del 2006.

ta dall'ordinanza in commento, non coerente con l'evoluzione dell'ordinamento sul piano dell'autonomia scolastica. Assumere questa prospettiva conduce - non a caso - al depotenziamento della libera espressione del pensiero degli studenti, destinata a soccombere nel contrasto con l'orientamento di chi sia titolare di un rapporto di lavoro subordinato con l'istituto. Si tratta di una soluzione che, oltre a non convincere sotto il profilo del bilanciamento tra pretese giuslavoristiche e altre manifestazioni di libertà costituzionalmente rilevanti, finisce soprattutto per conseguire l'esito che l'ordinanza vorrebbe scongiurare: l'incorporazione della funzione docente nella scuola-apparato. Se infatti gli alunni sono essenzialmente utenti, appartengono alla comunità scolastica unicamente i dipendenti, che la rappresentano dinanzi ai primi ⁽³⁵⁾.

Con ciò, tuttavia, si svincola uno degli elementi ispiratori della riforma autonomistica. E, in realtà, l'esercizio della libertà d'insegnamento nell'ambito della comunità scolastica, con le sue diverse componenti, scongiura più efficacemente la possibilità di identificare nella pubblica amministrazione la fonte del diritto di insegnare secondo coscienza ⁽³⁶⁾, radicato nell'art. 33 Cost. In altri termini, proprio la collegialità nella scuola favorisce, e non limita, la libertà di insegnamento ⁽³⁷⁾.

3. L'inerenza della sentenza europea *Lautsi* al caso in commento.

Va certamente colto, dunque, l'invito della S.C. ad approfondire la rilevanza della decisione della Corte Edu, nel caso *Lautsi*, per quello oggetto dell'ordinanza. L'inerenza, come detto, risulta qui sminuita per l'enfasi della Cassazione sulla ritenuta posizione asimmetrica tra docenti, *insiders* della scuola, e alunni, utenti del servizio.

Non v'è dubbio che, per l'insegnante, la scuola sia anche datore di lavoro (pubblico, nella fattispecie); e che perciò il docente sia titolare di posizioni giuridiche soggettive ulteriori e diverse rispetto a quelle degli alunni. Poiché non è però possibile scindere del tutto la configurazione della scuola-datore dalla scuola-co-

(35) Simile posizione è fatta propria tuttavia, ad es., da S. FERRARI, *I simboli religiosi nello spazio pubblico*, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 2012, pag. 327, seppure attenuata da quanto affermato a pag. 328, a commento delle due pronunce della Corte Edu nel caso *Lautsi*: "Entrambe le sentenze presentano, a mio parere, lo stesso vizio. Omettono di considerare la volontà dei soggetti - gli studenti, i professori, il personale non docente - che vivono nella scuola: la loro opinione è ritenuta irrilevante".

(36) Cfr. U. POTOTSCHNIG, voce *Insegnamento (libertà di)*, in *Enc. Dir.*, 1971, XXI, par. 10: "Ed infatti l'istituzione di nuovi organi collegiali o il rafforzamento di quelli esistenti sono a vantaggio dell'autonomia della scuola, e a scapito dunque della sua dipendenza dallo Stato".

(37) Cfr. L. PEDULLÀ, *La libertà di insegnamento nel rapporto tra scuola pubblica e privata oggi: problematiche costituzionali, diritti multiculturali e multiconfessionali*, in *Forum Quad. Cost.*, 2005, spec. pag. 6 e segg. Seppure l'autonomia sia esposta al rischio di una burocratizzazione del ruolo del docente e di una riconduzione della scuola pubblica a logiche aziendalistiche: cfr. C. ACOCELLA, *La Scuola nella Costituzione italiana: diritti, funzioni e servizi. Riflessioni a partire da un recente volume di Roberta Calvano*, in *Rivista AIC*, 2020, n. 3, pag. 468.

munità, secondo la disciplina speciale ⁽³⁸⁾, sembra che le pronunce della *Grande Chambre*, in riferimento alla garanzia del diritto di istruzione e di educazione e alla libertà di pensiero, coscienza e religione esercitabili nei luoghi della formazione scolastica, offrano all'interprete interno elementi utili al corretto bilanciamento tra diritti fondamentali.

In *Lautsi*, la Corte europea assume anzitutto una prospettiva di metodo di importanza non trascurabile, seppure brevemente espressa, secondo cui, in materia di godimento di diritti fondamentali in condizioni di uguaglianza, la semplice percezione soggettiva di essere assoggettati a un trattamento deteriore non sia sufficiente a rappresentare una violazione dei diritti medesimi, dovendosi questa concretizzare in dati oggettivi, passibili di prova vagliabile dal giudice (cfr. il punto 66).

Rammenta quindi che l'art. 2 del protocollo addizionale n. 1 alla Convenzione impone l'obbligo degli Stati contraenti di rispettare, nell'ambito dell'esercizio delle funzioni da loro assunte nel campo dell'educazione e dell'insegnamento, "il diritto dei genitori di assicurare questa educazione e questo insegnamento conformemente alle loro convinzioni religiose e filosofiche". Ferma restando la garanzia del pluralismo culturale e religioso, non sembra che si possa omettere di tenere in conto il volere maggioritario espresso negli organi collegiali, in cui le famiglie degli alunni sono rappresentati: "ciò vale per la sistemazione dell'ambiente scolastico e per la definizione e la pianificazione dei programmi" (punto 69).

Quanto all'art. 9 della Convenzione, sulla libertà di pensiero, coscienza e religione, "è opportuno ricordare che gli Stati hanno il compito di garantire, rimanendo neutrali ed imparziali, l'esercizio delle diverse religioni, culti e credenze. Il loro ruolo è quello di contribuire ad assicurare l'ordine pubblico, la pace religiosa e la tolleranza in una società democratica, soprattutto tra gruppi contrapposti [...] Ciò riguarda sia le relazioni tra credenti e non credenti che le relazioni tra gli adepti delle diverse religioni, culti e credenze" (punto 60). La concreta declinazione di simile principio, per la Corte, può variare nei tempi e nei luoghi e consente perciò agli Stati un margine di apprezzamento e discrezionalità nella disciplina del ruolo che la religione possa assumere con riguardo sia ai programmi scolastici, sia alla sistemazione dell'ambiente (cfr. i punti 63 e segg.), ivi compresa la possibilità di conferire maggiore visibilità agli elementi di una specifica religione significativa per la tradizione del Paese (cfr. il punto 71).

D'altro canto, se pure non sia felice la qualificazione del Crocifisso come simbolo "passivo" (cfr. il punto 72), "non gli si può attribuire una influenza sugli allievi

(38) Anche per l'evidente rilievo del fatto che, da un lato, il dirigente scolastico è componente di diritto e per lo più presiede gli organi collegiali; dall'altro, le deliberazioni di questi ultimi concorrono a integrare i contenuti dell'obbligazione di lavoro del docente. Cfr. M. FALANGA, *Diritto scolastico*, Brescia, 2020, pag. 411 e segg.

paragonabile a quella che può avere un discorso didattico o la partecipazione ad attività religiose” (*ibidem*); e ciò specialmente se si considerano altri profili di diritto ecclesiastico relativi al ruolo della religione nella scuola italiana, come l’insussistenza di un obbligo di fruire dell’insegnamento della religione cattolica, l’apertura dello spazio scolastico ad altre religioni, la libertà delle persone di indossare simboli e indumenti religiosi (cfr. il punto 74). L’argomento ribalta la conclusione cui era giunta la camera della Corte con la pronuncia del 2009, per la quale la manifestazione del simbolo avrebbe costituito un ostacolo al godimento dei citati diritti della Convenzione, richiedendo in capo ai titolari uno sforzo sproporzionato al fine di superare l’influenza determinata dal Crocifisso esposto ⁽³⁹⁾.

Seppure la Corte si astenga esplicitamente dal pronunciarsi in ordine alla possibile violazione del principio di laicità nello Stato italiano, le sue argomentazioni quantomeno depongono per la compatibilità, con la Convenzione europea, del principio stesso inteso in modo diverso dall’ordinamento francese, ove è concepito quale liberazione e preservazione dell’ambito pubblico da contaminazioni religiose. Si ammette così un’accezione che, da un lato, favorisce la collaborazione tra lo Stato e le confessioni religiose, riconoscendo a queste ultime il possibile carattere ordinamentale; dall’altro, tutela l’espressione religiosa come dato insopprimibile della vita individuale e associata, avente esso pure natura pubblica ⁽⁴⁰⁾. Sicché la pretesa assenza di simboli religiosi non costituirebbe, per sé sola, una garanzia maggiore né per il principio di laicità, né per il diritto di libertà religiosa (la scomparsa di ogni simbolo facendo regredire ulteriormente la visibilità della dimensione religiosa nello spazio pubblico) ⁽⁴¹⁾. Simile esigenza sarebbe, invero, essa stessa ideologica e dunque non neutrale.

(39) La necessità di vagliare in concreto l’incidenza, anche psicologica, di un simbolo religioso spiega perché, ad es., nella pronuncia della Corte Edu 15 febbraio 2001 - Ricorso n. 42393/98 - *Dahlab c. Switzerland*, il giudice abbia ritenuto che il divieto di indossare il velo islamico durante le lezioni, imposto a una maestra di bambini in giovanissima età nel settore dell’istruzione pubblica, sia giustificato. A detta della Corte, l’uso di un velo potrebbe avere un effetto di proselitismo, in quanto imposto alle donne da un precetto coranico e difficile da contemperare con principi di parità tra i sessi, tolleranza e rispetto per gli altri che, in una società democratica, ogni insegnante deve trasmettere agli allievi.

(40) Cfr. G. DALLA TORRE, *Sana laicità o laicità positiva?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 12 novembre 2012.

(41) Cfr. A. OLIVIERI, *The Legal System between Divine Law and Labour Law: the one who is overmuch righteous, for this reason becomes unrighteous*, in *Var. Temi Dir. Lav.*, 2019, pag. 1340.

4. L'ostensione dei simboli religiosi alla stregua dei divieti di discriminazione nei rapporti di lavoro.

La sentenza europea contribuisce così alla verifica del potenziale discriminatorio del Crocifisso esposto, nell'ambito di un rapporto di lavoro alle dipendenze di una amministrazione pubblica, alla stregua del d.lgs. n. 216 del 2003.

La S.C. pone il quesito se la presenza del simbolo nell'aula di lezione, per l'insegnamento dissenziente, pregiudichi l'esercizio della funzione docente nel rispetto del principio di libertà di pensiero, di coscienza e religiosa. La risposta è negativa per chi - come in generale per la giurisprudenza amministrativa citata - ritenga che il Crocifisso nello spazio pubblico appartenga all'"essere" della storia identitaria del Paese, ancor prima che al "dover essere" della confessione religiosa⁽⁴²⁾. In tal senso, non potrebbe prestarsi a dubbi di possibili discriminazioni, né a violazioni del principio di laicità o dei valori *ex art. 97 Cost.*

La Cassazione ha invece adottato un approccio settoriale, finalizzato a valutare - senza mai scadere nel criterio soggettivistico rifiutato dalla Corte europea⁽⁴³⁾ - l'incidenza del simbolo religioso negli specifici contesti in cui è esposto. Ritiene così che nei seggi elettorali abbia un carattere evocativo incompatibile con la necessaria neutralità dei luoghi delle operazioni di voto, al fine di scongiurare qualsivoglia influenza sui delicati equilibri della libera competizione democratica⁽⁴⁴⁾. Viceversa, con riguardo allo svolgimento della funzione giurisdizionale, non ha reputato che la presenza del simbolo sia generalmente pregiudizievole per l'attività del magistrato: in caso contrario, infatti, avrebbe sancito *tout court* la legittimità del rifiuto della persona del giudice di operare nel palazzo di giustizia per la semplice, virtuale presenza del Crocifisso. Ha invece implicitamente apprezzato come accomodamento ragionevole la messa a disposizione di un'aula di udienze simbolicamente neutra (cfr. *sub par. 1*).

Nell'ambito di un rapporto di lavoro, la concretizzazione di una discriminazione vietata deve leggersi in ragione delle definizioni *ex art. 2, comma 1, lett. a)*, d.lgs. n. 216 del 2003, per cui si ha discriminazione diretta "quando, per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata

(42) Cfr. G. DALLA TORRE, "La" laicità e "le" laicità, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Laicità cristiana*, Cinisello Balsamo, 2007, pag. 17 e segg.

(43) Dando seguito al quale, l'eliminazione dei simboli religiosi potrebbe sempre invocarsi anche nei confronti dei datori privati e tra dipendenti del medesimo datore.

(44) Cfr. Cass. pen., sez. IV, 1 marzo 2000, n. 4273, in *Quad. Dir. Pol. Eccles.*, 2000, pag. 846, con nota di A. DE OTO, *Presenza del crocifisso o di altre immagini religiose nei seggi elettorali: la difficile affermazione di una «laicità effettiva»* (Osservazioni a Cass. pen. n. 439 del 2000). In senso conforme, da ultimo, Trib. Modena 27 dicembre 2016, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, pag. 941, con commento di M. CROCE, *Sul significato costituzionale dell'atto di rimozione di un crocifisso da un seggio elettorale*.

un'altra in una situazione analoga"; e indiretta, per la lett. b), "quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone".

A ben vedere, se si presceglie di riguardare il Crocifisso - come nella prospettiva della S.C. - soprattutto quale elemento del cattolicesimo, non convince l'ipotesi sostenuta della discriminazione indiretta. L'ordine dirigenziale di esposizione del simbolo dovrebbe piuttosto porre il problema di un atto oggettivamente disparitario a diretto motivo della religione ⁽⁴⁵⁾, perciò potenzialmente pregiudizievole per i docenti non cattolici (ed eventualmente non ortodossi), tanto più che, nel caso in esame, è manifesta la diversa convinzione del ricorrente, militante dell'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti. Si tratta allora di comprendere se il ricorrente subisca, effettivamente, un trattamento disparitario in riferimento alle condizioni di lavoro, con riguardo al libero esercizio dell'insegnamento in relazione, *ex art.* 2087 Cod. Civ. ⁽⁴⁶⁾, all'ambiente in cui esso è destinato svolgersi; o se, più in generale, veda con ciò limitata la propria libertà di pensiero, coscienza e religione sul luogo di lavoro ⁽⁴⁷⁾.

È su questo aspetto che la tesi del ricorrente, pure prospettata dalla S.C., appare più debolmente fondata. Il docente lamenta in sostanza che l'ambiente di lavoro, corredato dal Crocifisso, incida sulla libertà di insegnamento, in quanto egli "vede la propria voce coperta o autorata da un simbolo confessionale posto sopra di sé" (punto 4.1. dell'ordinanza in commento); si potrebbe "evidenziare uno stretto collegamento fra la funzione esercitata ed i valori fondanti il credo religioso che quel simbolo richiama" (punto 11.9.); e così anche "ravvisare nell'esposizione del simbolo una lesione della sua libertà di coscienza e di religione, minata dal richiamo di valori propri di un determinato credo religioso a fondamento

(45) Sulla difficoltà di distinguere talora la discriminazione diretta da quella indiretta, e sulla decisi-
vità del criterio del *but for test* per individuare la prima, cfr. R. SANTAGATA DE CASTRO, *Le discrimina-
zioni sul lavoro nel "diritto vivente"*. Nozione, giustificazione, prova, Napoli, 2019, spec. pag. 90 e segg.

(46) Con la prescritta tutela, dunque, della personalità morale del prestatore e con valutazione del ri-
schio psico-sociale riconducibile allo stress lavoro-correlato, eventualmente causato da un ambiente non
conforme alla normativa antidiscriminatoria: cfr. A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro - Nozio-
ne, interessi, tutele*, Padova, 2010, spec. pag. 238 e segg.; R. NUNIN, *L'applicazione della normativa in ma-
teria di sicurezza sul lavoro come strumento di contrasto alle discriminazioni*, in O. BONARDI (a cura di),
Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile, Roma, 2017, pag. 266.

(47) Posto il carattere autonomo, e non meramente strumentale alla protezione di specifiche situa-
zioni giuridiche soggettive, dei divieti di discriminazione: cfr. M. BARBERA, *Discriminazioni ed egua-
glianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991, pag. 201 e segg.

dell'attività pubblica prestata". In definitiva, egli "si vede costretto a svolgere l'attività di insegnamento in nome di valori non condivisi" (punto 12.2.).

A parte la considerazione che, se effettivamente si potesse riscontrare un astratto nesso causale tra il simbolo esposto e il metodo e i contenuti dell'insegnamento ⁽⁴⁸⁾, e più in generale la libera espressione del pensiero, di coscienza e religione del lavoratore, dovrebbe escludersi *in toto* il Crocifisso nella scuola pubblica (così venendo meno ogni questione relativa ai possibili accomodamenti); a parte ciò, appunto, è proprio la sussistenza di simile nesso che non appare dimostrata né adeguatamente argomentata nell'ordinanza. Non solo perché profili della didattica, scelta dei libri di testo e contenuti delle attività formative non paiono in alcun modo influenzati da fattori di tipo confessionale - così potendosi escludere che ciò si riverberi sulla libertà di insegnare secondo scienza e coscienza - ma anche perché sembra forzato sostenere come la presenza del simbolo implichi che la docenza si svolga "in nome di valori non condivisi". Così come non potrebbe sostenersi che la funzione giurisdizionale nelle aule italiane di giustizia, presente il Crocifisso, si eserciti in nome della religione cattolica invece che del popolo italiano. Opinare ciò significa infatti affermare che, da un lato, la pubblica amministrazione, con simile arredamento, aderisca ai valori esclusivi di una confessione; dall'altro, che richieda ai propri dipendenti analogo atteggiamento esteriore, così da rappresentare nell'esecuzione delle mansioni l'indirizzo ideologico del datore pubblico. Il che non appare corrispondere né alla realtà fattuale né a quella ordinamentale.

Il collegio, altresì, avrebbe potuto meglio tenere in conto lo svolgimento della pronuncia europea che, seppure in riferimento a un procedimento intentato da genitori e alunni, ha ritenuto che, nel contesto della scuola pubblica italiana, il Crocifisso non presenta una invasività psicologica tale da condizionare indebitamente il rapporto educativo tra allievi, genitori e istituto scolastico. La Corte

(48) Si ricordino, per un caso di esito opposto, le pronunce sul simbolo del "Sole delle Alpi" in una scuola pubblica del settentrione: cfr. Trib. Brescia, ord., 7 febbraio 2011 e Trib. Brescia, ord., 29 febbraio 2010, quest'ultima in *Quest. Giust.*, 2011, I, pag. 132 e segg., con commento di L. CALAFÀ, *Riflessioni su politica e diritto a partire da due recenti interventi giudiziari*; ed entrambe in *Riv. giur. lav.*, 2011, II, pagg. 403-404, con nota di V. Protopapa, *Sul divieto di discriminare sulla base delle convinzioni personali: il caso del "Sole delle Alpi"*. La pervasiva presenza di un simbolo di chiaro significato politico è stata ritenuta discriminatoria e in violazione del principio della libertà di insegnamento, "dovendo il docente fare quotidiano riferimento ad un necessario distinguo tra il proprio progetto educativo e tutti i possibili collegamenti [di] una visione di parte, seppure attraverso un'assuefazione o assimilazione simbolica generata nel corpo discente" (Trib. Brescia, ord., 29 febbraio 2010). Inoltre "la libertà di insegnamento si collega alla libertà di manifestare il proprio pensiero, con qualunque mezzo di diffusione, alla libertà di professare qualsiasi tesi o teoria si ritenga degna di accettazione, alla libertà di svolgere il proprio insegnamento secondo il metodo che appaia più opportuno adottare. Essa comporta per il docente la libertà di esercitare le sue funzioni didattiche senza vincoli di ordine politico, religioso o ideologico, ovviamente nel rispetto dei parametri generali fissati dalla legge e con il limite della libertà di opinione del discente" (Trib. Brescia, ord., 7 febbraio 2011).

europea ha anzi sottolineato come la carica simbolica del Crocifisso non possa equipararsi ad autentiche forme di indottrinamento e presenta una efficacia certo inferiore al potenziale di un'attività didattica.

A maggior ragione, come evidenziato nei gradi di merito, tale condizionamento è ancor più difficilmente riscontrabile in relazione alla figura del docente (peraltro ove dotato, come nella fattispecie, di solide convinzioni e personalità ⁽⁴⁹⁾). Piuttosto, ci si dovrebbe domandare se sussistano elementi almeno idonei a lasciar presumere che, nelle concrete condizioni ambientali oggetto di contenzioso, il simbolo esposto possa interferire ⁽⁵⁰⁾ o abbia interferito con la possibilità dell'insegnante di continuare a prospettare, quale docente di lettere, la propria *Weltanschauung*; o, più in generale quale lavoratore, di manifestare le proprie convinzioni in materia religiosa nell'ambito scolastico. Di ciò, però, non sembra esservi traccia ⁽⁵¹⁾.

Resta indubbio che la lettura modernista, o secolarizzata, del Crocifisso possa destare perplessità ⁽⁵²⁾, anche nei credenti cattolici. Altro è però affermare che dalla mancata condivisione di tale lettura - oggi alla base dell'esposizione del simbolo - derivino violazioni di diritti fondamentali della persona o di principi che presiedono all'azione della pubblica amministrazione.

(49) La battaglia di Franco Coppoli contro il Crocifisso esposto ha avuto successivi sviluppi con una ulteriore rimozione, in altra scuola di Terni, e una conseguente sanzione della sospensione: *Via il crocifisso dalle aule: professore sospeso per un mese senza stipendio*, *corriere.it*, 2 aprile 2015; e con la rimozione del simbolo dal seggio elettorale di cui era presidente, considerata legittima da App. Perugia 10 aprile 2006, in *blog.uaar.it*.

(50) Essendo bastevole, per infrangere i precetti del d.lgs. n. 216 del 2003, la mera potenzialità discriminatoria: cfr., da ultimo, Cass. 15 dicembre 2020, n. 28646, resa in seguito alla decisione, su rinvio pregiudiziale, di Corte Giust. UE 23 aprile 2020, C-507/18, *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*. Cfr. M. PERUZZI – A. ZILLI, *Sexual Orientation and Work in Organisations with Religion or Belief-based Ethos*, in *Var. Temi Dir. Lav.*, 2019, pag. 1533 e segg.

(51) Occorre ricordare che l'art 28, comma 4, d.lgs. n. 150 del 2011, agevola, ma non inverte, l'onere della prova: cfr. F. DE MICHIEL, *Questioni sull'onere della prova nel diritto del lavoro*, Milano, 2020, pag. 158 e segg.

(52) Cfr. E. GRAGNOLI, *Divine pretensions and human law. Work, the social marginality of religion and protection of freedom*, in *Var. Temi Dir. Lav.*, 2019, pagg. 1292-1293.

GIURISPRUDENZA

SENTENZE ANNOTATE

Corte cost. 16 luglio 2020, n. 150 – Pres. Cartabia – Rel. Sciarra

Indennità di licenziamento illegittimo per vizi formali e procedurali – Criterio di commisurazione dell'indennità – Mera anzianità di servizio – Illegittimità.

È costituzionalmente illegittimo l'art. 4 del d.lgs. n. 23/2015 nella parte in cui stabilisce che in caso di licenziamento illegittimo per vizi formali e procedurali l'indennità risarcitoria sia quantificata in modo automatico e fisso in una mensilità di retribuzione per ogni anno di servizio.

[Omissis]

CONSIDERATO IN DIRITTO

1.– Il Tribunale ordinario di Bari (reg. ord. n. 214 del 2019) e il Tribunale ordinario di Roma (reg. ord. n. 235 del 2019), entrambi in funzione di giudici del lavoro, dubitano, in riferimento complessivamente agli artt. 3, 4, primo comma, 24 e 35, primo comma, della Costituzione, della legittimità costituzionale dell'art. 4 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23 (Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183), nella parte in cui prevede, per il licenziamento intimato in violazione del requisito di motivazione o della procedura di cui all'art. 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300 (Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale, nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento), la condanna del datore di lavoro al pagamento di una indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale «di importo pari a una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio» e attribuisce così rilievo esclusivo, ai fini della quantificazione dell'indennità, al criterio dell'anzianità di servizio.

1.1.– Il Tribunale di Bari reputa il «congegno automatico di quantificazione dell'indennità» lesivo dei «principi di ragionevolezza e di uguaglianza sanciti dall'art. 3 Cost.». Un siffatto meccanismo, per un verso, non terrebbe conto delle «diverse gradazioni di gravità» delle violazioni procedurali e dei diversi pregiudizi che il licenziamento illegittimo per questioni di forma arreca «in base alle condizioni delle parti, all'anzianità del lavoratore, alle dimensioni dell'azienda». Per altro verso, il meccanismo automatico di calcolo non garantirebbe una adeguata tutela al «diritto a essere licenziati solo all'esito di un regolare procedimento disciplinare, o comunque in virtù di un provvedimento chiaro, espresso, specifico, motivato» e neppure sarebbe congruo «rispetto alla finalità di dissuadere i datori di lavoro dal porre in essere licenziamenti affetti da vizi di forma».

Il giudice a quo denuncia la violazione degli artt. 4, primo comma, e 35, primo comma, Cost., sul presupposto che «una tutela inadeguata a fronte di un licenziamento illegittimo sotto il profilo procedurale è altrettanto lesiva del diritto al lavoro quanto l'analoga inadeguata tutela, ormai dichiarata incostituzionale, prevista per i licenziamenti illegittimi sotto il profilo sostanziale».

Ad avviso del rimettente, «l'irragionevole modalità di calcolo dell'indennità» contrasta anche con l'art. 24 Cost., che impone di apprestare idonee garanzie procedurali «a presidio di un regolare e legittimo licenziamento disciplinare».

1.2.– Anche il Tribunale di Roma censura l'art. 4 del d.lgs. n. 23 del 2015, poiché stabilisce «un criterio di commisurazione dell'indennità automaticamente legato all'anzianità di servizio» e trascura di considerare «una pluralità di fattori di correlazione al danno sofferto».

La commisurazione dell'indennità alla sola anzianità di servizio contrasterebbe con il «principio di uguaglianza/ragionevolezza» (art. 3 Cost.), perchè sanzionerebbe «in modo uguale violazioni non solo produttive di danni differenti, ma di gravità che possono essere, a loro volta, del tutto differenti» e, nei casi di anzianità di servizio modesta, non rappresenterebbe «una adeguata dissuasione del datore di lavoro dal licenziare ingiustamente (o comunque in violazione di legge)» e non garantirebbe «un adeguato ristoro al concreto pregiudizio».

Per le medesime ragioni, l'indennità determinata in modo «rigido e fisso» non sarebbe rispettosa neppure delle garanzie riconosciute dagli artt. 4, primo comma, e 35, primo comma, Cost.

1.3.– Il Presidente del Consiglio dei ministri non è intervenuto nei giudizi.

2.– In ragione dell'identità della disposizione censurata e dell'omogeneità delle censure, i giudizi devono essere riuniti, per essere trattati congiuntamente e per essere decisi con un'unica sentenza.

3.– I rimettenti muovono dalla corretta premessa che la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 del d.lgs. n. 23 del 2015, dichiarata inammissibile per difetto di rilevanza con la sentenza n. 194 del 2018, possa essere riproposta in un diverso giudizio, senza essere preclusa dalla pronuncia in rito di questa Corte.

Con riguardo alla necessità di applicare la previsione citata, i giudici a *quibus* svolgono un'argomentazione puntuale, che consente di ricostruire la fattispecie concreta e di cogliere la rilevanza del dubbio di costituzionalità.

3.1.– Il Tribunale di Bari, dopo aver escluso la sussistenza di vizi sostanziali del licenziamento, ha ravvisato vizi di natura esclusivamente formale e procedurale, consistenti nell'omessa contestazione di un addebito e nell'omessa comunicazione al lavoratore del termine entro il quale, per tutti gli addebiti, avrebbe potuto presentare le proprie difese.

Il rimettente ha accertato i vizi in esame con una sentenza non definitiva e ha disposto la prosecuzione del giudizio per la determinazione dell'indennità. In tale contesto, il giudice a quo ha sollevato d'ufficio la questione di legittimità costituzionale della disciplina applicabile, non senza illustrare le ragioni che – nell'ipotesi di accoglimento delle censure – condurrebbero a riconoscere una indennità più cospicua rispetto a quella parametrata alla sola anzianità di servizio (pari, nella specie, a un anno).

3.2.– Il Tribunale di Roma, all'esito di una deliberazione sommaria, che riconosce di poter mutare re melius perpena, disattende l'eccezione pregiudiziale di decadenza dall'impugnazione del licenziamento e reputa infondate le doglianze sui vizi sostanziali dedotti dal lavoratore.

Il licenziamento, pur sorretto da giusta causa, risulterebbe viziato sotto il profilo formale, in quanto il datore di lavoro non avrebbe tenuto in alcun conto le difese del lavoratore, sull'erroneo presupposto che fossero tardive. Il giudice a quo ritiene, pertanto, allo stato degli atti, di dovere applicare la disciplina sui vizi formali del licenziamento e di non poter definire la controversia indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale.

La motivazione in punto di rilevanza non appare implausibile e supera, pertanto, il vaglio di ammissibilità.

3.3.– Entrambi i rimettenti riferiscono di avere esplorato la possibilità di una interpretazione adeguatrice e di averla ritenuta impraticabile, alla luce dell'univoco dato testuale della disposizione censurata.

Anche da questo punto di vista, la questione non presenta profili di inammissibilità, poiché è stata consapevolmente esclusa – da entrambi i rimettenti – la praticabilità di una interpretazione costituzionalmente orientata.

4.– Al fine di delimitare il tema del decidere devoluto all'esame di questa Corte, occorre rilevare che, nella memoria illustrativa depositata in vista dell'udienza, la parte costituita nel giudizio di cui al reg. ord. n. 214 del 2019 ha chiesto di dichiarare l'illegittimità costituzionale, in via consequenziale, dell'art. 4 del d.lgs. n. 23 del 2015, nella parte in cui fissa l'indennità nell'ammontare massimo di dodici mensilità. Anche per il licenziamento affetto da vizi formali o procedurali, si dovrebbe incrementare la soglia massima fino alle trentasei mensilità che oggi stabilisce, per il licenziamento intimato senza giusta causa o senza giustificato motivo oggettivo o soggettivo, l'art. 3 del d.lgs. n. 23 del 2015, così come modificato dall'art. 3, comma 1, del decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87 (Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese), convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2018, n. 96.

Prospettata nei termini di una declaratoria di illegittimità costituzionale in via consequenziale, la richiesta della parte, ribadita anche nel corso dell'udienza di discussione pubblica da remoto, adombra, in realtà, una diversa questione di legittimità costituzionale, che verte sul trattamento difforme, quanto alle soglie, tra vizi formali e vizi sostanziali. Né si può ritenere identica la questione sulla scorta del dato – posto in risalto nel corso dell'udienza – che non mutano la disposizione censurata e i parametri evocati e che viene pur sempre in rilievo il tema della adeguatezza della tutela.

Se il Tribunale di Bari non contesta il trattamento differenziato che il legislatore ha scelto di riservare ai vizi formali e procedurali del licenziamento rispetto a quelli sostanziali e – su questo presupposto – propone incidente di costituzionalità, la parte privata dubita della conformità a Costituzione di tale disparità di trattamento e chiede a questa Corte di assimilare, quanto alla tutela indennitaria, la disciplina dei vizi formali e quella dei vizi sostanziali.

La diversa prospettiva in cui si collocano i dubbi di costituzionalità avanzati dal rimettente e dalla parte privata avvalorata la novità delle censure che quest'ultima ha formulato nella memoria illustrativa.

Tali censure travalicano e tendono ad ampliare irrualmente il tema del decidere, così come tracciato dall'ordinanza di rimessione, e, pertanto, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte (fra le molte, sentenza n. 26 del 2020, punto 4.3. del Considerato in diritto), non devono essere prese in considerazione.

Lo scrutinio di questa Corte è dunque circoscritto ai profili di illegittimità costituzionale denunciati dai rimettenti.

5.– Le questioni sollevate da entrambi i rimettenti sono fondate, con riferimento agli artt. 3, 4, primo comma, e 35, primo comma, Cost.

6.– Occorre, in primo luogo, raffigurare nella sua evoluzione più recente il quadro normativo in cui si colloca la disciplina censurata.

6.1.– La legge 28 giugno 2012, n. 92 (Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita), ha riservato un'autonoma disciplina alle conseguenze sanzionatorie dei vizi formali e ha modulato le tutele, in ragione della diversa gravità di tali vizi.

Nell'intervenire sull'art. 18, primo e secondo comma, della legge n. 300 del 1970, la legge citata ha conferito autonomo rilievo al licenziamento intimato in forma orale, disponendo, a prescindere dal numero di lavoratori occupati, la reintegrazione del lavoratore e il risarcimento del danno, pari a «un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative» e comunque non inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto.

L'art. 2, commi 1, ultimo periodo, e 2, del d.lgs. n. 23 del 2015, nel confermare tale linea di tendenza, puntualizza che, per il licenziamento intimato in forma orale, l'indennità è commisurata non più all'ultima retribuzione globale di fatto, ma all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto.

Regole diverse vigono per gli altri vizi formali e, in particolare, per l'ipotesi di «licenziamento dichiarato inefficace per violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, della procedura di cui all'articolo 7 della presente legge, o della procedura di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni», prevista nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

La legge n. 92 del 2012 (art. 1, comma 42, lettera b), nel modificare l'art. 18, sesto comma, dello statuto dei lavoratori, ha previsto una tutela prettamente indennitaria, che ha carattere residuale, in quanto si applica soltanto quando il giudice non accerti anche il difetto di giustificazione del licenziamento.

Il giudice, in tale fattispecie, dichiara risolto il rapporto di lavoro e attribuisce al lavoratore «un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, con onere di specifica motivazione a tale riguardo».

La tutela indennitaria definita dallo statuto dei lavoratori è applicabile, dal punto di vista soggettivo, «al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento occupa alle sue dipendenze più di quindici lavoratori o più di cinque se si tratta di imprenditore agricolo, nonché al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che nell'ambito dello stesso comune occupa più di quindici dipendenti e all'impresa agricola che nel medesimo ambito territoriale occupa più di cinque dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti, e in ogni caso al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, che occupa più di sessanta dipendenti» (art. 18, ottavo comma, della legge n. 300 del 1970).

Nell'assetto della legge n. 92 del 2012, il datore di lavoro che non raggiunga le dimensioni di cui all'art. 18, ottavo comma, dello statuto dei lavoratori, e sia assoggettato, pertanto, al regime della tutela obbligatoria, dovrà corrispondere, nell'ipotesi di vizi formali diversi dall'inservanza della forma scritta del licenziamento, una indennità determinata secondo le regole dell'art. 8 della legge n. 604 del 1966, in un «importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti», accresciuto in rapporto all'anzianità di servizio (Corte di cassazione, sezione lavoro, sentenza 5 settembre 2016, n. 17589).

6.2.– L'art. 4 del d.lgs. n. 23 del 2015, applicabile agli operai, agli impiegati o quadri, assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dal 7 marzo 2015, riproduce in gran parte le disposizioni dell'art. 18, sesto comma, dello statuto dei lavoratori, così come novellato dalla legge n. 92 del 2012.

La tutela, anche nel nuovo regime, ha carattere residuale e non si applica quando il giudice ravvisi i presupposti del licenziamento discriminatorio, nullo, intimato in forma orale o carente di giusta causa o di giustificato motivo oggettivo o soggettivo.

La previsione regola la sola ipotesi del licenziamento «intimato con violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge n. 604 del 1966 o della procedura di cui all'articolo 7 della legge n. 300 del 1970».

Ove riscontri i vizi indicati, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro e condanna «il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale

di importo pari a una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici mensilità».

L'art. 9 del d.lgs. n. 23 del 2015 dispone che l'importo della indennità sia dimezzato, nel caso di «piccole imprese», che non raggiungano i requisiti dimensionali dell'art. 18, ottavo e nono comma, dello statuto dei lavoratori.

7.– Le prescrizioni formali, la cui violazione la disposizione censurata ha inteso sanzionare con la tutela indennitaria, rivestono una essenziale funzione di garanzia, ispirata a valori di civiltà giuridica.

Nell'ambito della disciplina dei licenziamenti, il rispetto della forma e delle procedure assume un rilievo ancora più pregnante, poiché segna le tappe di un lungo cammino nella progressiva attuazione dei principi costituzionali.

L'obbligo di motivazione, inizialmente subordinato a una specifica richiesta del lavoratore, ha assunto caratteri più stringenti, in seguito alle novità introdotte dall'art. 1, comma 37, della legge n. 92 del 2012. Il datore di lavoro è, infatti, obbligato a dar conto in maniera sollecita e circostanziata delle giustificazioni per l'applicazione della sanzione più grave, secondo il principio di buona fede che permea ogni rapporto obbligatorio e vincola le parti a comportamenti univoci e trasparenti.

L'obbligo di motivazione, che ha il suo corollario nella immutabilità delle ragioni del licenziamento, è tratto qualificante di una disciplina volta a delimitare il potere unilaterale del datore di lavoro, al fine di comprimere ogni manifestazione arbitraria dello stesso.

Le previsioni dell'art. 7 della legge n. 300 del 1970, richiamate dalla disposizione oggi censurata, assegnano un ruolo centrale al principio del contraddittorio, più che mai cruciale nell'esercizio di un potere privato che si spinge fino a irrogare la sanzione espulsiva (sentenza n. 204 del 1982, punto 11.1. del Considerato in diritto). La conoscibilità delle norme disciplinari, la preventiva contestazione dell'addebito, il diritto del lavoratore di essere sentito, non sono vuote prescrizioni formali, ma concorrono a tutelare la dignità del lavoratore, come traspare anche dalla collocazione sistematica della norma nel Titolo I dello statuto dei lavoratori, denominato «Della libertà e dignità del lavoratore». Dopo questo intervento del legislatore, il potere disciplinare, nient'affatto dimidiato né tanto meno sospeso, assume le cadenze di un procedimento: esso si estrinseca nel rispetto di precise regole e si snoda attraverso fasi successive (sentenza n. 204 del 1982, punto 11.1. del Considerato in diritto).

Le garanzie sancite dall'art. 2 della legge n. 604 del 1966 e dall'art. 7 dello statuto dei lavoratori, consistono nell'imporre alle parti di esternare le contrapposte ragioni, al fine di chiarire i punti controversi e favorire, ove possibile, composizioni stragiudiziali. Tali garanzie preludono a un esercizio più efficace del diritto di difesa nel corso della fase giudiziale che il lavoratore può scegliere di instaurare successivamente.

La violazione delle prescrizioni formali e procedurali, all'origine di un possibile e più ampio contenzioso riferito al recesso del datore di lavoro, rischia di disperdere gli elementi di prova che si possono acquisire nell'immediatezza dei fatti e attraverso un sollecito contraddittorio e incide, pertanto, sull'effettività del diritto di difesa del lavoratore.

8.– L'obbligo di motivazione e la regola del contraddittorio sono riconducibili al principio di tutela del lavoro, enunciato dagli artt. 4 e 35 Cost., che impone al legislatore di circondare di «doverose garanzie» e di «opportuni temperamenti» il recesso del datore di lavoro (sentenza n. 45 del 1965, punto 4. del Considerato in diritto), come questa Corte ha ribadito da ultimo nella sentenza n. 194 del 2018 (punto 9.1. del Considerato in diritto).

Anche i vincoli di forma e di procedura rientrano nell'ambito delle garanzie prescritte dalle norme ora richiamate, lette congiuntamente, proprio perché volte ad ampliare il perimetro delle tutele che circonda la persona del lavoratore.

Questa Corte ha affermato, sin da epoca risalente, che l'inosservanza del principio del contraddittorio e delle scansioni procedurali imposte dall'art. 7 dello statuto dei lavoratori «può incidere sulla sfera morale e professionale del lavoratore e crea ostacoli o addirittura impedimenti alle nuove occasioni di lavoro che il licenziato deve poi necessariamente trovare. Tanto più grave è il pregiudizio che si verifica se il licenziato non sia posto in grado di difendersi e fare accertare l'insussistenza dei motivi "disciplinari", peraltro unilateralmente mossi e addebitati dal datore di lavoro» (sentenza n. 427 del 1989).

Il contraddittorio «esprime un valore essenziale per la persona del lavoratore» (sentenza n. 364 del 1991, punto 2. del Considerato in diritto) e anche l'obbligo di motivazione risponde ad analoghe esigenze di tutela. La violazione di tale obbligo, difatti, non solo preclude in radice il dispiegarsi del contraddittorio, ma reca offesa alla dignità del lavoratore, esposto all'irrogazione della sanzione espulsiva senza avere adeguata cognizione delle ragioni che la giustificano.

9.– La disciplina del licenziamento affetto da vizi di forma e di procedura, proprio per gli interessi di rilievo costituzionale che sono stati richiamati, deve essere incardinata nel rispetto dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza, così da garantire una tutela adeguata.

La prudente discrezionalità del legislatore, pur potendo modulare la tutela in chiave eminentemente monetaria, attraverso la predeterminazione dell'importo spettante al lavoratore, non può trascurare la valutazione della specificità del caso concreto. Si tratta di una valutazione tutt'altro che marginale, se solo si considera la vasta gamma di variabili che vedono direttamente implicata la persona del lavoratore.

Nel rispetto del dettato costituzionale, la predeterminazione dell'indennità deve tendere, con ragionevole approssimazione, a rispecchiare tale specificità e non può discostarsene in misura apprezzabile, come avviene quando si adotta un meccanismo rigido e uniforme.

10.– La disciplina censurata non attua un equilibrato contemperamento tra i diversi interessi in gioco.

11.– Entrambi i rimettenti prendono le mosse dalla sentenza n. 194 del 2018, con cui questa Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, nella parte in cui determinava l'indennità per il licenziamento intimato senza giusta causa e senza giustificato motivo oggettivo o soggettivo in un «importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio».

Le censure ricalcano in gran parte le argomentazioni svolte nella citata sentenza di questa Corte circa il carattere rigido dell'indennità, lesivo dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e del diritto al lavoro (artt. 4 e 35 Cost.), tutelato dalla Costituzione in tutte le sue forme e applicazioni.

11.1.– Le ragioni su cui questa Corte ha fondato la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 3 del d.lgs. n. 23 del 2015 devono essere ripercorse lungo una linea di continuità, al fine di esaminare la disciplina dell'indennità dovuta per il licenziamento affetto da vizi formali e procedurali.

11.2.– Anche la fattispecie oggi scrutinata si caratterizza per un criterio di determinazione dell'indennità commisurato alla sola anzianità di servizio e oscillante tra un limite minimo di due mensilità e un insuperabile limite massimo di dodici mensilità.

11.3.– Al dato significativo dell'identità del criterio congegnato dal legislatore, si affianca la considerazione della ratio decidendi della pronuncia di questa Corte, che serve a orientare la soluzione dell'odierno dubbio di costituzionalità.

Nel giudizio deciso con la sentenza n. 194 del 2018, le censure non riguardavano le soglie fissate dal legislatore, ma il «meccanismo di determinazione» dell'indennità, in quanto «rigido e automatico» (punto 3. del Considerato in diritto). Partendo da tali premesse, questa Corte ha

ritenuto ininfluenti le innovazioni introdotte dal d.l. n. 87 del 2018, come convertito, giacché esse si limitavano ad apportare correttivi alle soglie stabilite dal legislatore (innalzate da quattro a sei mensilità nel minimo e da ventiquattro a trentasei mensilità nel massimo), senza incidere sul meccanismo denunciato dal rimettente e senza mutare, pertanto, i termini essenziali delle questioni proposte.

La carenza di giustificazione del licenziamento sul piano sostanziale rende più stridenti i profili di contrasto con i parametri costituzionali evocati e fa emergere, con ancor maggiore evidenza, l'irragionevolezza intrinseca del criterio adottato dal legislatore, per la rigidità che lo caratterizza.

11.4.– Non può condurre a diverse conclusioni la differenza che intercorre tra i vizi meramente formali o procedurali e i vizi sostanziali del licenziamento. Essa, difatti, si riverbera sulla diversa modulazione dell'indennità sancita dalla legge, ma non vale a rendere ragionevole e adeguato un criterio che si presta a censure di irragionevolezza intrinseca. Un sistema che, solo per i vizi formali, lasci inalterato un criterio di determinazione dell'indennità imperniato sulla sola anzianità di servizio non potrebbe che accentuare le sperequazioni e la frammentarietà di una disciplina dei licenziamenti, già attraversata da molteplici distinzioni.

12.– L'anzianità di servizio, svincolata da ogni criterio correttivo, è inidonea a esprimere le mutevoli ripercussioni che ogni licenziamento produce nella sfera personale e patrimoniale del lavoratore e non presenta neppure una ragionevole correlazione con il disvalore del licenziamento affetto da vizi formali e procedurali, che il legislatore ha inteso sanzionare. Tale disvalore non può esaurirsi nel mero calcolo aritmetico della anzianità di servizio.

La disciplina censurata prescinde da altri fattori non meno significativi, già presi in considerazione dal legislatore, come la diversa gravità delle violazioni ascrivibili al datore di lavoro, valorizzata dalla legislazione del 2012 nell'area della tutela reale (art. 18, sesto comma, dello statuto dei lavoratori, come modificato dalla legge n. 92 del 2012), o i più flessibili criteri del numero degli occupati, delle dimensioni dell'impresa, del comportamento e delle condizioni delle parti (art. 8 della legge n. 604 del 1966), applicabili nell'ambito della tutela obbligatoria, così come definito dalla stessa legge n. 92 del 2012.

Nell'appiattare la valutazione del giudice sulla verifica della sola anzianità di servizio, la disposizione in esame determina un'indebita omologazione di situazioni che, nell'esperienza concreta, sono profondamente diverse e così entra in conflitto con il principio di eguaglianza.

13.– L'art. 3 Cost. è violato anche sotto il profilo della ragionevolezza, che questa Corte, nell'ambito della disciplina dei licenziamenti, ha declinato come necessaria adeguatezza dei rimedi, nel contesto di un equilibrato componimento dei diversi interessi in gioco e della specialità dell'apparato di tutele previsto dal diritto del lavoro (sentenza n. 194 del 2018, punti 12.1. e 12.2. del Considerato in diritto).

Il legislatore, pur potendo adattare secondo una pluralità di criteri, anche in considerazione delle diverse fasi storiche, i rimedi contro i licenziamenti illegittimi, è chiamato a salvaguardarne la complessiva adeguatezza, che consenta di attribuire il doveroso rilievo al fatto, in sé sempre traumatico, dell'espulsione del lavoratore.

L'adeguatezza deve essere valutata alla luce della molteplicità di funzioni che contraddistinguono l'indennità disciplinata dalla legge. Alla funzione di ristoro del pregiudizio arrecato dal licenziamento illegittimo si affianca, infatti, anche quella sanzionatoria e dissuasiva (sentenza n. 194 del 2018, punto 12.3. del Considerato in diritto).

In un prudente bilanciamento tra gli interessi costituzionalmente rilevanti, l'esigenza di uniformità di trattamento e di prevedibilità dei costi di un atto, che l'ordinamento qualifica pur sempre come illecito, non può sacrificare in maniera sproporzionata l'apprezzamento delle par-

ticalità del caso concreto, peraltro accompagnato da vincoli e garanzie dirette ad assicurarne la trasparenza e il fondamento razionale.

13.1.– La disposizione censurata entra in collisione con tali principi.

Sul versante dei licenziamenti viziati dal punto di vista formale, all'arretrare della tutela riferita alla reintegrazione del lavoratore licenziato corrisponde un progressivo affievolirsi della tutela indennitaria, che non basta ad attuare un equilibrato contemperamento degli interessi in conflitto. Nel disegno complessivo prospettato dal legislatore un criterio ancorato in via esclusiva all'anzianità di servizio non fa che accentuare la marginalità dei vizi formali e procedurali e ne svaluta ancor più la funzione di garanzia di fondamentali valori di civiltà giuridica, orientati alla tutela della dignità della persona del lavoratore.

L'incongruenza di una misura uniforme e immutabile si coglie in maniera ancor più evidente nei casi di un'anzianità modesta, come quelli esaminati nei giudizi principali. In queste ipotesi, si riducono in modo apprezzabile sia la funzione compensativa sia l'efficacia deterrente della tutela indennitaria. Né all'inadeguatezza del ristoro riconosciuto dalla legge può porre sempre rimedio la misura minima dell'indennità, fissata in due mensilità.

Un meccanismo di tal fatta, pertanto, non compensa il pregiudizio arrecato dall'inosservanza di garanzie fondamentali e neppure rappresenta una sanzione efficace, atta a dissuadere il datore di lavoro dal violare le garanzie prescritte dalla legge. Proprio perché strutturalmente inadeguato, il congegno delineato dal legislatore lede il canone di ragionevolezza.

14.– I rimedi previsti dalla disposizione censurata, in ragione dell'inadeguatezza che li contraddistingue, si rivelano lesivi anche della tutela del lavoro in tutte le sue forme e applicazioni (artt. 4, primo comma, e 35, primo comma, Cost.). Tali principi costituzionali, già richiamati da questa Corte nella sentenza n. 194 del 2018 (punto 13. del Considerato in diritto), devono essere ribaditi anche per la giusta procedura di licenziamento, diretta a salvaguardare pienamente la dignità della persona del lavoratore.

15.– Si deve, pertanto, dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.lgs. n. 23 del 2015, limitatamente alle parole «di importo pari a una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio».

Restano assorbite le censure di violazione dell'art. 24 Cost., formulate dal solo Tribunale di Bari.

16.– Nel rispetto dei limiti minimo e massimo oggi fissati dal legislatore, il giudice, nella determinazione dell'indennità, terrà conto innanzitutto dell'anzianità di servizio, che rappresenta la base di partenza della valutazione. In chiave correttiva, con apprezzamento congruamente motivato, il giudice potrà ponderare anche altri criteri desumibili dal sistema, che concorrano a rendere la determinazione dell'indennità aderente alle particolarità del caso concreto.

Ben potranno venire in rilievo, a tale riguardo, la gravità delle violazioni, enucleata dall'art. 18, sesto comma, dello statuto dei lavoratori, come modificato dalla legge n. 92 del 2012, e anche il numero degli occupati, le dimensioni dell'impresa, il comportamento e le condizioni delle parti, richiamati dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966, previsione applicabile ai vizi formali nell'ambito della tutela obbligatoria ridefinita dalla stessa legge n. 92 del 2012.

17.– Spetta alla responsabilità del legislatore, anche alla luce delle indicazioni enunciate in più occasioni da questa Corte, ricomporre secondo linee coerenti una normativa di importanza essenziale, che vede concorrere discipline eterogenee, frutto dell'avvicinarsi di interventi frammentari. (*Omissis*)



Licenziamento illegittimo per vizi formali e procedurali ed adeguatezza costituzionale dell'indennità risarcitoria

La declaratoria d'incostituzionalità dei criteri di quantificazione dell'indennità risarcitoria dovuta a licenziamento illegittimo per vizi formali e procedurali è motivata, nella sentenza in commento, in perfetta coerenza con le argomentazioni contenute nella precedente pronuncia n. 194/2018 (su cui v. M. PERSIANI, *La sentenza della corte costituzionale n. 194 del 2018: parturiunt montes*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2019, pag. 125 e segg.; F. CARINCI, *All'indomani della Corte cost. n. 194/2018*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2019, pag. 465 e segg.; R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2018, pag. 634 e segg.; C. CESTER, *Il Jobs Act sotto la scure della corte costituzionale: tutto da rifare?*, in *Lav. Giur.*, 2019, pag. 163 e segg.; L. MARIUCCI, *Tra prudenza e coraggio: i licenziamenti dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, in *Lav. Dir.*, 2019, pag. 235 e segg.; S. GIUBBONI, *Il licenziamento nel contratto di lavoro a tutele crescenti dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, in *Foro It.*, 2019, I, col. 92 e segg.; A. PERULLI, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo alla luce della sentenza della Corte costituzionale 194/2018*, in *Il libro dell'anno del diritto – Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2019; M. BIASI, *La polifunzionalità del (risarcimento del) danno da licenziamento ingiustificato: ragionando attorno a Corte cost. n. 194/2018*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2019, pag. 753).

Come noto, nell'ambito del d.lgs. n. 23 del 2015, la pronuncia n. 194/2018 è venuta ad incidere sul principio del c.d. *firing cost*, senza sconfessare la c.d. *liability rule*. I giudici delle leggi, infatti, hanno, da un lato, “corretto” l'impostazione del legislatore, sancendo l'illegittimità costituzionale d'un risarcimento quantificato mediante un automatismo di calcolo basato esclusivamente sull'anzianità lavorativa e, dall'altro, hanno affermato a chiare lettere che l'art. 18, l. n. 300/1970 non gode di copertura costituzionale; il legislatore ordinario è dunque libero di riformulare le conseguenze sanzionatorie del licenziamento illegittimo, privilegiando l'indennizzo e marginalizzando la reintegra, tanto più se egli crede – a torto o a ragione – nella possibilità di ricadute positive sul piano occupazionale.

Non ha destato problemi neanche l'applicazione solo ai neo assunti della nuova disciplina contro il licenziamento illegittimo. La disparità di trattamento tra vecchi e nuovi assunti è stata, infatti, considerata ragionevole dalla Consulta. Ciò in quanto – secondo la sua costante giurisprudenza – il defluire del tempo può già costituire di per sé un elemento di ragionevolezza nella delimitazione della sfera di applicazione *ratione temporis* di normative che si succedono nel tempo

(Corte cost., ord., 16 febbraio 2012, n. 25, in *Giur. Cost.*, 2012, pag. 322; Corte cost., ord., 21 luglio 2011, n. 224, *ivi*, 2011, pag. 2889; Corte cost. ord. 24 febbraio 2010, n. 61, in *Fallimento*, 2010, pag. 785, con nota di E. BRUSCHETTA; Corte cost., ord., 29 maggio 2009, n. 170, in *Giur. cost.*, 2009, pag. 1898; Corte cost., ord., 28 marzo 2008, n. 77, *ivi*, 2008, pag. 999; Corte cost., ord., 13 giugno 2008, 212, *ivi*, pag. 2368; Corte cost. 13 novembre 2014, n. 254, spec. punto 3 del Considerato in diritto, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, II, pag. 810, con nota di C. FALERI; Corte cost. 21 ottobre 2011, n. 273, spec. punto 4.2. del Considerato in diritto, in *Foro It.*, 2012, I, col. 51; Corte cost. 2 aprile 2009, n. 94, spec. punto 7.2 del Considerato in diritto, in *Giust. Civ.*, 2010, I, pag. 277, con nota di R. GRANATA; Corte cost. 23 maggio 2018, n. 104, punto 7.1. del Considerato in diritto, in *Guida Lav.*, 2018, 23, pag. 114, con nota di S. IMBRIACI; Corte Cost. n. 194/2018 cit. ha precisato che “la modulazione temporale dell’applicazione del d.lgs. n. 23/2015 [...] non contrasta con il «canone di ragionevolezza» e, quindi, con il principio di eguaglianza, se a essa si guarda alla luce della ragione giustificatrice costituita dallo «scopo», dichiaratamente perseguito dal legislatore, ai sensi dell’art. 1, comma 7, l. n. 183 del 2014, «di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione»”).

Il giudice delle leggi, sempre nella citata sentenza n. 194/2018, ha, poi, dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 – sia nel testo originario sia nel testo modificato dall’art. 3, comma 1, d.l. n. 87 del 2018, convertito in l. n. 96 del 2018 – limitatamente alle parole “*di importo pari a due mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio*”. Deve sottolinearsi che tale modifica alla disciplina dei licenziamenti individuali si estende anche a quelli collettivi per effetto dell’espresso rinvio operato dalla seconda parte dell’art. 10, d.lgs. n. 23 del 2015 all’art. 3, comma 1, in questione.

Ora, un tale meccanismo è stato censurato in quanto “contrasta [...] con il principio di eguaglianza, sotto il profilo dell’ingiustificata omologazione di situazioni diverse”. Infatti, “nel prestabilirne interamente il *quantum* in relazione all’unico parametro dell’anzianità di servizio, la citata previsione connota l’indennità, oltre che come rigida, come uniforme per tutti i lavoratori con la stessa anzianità”.

Si è argomentato dal “dato di comune esperienza, ampiamente comprovato dalla casistica giurisprudenziale, che il pregiudizio prodotto, nei vari casi, dal licenziamento ingiustificato dipende da una pluralità di fattori”, di cui “l’anzianità nel lavoro, certamente rilevante, è [...] solo uno dei tanti”.

Ci si è riallacciati quindi alla valorizzazione, operata dallo stesso legislatore, della molteplicità dei fattori che incidono sull’entità del pregiudizio causato dall’ingiustificato licenziamento e conseguentemente sulla misura del risarci-

mento. Si è rilevato, infatti, che l'art. 8, l. n. 604 del 1966 (come sostituito dall'art. 2, comma 3, l. n. 108 del 1990), ad esempio, lascia al giudice determinare l'obbligazione alternativa indennitaria, sia pure all'interno di un minimo e un massimo di mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, "avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti". Inoltre, a conferma dell'esigenza di scrutinare in modo accurato l'entità della misura risarcitoria e di calarla nell'organizzazione aziendale, si è osservato che la stessa disposizione dà rilievo all'anzianità di servizio per ampliare ulteriormente la discrezionalità del giudice, relativamente ai datori di lavoro che occupano più di quindici prestatori di lavoro. L'anzianità di servizio superiore a dieci o a venti anni consente, infatti, la maggiorazione dell'indennità fino, rispettivamente, a dieci e a quattordici mensilità. Anche l'art. 18, comma 5, l. n. 300 del 1970 (come sostituito dall'art. 1, comma 42, lett. b, l. n. 92 del 2012) prevede che l'indennità risarcitoria sia determinata dal giudice tra un minimo e un massimo di mensilità, seguendo criteri in larga parte analoghi a quelli indicati in precedenza, avuto riguardo anche alle "dimensioni dell'attività economica".

La Corte non si è spinta dunque a ritenere incostituzionale l'invalidabile *range* quantitativo stabilito dalla legge per l'indennità da licenziamento illegittimo, ma solo il suo criterio di quantificazione basato esclusivamente sull'anzianità di servizio. Ci si limita, infatti, a prendere atto che la "predeterminazione forfetizzata del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo non risulta incrementabile, pur volendone fornire la relativa prova". L'art. 3, comma 1 – diversamente dall'art. 18, comma 5, l. n. 300 del 1970 – non definisce l'indennità come "onnicomprensiva", ma è "in effetti palese la volontà del legislatore di predeterminare compiutamente le conseguenze del licenziamento illegittimo". Ciò in conformità al principio e criterio direttivo dettato dalla legge di delegazione di prevedere un indennizzo economico "certo".

La Corte ha inteso, pertanto, far tesoro dell'evoluzione legislativa pregressa (quasi "costituzionalizzandola"), da cui emerge come "i criteri da offrire alla prudente discrezionale valutazione del giudice chiamato a dirimere la controversia" debbano essere necessariamente molteplici.

Riguardo, poi, al *firing cost*, la stessa Corte ha ribadito la propria giurisprudenza relativa a disposizioni introduttive di forfetizzazioni legali limitative del risarcimento del danno, affermando che "la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale" (Corte cost. 30 aprile 1999, n. 148, in *Giust. Civ.*, 1999, I, pag. 1933, con nota di S. DE SANTIS), purché sia garantita l'adeguatezza del risarcimento (Corte cost. 26 maggio 2005, n. 199, in *Giust. Civ.*, 2005, I, pag.

1721; Corte cost. 22 novembre 1991, n. 420, in *Giur. cost.*, 1991, pag. 3582, con nota di C. AMATO; Corte cost. 11 novembre 2011, n. 303 (spec. punto 3.3.1. del Considerato in diritto), in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, pag. 637, con nota di M. MALIZIA). Il risarcimento, dunque, ancorché non necessariamente riparatorio dell'intero pregiudizio subito dal danneggiato, deve essere tuttavia equilibrato, cioè tale da realizzare un adeguato contemperamento degli interessi in conflitto (Corte cost. 16 ottobre 2014, n. 235, in *Foro It.*, 2014, I, col. 3345, con note di A. PALMIERI e V. CUOCCI; Corte cost. 9 novembre 2000, n. 482, in *Giust. Civ.*, 2001, I, pag. 1455, con nota di P. SCALETTARIS; Corte cost. 6 maggio 1985, n. 132, in *Giust. Civ.*, 1985, I, pag. 2450, con nota di M. GRIGOLI).

La sentenza in commento (su cui v. C. CESTER, *Una pronuncia scontata: vizi formali e procedurali del licenziamento e inadeguatezza delle sanzioni*, in *Lav. Giur.*, 2020, 10, pag. 964 e segg.) non fa altro che ribadire le considerazioni suseposte, adattandole allo specifico contesto normativo delle violazioni formali e procedurali, per le quali il d.lgs. n. 23 del 2015 contempla analogo criterio di determinazione dell'indennità commisurato alla sola anzianità di servizio, oscillante tra un limite minimo di due mensilità e un insuperabile limite massimo di dodici mensilità.

Tali violazioni – ha condivisibilmente precisato la Corte in sintonia con autorevole dottrina – non devono considerarsi di “minore gravità”, poiché le prescrizioni formali tese alla procedimentalizzazione dell'esercizio del potere disciplinare di cui all'art. 7 l. n. 300 del 1970 (quali l'obbligo di motivazione, il principio del contraddittorio, la conoscibilità delle norme disciplinari, la preventiva contestazione dell'addebito) costituiscono “una essenziale funzione di garanzia, ispirata a valori di civiltà giuridica” (punto 7 del Considerato in diritto) di preminente rango costituzionale (su questo aspetto cfr. per tutti G. PERA, *Art. 7*, in C. ASSANTI, G. PERA, *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1972; L. MONTUSCHI, *Art. 7*, in G. GHEZZI, G.F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori (art. 1-13)*, Bologna-Roma, 1979, pag. 41 e segg.; L. SPAGNUOLO VIGORITA, G. FERRARO, *Art. 7*, in U. PROSPERETTI (diretto da), *Commentario dello Statuto dei lavoratori (art. 1-18)*, Milano, 1975, pag. 145 e segg.; S. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, Milano, 2002, spec. pag. 353 e segg.; L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Riflessioni in tema di potere disciplinare*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2011, pag. 818 e segg.).

La Corte, in particolare, ravvisa l'incostituzionalità della disposizione impugnata nella violazione dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza (*sub specie* di adeguatezza dell'apparato sanzionatorio).

Quanto al principio di eguaglianza, si continua a stigmatizzare il fatto che la valutazione giudiziale venga ad appiattirsi sulla verifica della sola anzianità di

servizio, “determinando un’indebita omologazione di situazioni che, nell’esperienza concreta, sono profondamente diverse”. Si conferma così che “la prudente discrezionalità del legislatore, pur potendo modulare la tutela in chiave eminentemente monetaria, attraverso la predeterminazione dell’importo spettante al lavoratore, non può trascurare la valutazione della specificità del caso concreto”. In tal modo, “nel rispetto del dettato costituzionale, la predeterminazione dell’indennità deve tendere, con ragionevole approssimazione, a rispecchiare tale specificità e non può discostarsene in misura apprezzabile, come avviene quando si adotta un meccanismo rigido e uniforme” (punto 9 delle Considerazioni in diritto).

Secondo la Corte, la disciplina censurata prescinde da altri fattori non meno significativi, già presi in considerazione dal legislatore, come la diversa gravità delle violazioni ascrivibili al datore di lavoro, valorizzata dalla legislazione del 2012 nell’area della tutela reale (art. 18, comma 6, l. n. 300 del 1970, come modificato dalla l. n. 92 del 2012) o i più flessibili criteri del numero degli occupati, delle dimensioni dell’impresa, del comportamento e delle condizioni delle parti (art. 8 l. n. 604 del 1966), applicabili nell’ambito della tutela obbligatoria, così come definito dalla stessa l. n. 92 del 2012.

Quanto al principio di ragionevolezza, i giudici delle leggi ricordano che esso, “nell’ambito della disciplina dei licenziamenti, è stato declinato come necessaria adeguatezza dei rimedi, nel contesto di un equilibrato componimento dei diversi interessi in gioco e della specialità dell’apparato di tutele previsto dal diritto del lavoro” (Corte Cost. n. 194/2018, punti 12.1. e 12.2. del Considerato in diritto). In quest’ottica, un criterio esclusivamente ancorato all’anzianità di servizio non fa che accentuare la marginalità dei vizi formali e procedurali e ne svaluta ancor più la funzione di garanzia di fondamentali valori di civiltà giuridica, orientati alla tutela della dignità della persona del lavoratore (il che è di particolare evidenza nei casi di anzianità modesta).

A questo punto si pongono, però, alcune questioni fondamentali: se gli interessi coinvolti dalle indennità dovute per licenziamento illegittimo sono molteplici, è possibile stabilire una gerarchia tra di essi? Quale/i parametro/i dovrebbe(ro) avere prioritaria considerazione? Quanto ciascuno dei parametri indicati possa o debba effettivamente “pesare” nel complessivo procedimento giudiziale di quantificazione dell’indennità? L’anzianità di servizio o quella anagrafica? Le condizioni personali del lavoratore (ad esempio: carichi di famiglia, obsolescenza e dunque difficile ricollocabilità sul mercato della sua professionalità?) o quelle del datore di lavoro (situazione patrimoniale, numero di occupati, magari anche regolarità/apprezzabilità della sua condotta *sub specie* di adempimento degli obblighi retributivi, contributivi e fiscali)? È evidente che la preminente considerazione delle “condizioni personali delle parti” può avere una notevole influenza nel

licenziamento disciplinare, perché farebbe inesorabilmente focalizzare l'indagine giudiziale non tanto sulle modalità di esercizio del potere datoriale o sul "fatto oggettivo" delle specifiche mancanze addebitabili al lavoratore od al datore di lavoro, ma sulla "serietà"/probità delle persone e/o sulla loro condizione patrimoniale. Una indagine, insomma, di stampo soggettivo, imperniata sul "vissuto" delle parti anche in rapporto al contesto socio-economico.

La Corte non ha saputo o voluto prendere una posizione netta sul punto, limitandosi a richiamare un generica esigenza di "personalizzazione" del danno, nell'ambito della quale dovrebbero armonicamente compendersi esigenze assai diverse di tutela. Si afferma, in particolare, che "nel rispetto dei limiti minimo e massimo oggi fissati dal legislatore, il giudice, nella determinazione dell'indennità, terrà conto innanzitutto dell'anzianità di servizio, che rappresenta la base di partenza della valutazione. In chiave correttiva, con apprezzamento congruamente motivato, il giudice potrà ponderare anche altri criteri desumibili dal sistema, che concorrano a rendere la determinazione dell'indennità aderente alle particolarità del caso concreto" (punto 16 delle Considerazioni di diritto).

L'indennità dovuta dal datore di lavoro per l'illegittimità del licenziamento dovrebbero così soddisfare, al contempo, esigenze sanzionatorie e risarcitorie: nei confronti della lesione d'un bene costituzionalmente tutelato fungere, cioè, al contempo da elemento di deterrenza e di "riparazione". Da tale "sovraccarico funzionale" in capo alla indennità predetta non può che derivarne un "situazionismo quantificatorio" che valorizza la "discrezionalità equitativa" del giudice, le cui decisioni sono non di rado notoriamente sorrette da mere affermazioni di principio, prive di analitiche motivazioni.

Certo, la diffidenza della Corte nei confronti di meccanismi del tutto automatici ed impersonali di calcolo può essere giustificata dal timore che essi possano legittimare recessi fraudolenti (*id est* "programmati a tavolino"), così da ridurre presupposti causali del recesso apparentemente imputabili a mancanze del lavoratore a meri pretesti per operazioni imprenditoriali di riorganizzazione aziendale in frode alla legge. Per evitare, però, che tale "discrezionalità equitativa" possa sfociare in caotico ed imponderabile arbitrio sarebbe allora comunque opportuna l'adozione, da parte dei Tribunali, di tabelle orientative analoghe a quelle per il calcolo del danno non patrimoniale, in cui venga definito *a priori* il "peso" da attribuire a ciascuna circostanza. Si tratterebbe di un utile elemento di razionalizzazione della discrezionalità giudiziale, che garantirebbe trasparenza ed esaudività "a tutto tondo" degli elementi di fatto posti a base della valutazione.

In definitiva, dall'abrogazione parziale dell'art. 4 del d.lgs. n. 23 del 2015 (come già dell'art. 3, d.lgs. ad opera di Corte Cost. n. 194/2018) emerge un quadro normativo sempre più complesso.

Può rilevarsi, innanzitutto, da un punto di vista più generale, la sostanziale coerenza della linea di politica del diritto adottata dai giudici delle leggi, che si preoccupano di non operare disparità di tutela tra due fondamentali diritti costituzionalmente rilevanti quali il lavoro e la proprietà. Come la lesione del diritto al lavoro non richiede al legislatore di contemplare una necessaria integralità del risarcimento, allo stesso modo la dichiarazione di incostituzionalità del calcolo dell'indennità di esproprio è accompagnata dall'affermazione che la funzione sociale della proprietà non implica il dovere di corrispondere un indennizzo pari al valore di mercato del bene (cfr. Corte cost. 24 ottobre 2007, nn. 348-349, in *Foro It.*, 2008, I, col. 39, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 5-*bis*, commi 1 e 2, (sent. n. 348) e comma 7-*bis* (sent. n. 349), d.l. n. 333/1992, convertito con modificazioni dalla legge n. 359/1992).

La stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ammette criteri di calcolo differenziati in ragione della qualità dei fini di pubblica utilità da perseguire, non essendo assimilabili singoli espropri a interventi collegati a programmi di riforma economica, o intesi a realizzare migliori condizioni di giustizia sociale; i giudici di Strasburgo tendono, però, da ultimo a sottolineare il "valore venale" del bene (cfr. Corte EDU 14 gennaio 2014, Pascucci c. Governo italiano, in *Rep. Foro It.*, 2014, voce *Diritti politici e civili* [2170], n. 255; sul punto cfr. G. C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2014, spec. pagg. 649-650; E. BARILÀ, *L'azione per la determinazione dell'indennità di esproprio dopo il t.u. n. 327/2001*, in *Foro It.*, 2017, I, col. 960; S. BONATTI, *La giusta indennità d'esproprio tra costituzione e corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2008, pag. 1288).

Può osservarsi, poi, come esca ridimensionata, in ambito lavoristico, la recente tendenza della giurisprudenza civilistica ad espandere l'area del danno risarcibile (con particolare riferimento a quello di natura non patrimoniale), ora promossa in virtù di una interpretazione costituzionalmente orientata, ben al di là delle strette maglie di cui all'art. 2059 Cod. Civ. Ciò nell'ottica di assicurare un "integrale ristoro", in tutti quei casi in cui sia ravvisabile una "serietà del danno" ed una "gravità dell'offesa" ad un interesse costituzionalmente qualificato, riscontrabile ex art. 2 Cost. in rapporto alla valutazione della tavola di valori vigenti in un dato contesto storico-sociale (cfr. Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, II, pag. 97, con nota di F.D. BUSNELLI, in *Resp. Civ.*, 2009, pag. 13, con note di M. FRANZONI, A. ZACCARIA, F. BILOTTA, G. FACCI, S. FILIPPI, R. PARTISANI, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, II, pag. 465, con note di R. SCOGNAMIGLIO, R. DEL PUNTA; sui recenti e non lineari sviluppi di quest'impostazione cfr. da ultimo Cass., 11 novembre 2019, nn. 28986, 28988, 28993, in www.italgiure.giustizia.it/sncass (su cui cfr. AA.Vv., *La nuova respon-*

sabilità sanitaria. La cassazione cambia le regole dei risarcimenti, Gli speciali di Guida al Diritto, dicembre 2019).

Va notato, infine, l'atteggiamento di *self-restraint* assunto in quest'occasione dalla Consulta, che non ha voluto esaminare, per questioni procedurali, la questione di legittimità costituzionale relativa alla disparità di trattamento legislativo riservata ai vizi formali del licenziamento rispetto a quelli sostanziali. Deve concludersi che tale questione resta, a tutt'oggi, impregiudicata ed aperta ad una possibile, futura censura, che riscriva in senso "unificante" la disciplina sanzionatoria del licenziamento illegittimo. Il che, in fondo, sarebbe del tutto coerente con il ruolo di estrema importanza attribuito dalla Corte stessa alla normativa di procedimentalizzazione del potere disciplinare.

GIOVANNI ZAMPINI

Professore Associato dell'Università Politecnica delle Marche

Cass., Sez. Lav., 28 settembre 2020, n. 20466 – Pres. Berrino – Rel. Lorito – O.L. c. U. S.P.A.

Cig – Violazione dei criteri di rotazione – Danno non patrimoniale da forzata inattività – Depauperamento professionale – Distinzione della tutela risarcitoria – Diritto al lavoro – Danno professionale.

Qualora un lavoratore sia stato collocato in regime di cassa integrazione in violazione dei criteri di rotazione e, contestualmente, per i periodi intercorrenti tra una CIG e l'altra, abbia subito una totale privazione di mansioni, per quanto questi periodi siano stati brevi e circoscritti, il giudice dovrà prevedere due distinti risarcimenti, avendo il comportamento datoriale concretizzato la violazione di due precetti normativi: la tutela risarcitoria per il danno professionale immanente nello stato di forzata inattività dovrà essere determinata in base a valutazione equitativa.

(*Omissis*)

RILEVATO

Il Tribunale di Milano accoglieva in parte le domande proposte da (*Omissis*) nei confronti di (*Omissis*) e dichiarava l'illegittimità della collocazione in CIG per i periodi analiticamente indicati in ricorso (CIGO febbraio 2009-luglio 2010; CIG in deroga, dal luglio 2010 all'aprile 2011 e CIGS dal maggio 2011), condannando la società al pagamento delle somme corrispondenti alla differenza fra quanto spettante a titolo di retribuzioni per i periodi di sospensione in CIGO, CIGS e CIG in deroga, e quanto percepito nei medesimi periodi a titolo di indennità di cassa integrazione. Il Tribunale accertava altresì il demansionamento patito dalla lavoratrice nei periodi di lavoro prestato successivamente al 2 febbraio 2009 allorché non si trovava collocata in CIGO, CIGS e CIG in deroga, condannando la società al risarcimento del danno alla professionalità quantificato nella misura del 100%.

Detta pronuncia veniva parzialmente riformata dalla Corte distrettuale che, con sentenza resa pubblica il 27 marzo 2015, rigettava la domanda proposta dalla lavoratrice a titolo di risarcimento danni da demansionamento, e la condannava alla restituzione di quanto percepito in seguito alla esecuzione della sentenza di primo grado.

(*Omissis*).

CONSIDERATO CHE

1. Con unico motivo la ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione della L. n. 300 del 1970, art. 13 e dell'art. 2103 c.c..

(*Omissis*).

Stigmatizza l'impugnata sentenza per aver denegato tutela al diritto azionato, argomentando – in assenza di alcuna coerenza logico-formale sulla esiguità dei periodi di inattività e sulla circostanza che la riconosciuta indennità per violazione delle norme in tema di rotazione CIGS, avrebbe dovuto assorbire l'eventuale indennizzo relativo alla dequalificazione professionale intervenuta.

Osserva per contro la ricorrente che la totale accertata privazione di mansioni ha concretizzato la violazione di due precetti normativi: il primo riguardante l'inosservanza della norma-

tiva contrattuale collettiva, relativa ai criteri di rotazione in CIGO, CIGS e CIG in deroga; il secondo, la violazione dell'art. 2103 c.c. e della L. n. 300 del 1970, art. 13.

(*Omissis*).

2. Il motivo è fondato e va accolto per le ragioni di seguito esposte.

In altri termini nella disciplina del rapporto di lavoro si riscontra un reticolato di disposizioni specifiche volte ad assicurare una ampia e speciale tutela alla "persona" del lavoratore con il riconoscimento espresso dei diritti a copertura costituzionale (artt. 32 e 37 Cost.).

In siffatto contesto si è quindi, fondatamente ritenuto che la modifica in peius delle mansioni ascritte al lavoratore, è potenzialmente idonea a determinare un pregiudizio a beni di natura immateriale, anche ulteriori rispetto alla salute, atteso che, nella disciplina del rapporto di lavoro, numerose disposizioni assicurano una tutela rafforzata del lavoratore, con il riconoscimento di diritti oggetto di tutela costituzionale, con la configurabilità di un danno non patrimoniale risarcibile ogni qual volta vengano violati, superando il confine dei sacrifici tollerabili, diritti della persona del lavoratore oggetto di peculiare tutela al più alto livello delle fonti.

Infatti questa Corte, a Sezioni unite (vedi Cass. 11 novembre 2008 nn. 26972, 26973, 26974, 26975), dichiarando risarcibile il danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale che determini, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona, ha considerato che l'esigenza di accertare se, in concreto, il contratto tenda alla realizzazione anche di interessi non patrimoniali, eventualmente presidiati da diritti inviolabili della persona, viene meno nel caso in cui l'inserimento di interessi siffatti nel rapporto sia opera della legge, come appunto nel caso del contratto di lavoro, da considerare ipotesi di risarcimento dei danni non patrimoniali in ambito contrattuale legislativamente prevista.

La dignità personale del lavoratore, in riferimento agli artt. 2, 4 e 32 Cost., viene configurata come diritto inviolabile, la cui lesione si risolve in pregiudizio alla professionalità da dequalificazione, che si traduce nella compromissione delle aspettative di sviluppo della personalità nell'ambito della formazione sociale costituita dall'impresa.

L'assegnazione a mansioni inferiori pacificamente rappresenta fatto potenzialmente idoneo a produrre conseguenze dannose, non solo di natura patrimoniale (mancata acquisizione di un maggior saper fare, pregiudizio subito per la perdita di chance, ossia di ulteriori possibilità di guadagno o di ulteriori potenzialità occupazionali v. tra le altre v. Cass. n. 11045 del 10 giugno 2004), ma anche di natura non patrimoniale, dal riconoscimento costituzionale della personalità morale e della dignità del lavoratore derivando il diritto fondamentale di quest'ultimo, al pieno ed effettivo dispiegamento della sua professionalità, espletando le mansioni che gli competono.

Orbene, nello specifico la Corte di merito è pervenuta alla reiezione della domanda di accertamento dell'intervenuto demansionamento e della conseguenziale istanza risarcitoria, sul rilievo che la privazione di mansioni era stata circoscritta a limitati periodi di rotazione e risultava comunque "inserita nello specifico contesto dell'illegittima collocazione della lavoratrice in cassa integrazione, già sanzionata mediante la condanna al pagamento delle differenze retributive fra il relativo trattamento e le retribuzioni maturate nei rispettivi periodi".

Gli approdi ai quali è pervenuta la Corte di merito non appaiono coerenti coi ricordati insegnamenti, perché finiscono per sovrapporre piani risarcitori che rimangono concettualmente distinti perché riconducibili alla violazione di precetti normativi distinti (quelli attinenti all'osservanza dei criteri di rotazione in CIGO, CIGS e CIG in deroga, e quelli posti a tutela della professionalità e della personalità del lavoratore, consacrati dall'art. 2103 c.c. nella versione di testo pro tempore vigente, anteriore alla novella operata con il D.L.vo n. 81 del 2015), oltre che risarcibili alla stregua di diversi parametri; infatti, secondo la elaborazione della giurispruden-

za di legittimità, la non patrimonialità del diritto leso comporta che, diversamente da quello patrimoniale, il ristoro pecuniario del danno vada determinato in base a valutazione equitativa, anche mediante il ricorso alla prova presuntiva, che potrà costituire pure l'unica fonte di convincimento del giudice (ancora Cass. SS.UU. n. 26972/2008 cit.).

Non è, dunque, predicabile un principio, quale quello affermato dalla Corte distrettuale, in base al quale l'accertamento di un diritto scaturito dalla violazione di una norma possa assorbire anche quello derivante dalla violazione di altro precetto normativo; fermo restando che in linea generale, anche un'unica condotta *contra legem* – come anche fatto cenno in precedenza – possa essere fonte di una pluralità di eventi dannosi, autonomamente risarcibili, giacché la lesione in sé della posizione giuridica soggettiva del lavoratore sotto il profilo della professionalità, ha attitudine generatrice di danni sia a contenuto patrimoniale, pregiudicando quel complesso di capacità e di attitudini che è di certo bene economicamente valutabile, sia a contenuto non patrimoniale, risarcibile ogni qual volta vengano violati, superando il confine dei sacrifici tollerabili, diritti della persona.

Chiarita la potenzialità lesiva dell'assegnazione a mansioni inferiori ad opera del datore di lavoro, si è precisato che qualora questi lasci in condizione di inattività il dipendente non solo viola l'art. 2103 c.c., ma lede il fondamentale diritto al lavoro, inteso soprattutto come mezzo di estrinsecazione della personalità di ciascun cittadino, nonché dell'immagine e della professionalità del dipendente, ineluttabilmente mortificate dal mancato esercizio delle prestazioni tipiche della qualifica di appartenenza; tale comportamento comporta la lesione di un bene immateriale per eccellenza, qual'è la dignità professionale del lavoratore, intesa come esigenza umana di manifestare la propria utilità e le proprie capacità nel contesto lavorativo (v. Cass. 18 maggio 2012 n. 7963) e tale lesione produce un danno suscettibile di valutazione e risarcimento anche in via equitativa (vedi in proposito anche Cass. 20 aprile 2018 n. 9901 che ha ravvisato una violazione dell'art. 2087 c.c., con conseguente obbligo di risarcimento del danno biologico – determinabile in relazione alla persistenza del comportamento lesivo, alla durata e reiterazione delle situazioni di disagio professionale e personale nella condotta tenuta dal datore di lavoro nei confronti di una lavoratrice alla quale, dopo il rientro dalla cassa integrazione, non erano stati, fra l'altro, assegnati compiti da svolgere).

Nella fattispecie qui scrutinata, la lavoratrice, per effetto della sospensione illegittima dal lavoro protrattasi dal 2 febbraio 2009 al 2 maggio 2011 e dello stato di forzata inattività nel quale è stata mantenuta fra un periodo di sospensione e l'altro, è stata privata delle mansioni a lei ascritte, con evidente pregiudizio quanto alla posizione giuridica soggettiva, della normalità delle relazioni di cui era titolare nel contesto aziendale in cui operava.

La prospettazione del danno derivante dal demansionamento (idoneo "a frustrare la specifica professionalità della lavoratrice, fedele dipendente per più di 30 anni all'interno dell'azienda, quanto a toglierle autorevolezza e rispetto nell'ambito del suo stesso entourage lavorativo", secondo quanto riferito in ricorso), ed immanente nella condizione stessa di inerzia nella quale la lavoratrice è stata illegittimamente collocata dalla parte datoriale, è, dunque, suscettibile di ristoro per equivalente ed alla stregua del criterio equitativo, secondo i principi generali acquisiti dalla giurisprudenza di questa Corte ai quali si è fatto richiamo.

(*Omissis*)



Forzata inattività tra periodi di illegittima sospensione in Cig e diversificazione della tutela risarcitoria

1. Nella sentenza n. 20466/2020, la Corte di Cassazione ha ribadito che il danno professionale è insito nella totale privazione di mansioni e ha escluso che il risarcimento patrimoniale per illegittima collocazione in cassa integrazione possa assorbire il danno non patrimoniale sofferto da una lavoratrice a causa della forzata inattività, seppur circoscritta a brevi periodi, essendo i due piani risarcitori nettamente distinti.

Se, da un lato, la pronuncia in epigrafe ribadisce un principio pacifico, ossia che la violazione di due precetti normativi produttivi di danni distinti non può che dar luogo a indennizzi altrettanto distinti, dall'altro, seppur con postulati non sempre sorretti da una esaustiva argomentazione e facendo scarso ricorso alle svariate pronunce di legittimità che avrebbe potuto portare a sostegno delle sue conclusioni, sembra voler rafforzare l'orientamento secondo cui la forzata inattività si distingue dal – meno grave – demansionamento non solo nella sua esplicazione, ma, altresì, dal profilo del rapporto tra la lesione dell'interesse, scaturita dall'inadempimento contrattuale del datore di lavoro, e la conseguenza pregiudizievole idonea a sorreggere il risarcimento del danno non patrimoniale, con evidenti conseguenze sul piano dell'onere probatorio a carico del lavoratore.

Ripercorrere la vicenda giudiziale è d'aiuto per comprendere la riqualificazione di una parte dei fatti dedotti nel giudizio di merito da parte della Cassazione.

Il giudice di primo grado (Tribunale di Milano) accertava che la lavoratrice ricorrente era stata illegittimamente posta in cassa integrazione per il periodo intercorrente fra il 2 febbraio 2009 e il 2 maggio 2011. In questi mesi si erano, invero, susseguite tre distinte sotto-tipologie del suddetto ammortizzatore sociale e dal testo della sentenza si evince che la lavoratrice era tornata a lavoro negli intervalli intercorrenti tra una cassa integrazione e l'altra. Tuttavia, l'indicazione puntuale dei periodi di sospensione cui è stata sottoposta la lavoratrice, fornita dal giudice di primo grado, suggerisce che i periodi di rientro a lavoro siano stati estremamente brevi (in particolare si identificano i seguenti periodi: CIGO febbraio 2009-luglio 2010; CIG in deroga, dal luglio 2010 all'aprile 2011 e CIGS dal maggio 2011).

L'accertata violazione dei criteri di rotazione (in merito ai quali la sentenza non fornisce ulteriori indicazioni) veniva risarcita, in primo grado, con il pagamento delle somme corrispondenti alla differenza fra lo stipendio pieno e quanto percepito per i periodi di sospensione in CIGO, CIGS e CIG in deroga a titolo di indennità di cassa integrazione.

Una conclusione confermata dalla Corte di Appello, che, al contempo, valuta in maniera differente i fatti concernenti il secondo motivo di ricorso: mentre il Tribunale accertava anche il patimento di un demansionamento, in violazione dell'art. 2103 Cod. Civ. (nella versione antecedente alla riforma del 2015), da parte della lavoratrice ricorrente e obbligava la società al risarcimento del danno alla professionalità subito da quest'ultima, il Giudice d'Appello riforma la sentenza rigettando la domanda di risarcimento per danno da demansionamento, condannandola a restituire quanto già percepito.

Nonostante la totale privazione di mansioni nei periodi intercorrenti tra una cassa integrazione e l'altra, dovuta alla redistribuzione dei suoi compiti fra i colleghi, sia stata accertata dai giudici di merito, la Corte di Appello nega il risarcimento per danno professionale da demansionamento e ciò, secondo la ricorrente, avviene sulla base di due argomenti: la esiguità dei periodi di inattività e l'assorbimento da parte dell'indennità per violazione dei criteri di rotazione CIG dell'«eventuale indennizzo relativo alla dequalificazione professionale» (corsivo). Una lettura della sentenza che pare suggerire che la Corte di appello non neghi l'esistenza del danno professionale, ma neanche si curi di approfondirne la valutazione, dato che quest'ultimo è considerato solo «eventuale», facendo leva sull'esiguità dei periodi di inattività che costituisce un indicatore a sfavore del danno non patrimoniale da violazione dell'art. 2103 Cod. Civ.

2. Tuttavia, l'argomento avanzato nel secondo grado non sembra riflettere quanto riferito dalla ricorrente. Secondo la Corte di legittimità, il Giudice di secondo grado non rigetta solo l'istanza risarcitoria specifica per danno da demansionamento, ma, a monte, non rileva la sussistenza di un simile inadempimento, difatti si afferma che «nello specifico la Corte di merito è pervenuta alla reiezione della domanda di accertamento dell'intervenuto demansionamento e della conseguenziale istanza risarcitoria». Pare, dunque, che la Corte d'Appello abbia censurato la pronuncia di primo grado per la parte in cui riconosceva il diritto della ricorrente al risarcimento per danno non patrimoniale, non reputando che i fatti integrassero un'ipotesi di demansionamento, principalmente in ragione della durata circoscritta della privazione di mansioni.

D'altronde, la impropria attribuzione di mansioni, nella sua brevità, era idonea a fornire ulteriore prova dell'illegittima rotazione della cassa integrazione.

La durata del depauperamento professionale costituisce, secondo costante giurisprudenza, uno dei parametri principali per valutare il danno non patrimoniale tramite prova presuntiva, *ex art.* 2729 Cod. Civ., metodo probatorio definitivamente sdoganato dalle note pronunce gemelle delle Sezioni Unite del 2008 (v. Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975. In dottrina, tra i molti, cfr. R. DEL PUNTA, *Il nuovo regime del danno non patrimoniale: indi-*

cazioni di sistema e riflessi lavoristici, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, II, pag. 510 e segg.; R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale innanzi alle Sezioni Unite*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, II, pag. 486 e segg.; M. L. VALLAURI, *Il danno non patrimoniale alla luce della giurisprudenza delle Sezioni unite*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2009, 2, pag. 407 e segg.; P. TULLINI, *La tutela risarcitoria del danno alla persona*, in *Resp. Civ.*, 2004, pag. 61 e segg.; L. NOGLER, *Danno non patrimoniale e rapporto di lavoro*, in S. DELLE MONACHE (a cura di), *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale diretto*, in S. PATTI (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2010, pag. 583 e segg.; v., altresì, Cass. 3 ottobre 2013, n. 22585; Cass. 20 novembre 2012, n. 20292; Cass. 16 febbraio 2012, n. 2228; Cass. 23 gennaio 2014, n. 1361; Cass. 6 aprile 2011, n. 7844; Cass. 22 luglio 2009, n. 17101; Cass. 1 luglio 2009, n. 1540; Cass. 5 ottobre 2009, n. 21223, commentata da G. F. AIELLO, *Il danno non patrimoniale da demansionamento: regole di risarcibilità e onere della prova*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2020, pag. 317 e segg.), cui fa seguito una valutazione su base equitativa del risarcimento, «diretta a fare fronte all'impossibilità di provare l'ammontare preciso del danno» (Cass. 17 dicembre 2020, n. 2901; cfr., altresì, oltre a Cass., Sez. Un., nn. 26972-26975 del 2008, cit., Cass. 20 giugno 2008, n. 15585; Cass. 11 luglio 2007, n. 15585; Cass. 21 giugno 2000, n. 8468). Inoltre, si consideri che, secondo un orientamento «più possibilista» (così definito da Cass. 22 ottobre 2020, n. 23144), in tema di demansionamento, è particolarmente significativo il lungo arco temporale del divario di mansioni.

Al suddetto elemento di fatto su cui si è fondato il Giudice di secondo grado nel caso oggetto di questo commento, se ne aggiungono, di norma, altri, qui non menzionati. In particolare: tipo e natura della professionalità colpita; elementi di fatto relativi alla qualità e quantità della esperienza lavorativa pregressa; l'entità del demansionamento, *ergo* la diversa e nuova collocazione a seguito del demansionamento; la conoscibilità del mutamento *in pejus* delle mansioni; la partecipazione a eventuali attività formative (cfr., *ex plurimis*, Cass. 10 gennaio 2018, n. 330; Cass. 19 settembre 2014, n. 19778; Cass. 26 febbraio 2009, n. 4652; Cass. 26 novembre 2008, n. 28274; Cass., Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572).

3. La Suprema Corte riqualifica il fatto, per come accertato in sede di merito, pur non esplicitando l'operazione di riqualificazione, dando a intendere, a una prima lettura, che il fulcro della pronuncia stia nella sola censura dell'assorbimento dei risarcimenti operato dalla sentenza di Appello. Assorbimento chiaramente non tollerato, non trattandosi di danni identici, per i quali, invece, è fatto espressamente divieto di duplicare i risarcimenti (v., per tutte, Cass. 18 maggio 2012, n. 7963; Cass. 12 maggio 2009, n. 10864; Cass. 2 febbraio 2010, n. 2352; Cass. 21 aprile 2011, n. 9138), ma di violazioni di due precetti normativi distinti, che danno diritto ad altrettanti diritti risarcitori.

Tuttavia, si nota una contraddizione nel testo della sentenza in esame, laddove, prima, afferma che «la Corte di merito è pervenuta alla reiezione della domanda di accertamento dell'intervenuto demansionamento e della conseguenziale istanza risarcitoria» e, successivamente, ne cassa la decisione di procedere all'assorbimento della tutela indennitaria, spettante per le due distinte violazioni, nel solo risarcimento per la differenza tra i trattamenti in CIG e le retribuzioni maturate nei relativi periodi; una conclusione cui difficilmente sarebbe potuta pervenire la Corte d'Appello, visti i precedenti approdi.

Ma ciò che indubbiamente qui interessa è sottolineare come il Giudice di legittimità vada persino oltre la sentenza di primo grado, parzialmente censurata da quella di Appello, e qualifichi i fatti subiti dalla lavoratrice, nei periodi intercorrenti tra le sospensioni – illegittime – in CIG protrattesi dal 2/2/2009 al 2/5/2011, non come mero demansionamento, ma come forzata inattività, nel qual caso il «pregiudizio quanto alla posizione giuridica soggettiva, della normalità delle relazioni di cui era titolare nel contesto aziendale in cui operava» risulta «evidente». Il che, beninteso, non equivale a riconoscere il danno non patrimoniale da lesione alla professionalità come un danno in *re ipsa*, sebbene la sentenza non faccia mai espresso riferimento alla discussa differenza tra danno evento e danno conseguenza (sul punto, *ex multis*, M. L. VALLAURI, *Il danno non patrimoniale alla luce della giurisprudenza delle Sezioni unite*, op. cit., pag. 422 e segg.).

La riflessione della Corte si fonda su due passaggi argomentativi tesi a sostenere che, mentre l'assegnazione a mansioni inferiori ha una *potenzialità* lesiva, la totale privazione di mansioni è *intrinsecamente produttiva* di un danno non patrimoniale.

In linea con l'orientamento consolidato, si ricorda, *in primis*, come la dignità professionale del lavoratore costituisca diritto inviolabile, protetto agli articoli 2, 4 e 32 Cost. (M. L. VALLAURI, *L'argomento della "dignità umana" nella giurisprudenza in materia di danno alla persona del lavoratore*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2010, 4, pag. 659; B. VENEZIANI, *Il lavoro tra l'ethos del diritto ed il pathos della dignità*, *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2010, 2, pag. 257 e segg.), posto a presidio dell'interesse non patrimoniale del lavoratore e inserito dalla stessa legge nel contratto di lavoro, da cui deriva il diritto fondamentale del lavoratore «al pieno ed effettivo dispiegamento della sua professionalità, espletando le mansioni che gli competono». Si rende, quindi, superfluo accertare se il contratto in questione realizzi o meno anche interessi non patrimoniali (in senso adesivo a Cass., Sez. Un., nn. 26972-26975 del 2008, cit.). La potenzialità lesiva dell'assegnazione a mansioni inferiori si rinviene, così, nell'eventuale nesso causale sussistente tra l'offesa alla dignità personale e il, conseguente, pregiudizio alla professionalità da dequalificazione,

«che si traduce nella compromissione delle aspettative di sviluppo della personalità nell'ambito della formazione sociale costituita dall'impresa».

Come menzionato sopra, se, secondo la Suprema Corte, l'assegnazione a mansioni inferiori ha una «potenzialità lesiva», il danno derivante dal demansionamento «è immanente nella condizione stessa di inerzia».

Il datore di lavoro che priva il lavoratore delle mansioni che gli sarebbero proprie, lasciandolo in una condizione di inattività, viene meno ai suoi obblighi contrattuali sanciti dall'art. 2103 Cod. Civ., compiendo una violazione di legge in senso stretto, che di per sé non è sufficiente a riconoscere al lavoratore il risarcimento del danno non patrimoniale. Tuttavia, al contempo, imponendo lo svuotamento di mansioni, il datore di lavoro lede il diritto al lavoro, costituzionalmente tutelato all'art. 4 Cost., da intendersi, in una simile circostanza, come «mezzo di estrinsecazione della personalità di ciascun cittadino, nonché dell'immagine e della professionalità del dipendente». Siffatta lesione produce inevitabilmente un danno di natura non patrimoniale, causando un pregiudizio alla dignità del lavoratore, «bene immateriale per eccellenza», sicuramente risarcibile *ex art.* 2059 Cod. Civ. (il riferimento principe è sempre a Cass., Sez. Un., nn. 26972-26975 del 2008, cit.) e suscettibile di valutazione anche in via equitativa (come già menzionato sopra), senza che sorga la necessità di produrre ulteriore prova della conseguenza pregiudizievole scaturita dalla lesione, giacché l'immagine e la professionalità del dipendente ne escono «ineluttabilmente», e non potenzialmente, mortificate.

Non si smentisce, quindi, la consolidata giurisprudenza di Cassazione secondo cui il danno non patrimoniale costituisce danno conseguenza anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona (diversamente, tra i pochi, App. Firenze 8 gennaio 2013 n. 1426, che, pur riconoscendo le Sezioni Unite del 2008, afferma che «il danno non patrimoniale in conseguenza della lesione di un bene costituzionalmente protetto – quale la dignità del lavoratore [...] è *in re ipsa* e si identifica con la lesione») e, pertanto, debba essere allegato e provato, anche solo tramite presunzioni precise e concordanti, così che risponda alla funzione risarcitoria riconosciutagli dall'ordinamento e non, invece, a una pena privata elevata contro un comportamento lesivo (*ex plurimis*, Cass., Sez. Un., n. 6572 del 2006, cit., che ha escluso che il danno da demansionamento consista in una «somma castigo, come una sanzione civile punitiva»; cfr. M. CINELLI, *Il danno non patrimoniale alla persona del lavoratore: un excursus fra responsabilità e tutele*, in: AA.Vv., *Il danno alla persona del lavoratore. Atti del Convegno nazionale Aidlass. Napoli 1°-2 maggio 2006*, Milano, 2007; Cass., Sez. Un., nn. 26972-26972 del 2008, cit.; tra le pronunce più recenti sul tema: Cass. 16 aprile 2018, n. 9385, Cass. 29 gennaio 2018, n. 2056; Cass. 18 gennaio 2018, n. 907; Cass. 13 ottobre 2016, n. 20643. Già sul tema L. NOGLER, *Danni personali e rapporto di lavoro: oltre il danno bio-*

logico?, in *Riv. Dir. Lav.*, 2002, I, spec. pag. 308. Recentemente, cfr. A. AVONDOLA, *Il danno da demansionamento: la giurisprudenza del futuro guarda al passato*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2018, 4/5, pag. 1344 e segg.; M. SIGNORELLI, *L'evoluzione giurisprudenziale del danno da demansionamento: una ricostruzione sistematica*, in *Riv. Civ. Prev.*, 2018, 5, pag. 1494 e segg.), ma si rileva l'inevitabilità della conseguenza dannosa nel particolare contesto preso in esame e, dunque, pur sempre un danno conseguenza (nel caso limite dello svuotamento di mansioni si potrebbe sostenere persino la necessità di associare al risarcimento del danno, l'adempimento in forma specifica: cfr. M. BIASI, *L'esclusione lavoristica dalla misura coercitiva indiretta ex art. 614-bis c.p.c.: un opportuno ripensamento*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2020, 2).

La giurisprudenza non è nuova a simili conclusioni in ipotesi di totale inattività causata dall'inadempimento del datore di lavoro. La sentenza in epigrafe è, difatti, adesiva a un precedente del maggio 2012, dove si postula, finanche, una differenza tra la fattispecie oggetto del giudizio e quella del demansionamento professionale, la quale «presuppone l'adibizione del lavoratore a mansioni inferiori rispetto quelle di appartenenza e, quindi, comunque lo svolgimento di una attività lavorativa», prevedendo, altresì, l'applicazione di regole differenti anche per il tipo di prova a carico del ricorrente (Cass. n. 7963 del 2012, cit.).

In linea con un simile orientamento, in una pronuncia di legittimità del 2019, si è affermato che, nel caso di totale privazione di mansioni, l'onere della prova sia alleggerito, sebbene, in quel caso, la lunga durata del depauperamento professionale sia stata addotta come concausa di un simile alleggerimento degli oneri probatori; mentre nella pronuncia in esame la esiguità temporale della privazione di mansioni non sembra aver pesato a sfavore della ineluttabilità della lesione alla professionalità (Cass. 13 dicembre 2019, n. 32982; Cass. 23 novembre 2011, n. 24718, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, 1, pag. 183, con nota di C. MURENA, *Sull'onere della prova in tema di danno da demansionamento*).

Secondo altra giurisprudenza di legittimità, al contrario, il profilo della durata diviene irrilevante di fronte al danno professionale, in particolare quando questo sia associato, come nel caso di specie e secondo quanto riferito in ricorso, anche all'impatto che la privazione di mansioni ha sul ruolo della lavoratrice nei confronti del suo *entourage* lavorativo, dato che «il diritto all'immagine professionale del lavoratore non può essere leso neppure per poco tempo» (Cass. 3 maggio 2016, n. 8709).

È, tra l'altro, conforme alle testé menzionate sentenze del 2012 e del 2019 il riconoscimento di un «diritto al lavoro» quale parametro per valutare la legittimità e la portata del demansionamento, inteso come «mezzo di estrinsecazione della personalità di ciascun cittadino, nonché dell'immagine e della professionalità del dipendente» (per una riflessione sul diritto al lavoro, cfr. F. LISO, *Il diritto al lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2009, 121, pag. 139 e segg.).

In conclusione, vista la inevitabile sussistenza di un danno non patrimoniale da forzata inattività meritevole di indennizzo specifico, la quale esclude, per altro, che la privazione di mansioni a cui è stata soggetta la ricorrente abbia costituito semplicemente prova ulteriore dell'illegittimità della CIG, il solo risarcimento per illegittima sospensione in cassa integrazione non è sufficiente e i Giudici di legittimità rimettono a un nuovo collegio di Appello la valutazione equitativa della tutela risarcitoria spettante alla ricorrente.

4. Una breve considerazione merita, infine, la figura del danno professionale. Essendo la dignità professionale del lavoratore, ossia il bene ultimo leso dalla forzata inattività, «esigenza umana di manifestare la propria utilità e le proprie capacità nel contesto lavorativo», il relativo pregiudizio può essere fatto rientrare nella categoria, puramente descrittiva, del danno esistenziale, – sebbene la sentenza in commento non lo menzioni, ma, anzi, citi una precedente pronuncia di Cassazione dove il riferimento è al danno biologico da violazione dell'art. 2087 Cod. Civ. – la cui risarcibilità riconosce il diritto di ognuno a un'esistenza serena in cui l'individuo possa perseguire la sua realizzazione nel mondo esterno (Cass. 31 maggio 2003, nn. 8827, 8828, seguite e confermate da Corte cost. 11 luglio 2003, n. 223; Cass., Sez. Un., n. 6572 del 2006, cit.). Il c.d. danno esistenziale, difatti, pur non costituendo una categoria autonoma di danno, è idoneo a inquadrare il danno professionale nel contesto di un contratto di lavoro. Il riferimento è, nuovamente, a Cass. n. 6572 del 2006 – quantunque il Giudice non la richiami espressamente – secondo cui, nell'ambito del rapporto di lavoro e in particolare laddove vi sia violazione dell'obbligo di garantire la tutela dell'integrità fisica e della personalità morale del lavoratore (art. 2087 Cod. Civ.), il danno non patrimoniale da lesione professionale configura un danno esistenziale, essendo lesi diritti della persona del lavoratore di rango Costituzionale, che si pongono, *inter alia*, a tutela della dignità personale del lavoratore (in specie, artt. 1, 2, 4 e 35 Cost.). Il quadro è completato dalla nota sentenza delle Sezioni Unite del 2008, la quale, accogliendo la tesi che valorizza la figura del danno esistenziale proprio del contesto giuslavoristico, precisa che tale categoria di danno non è autonoma «al di fuori dell'ambito del rapporto di lavoro» (Cass., Sez. Un., nn. 26972-26972 del 2008, cit.; cfr. F. GARRI, *Il danno nel diritto del lavoro. L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in A. ALLAMPRESE (a cura di), *Il danno nel diritto del lavoro. Funzione risarcitoria e dissuasiva*, Roma, 2015, pag. 105; sulla dibattuta unitarietà del danno non patrimoniale torna, tra le altre, Cass., Sez. III, 9 giugno 2015, n. 11851, in *Resp. Civ. Prev.*, 2015, 4, pag. 1113, con nota di P. ZIVIZ, *Il mosaico del danno alla persona*).

GIULIA FROSECCHI

Assegnista di ricerca dell'Università di Firenze

Cass., Sez. Lav., 4 maggio 2020, n. 8444 – Pres. Raimondi – Rel. Lorito – V.S., S.V., P.A., V.C. c. Fondazione Orchestra M.G.V.

Qualificazione del rapporto di lavoro – Etero-direzione – Etero-organizzazione – Elevata professionalità dell'attività di lavoro – Esclusione della natura subordinata del rapporto.

Avendo riguardo ad una prestazione lavorativa di natura intellettuale, come quella degli orchestrali, la quale si inserisce in un'attività che richiede l'apporto coordinato dei lavoratori, l'elevata professionalità e l'alto grado di specializzazione dell'opera prestata rendono privi di valenza significativa ai fini della qualificazione del rapporto la soggezione alle direttive provenienti dal direttore, nonché gli obblighi di rispettare rigidamente gli orari (sia con riguardo alle prove che agli spettacoli), di giustificare le assenze e di rimanere a disposizione fra una prestazione e l'altra (i.e. nell'intervallo tra i diversi spettacoli).

RILEVATO CHE

La Corte d'appello di Milano, con sentenza resa pubblica in data 28 settembre 2015 confermava la pronuncia del giudice di prima istanza che aveva respinto le domande proposte da V.S., S.V., P.A., V.C. nei confronti della Fondazione Orchestra M.G.V., intese a conseguire:

in via principale, pronuncia dichiarativa della intercorrenza fra le parti di un rapporto di lavoro subordinato e a tempo indeterminato, della nullità o inefficacia della "disdetta del rapporto di lavoro e/o del licenziamento posto in essere dalla Fondazione", e di condanna al ripristino del rapporto di lavoro, previa formale assunzione degli stessi con contratto di lavoro a tempo indeterminato;

in via subordinata, pronuncia di accertamento della sussistenza di un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa priva di un progetto specifico con la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato ex art. 69, D.L.vo n. 276 del 2003.

La Corte distrettuale perveniva a tale convincimento dopo avere scrutinato l'articolato quadro istruttorio delineato in prime cure, ritenuto inidoneo a comprovare la ricorrenza, nello specifico, degli elementi atti a qualificare, in termini di locatio operarum, il rapporto di lavoro intercorso fra le parti.

Disattendeva altresì la censura concernente la domanda proposta in via subordinata, sul rilievo che il contenuto altamente specialistico della prestazione, la breve durata dei singoli contratti ancorati a specifici spettacoli, la libertà di prestazioni in favore della convenuta con altre rese in favore dei terzi, imponevano di escludere che la fattispecie potesse ricondursi al paradigma normativo di cui all'art. 69, D.L.vo n. 276 del 2003.

Avverso tale decisione i lavoratori soccombenti interpongono ricorso per cassazione sostenuto da quattro motivi illustrati da memoria ex art. 380 bis c.p.c.

La Fondazione intimata resiste con controricorso successivamente illustrato da memoria.

CONSIDERATO CHE:

1. Con il primo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 2094, 2222 e 2230 c.c., in relazione all'art. 360 comma 1, n. 3, c.p.c.

Si osserva, in estrema sintesi, che, avuto riguardo alla prestazione di un musicista d'orchestra e diversamente da quanto argomentato dai giudici del gravame, non è configurabile una prestazione intellettuale d'opera autonoma, ad eccezione delle prestazioni cd. solistiche in cui il prestatore d'opera dispone di autonomia nella interpretazione e nella esecuzione del brano musicale.

Ritenute inapplicabili alla fattispecie le disposizioni di cui agli artt. 2230 e segg., si ripercorre l'iter motivazionale seguito dai giudici del gravame per criticarne gli approdi in tema di verifica degli elementi costitutivi della subordinazione, e proponendone una diversa interpretazione, sul, rilievo che il rispetto dell'orario di lavoro, l'obbligo di giustificare le assenze e quello di rispettare pedissequamente le direttive del direttore musicale, integravano indici significativi della intercorrenza di un rapporto di lavoro disciplinato dall'art. 2094 c.c.

2. Il motivo non è fondato.

Ed invero, secondo il consolidato orientamento di questa Corte, ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro come autonomo o subordinato, è censurabile in sede di legittimità soltanto la determinazione dei criteri generali ed astratti da applicare al caso concreto, mentre costituisce apprezzamento di fatto, come tale incensurabile in detta sede, se correttamente motivata, la valutazione delle risultanze processuali che hanno indotto il giudice del merito ad includere il rapporto controverso nell'uno o nell'altro schema contrattuale (cfr., *ex plurimis*, Cass. 4 maggio 2011 n. 9808, Cass. 17 aprile 2009 n. 9256 e, con riferimento al rapporto di lavoro di musicisti dell'Orchestra Regionale della Toscana, Cass. 17 maggio 2003 n. 7740).

Nel caso di specie la Corte territoriale il proprio *iter* argomentativo senza arrecare alcun *vulnus* ai criteri generali ed astratti da applicare al caso concreto in tema di qualificazione del rapporto di lavoro.

Ha osservato in via di premessa che gli appellanti, professori d'orchestra, avevano operato in favore della Fondazione, in esecuzione di contratti di prestazione d'opera intellettuale conclusi in relazione a specifici programmi, comportanti l'obbligo di partecipazione alle prove nei luoghi e secondo le modalità stabilite dalla Fondazione, il rispetto delle modifiche alla programmazione che l'Orchestra avesse ritenuto di apportare e con la garanzia di retribuzione delle sole giornate lavorate in caso di cancellazione di concerti per cause indipendenti dalla volontà dell'Orchestra.

Ha rimarcato poi, come l'oggetto della prestazione concordata fosse connotato da un lato dall'elevato contenuto professionale richiesto al singolo professionista, e dall'altro "dalla necessaria corralità della prestazione in quanto destinata ad assumere valore e contenuto in rapporto agli altri componenti dell'orchestra". Si trattava di "condotte specularmente necessarie, onde assicurare la completa funzionalità dell'orchestra, poste a presidio della qualità stessa dello spettacolo, passibile di essere compromessa – con intuibili ricadute negative in termini di immagine e di pubblico – da improvvise defezioni che, proprio in ragione di ciò, la Fondazione doveva essere in grado di fronteggiare per tempo".

Nell'ottica descritta, privi di valenza significativa dovevano ritenersi l'obbligo di rispettare rigidamente gli orari (sia con riguardo alle prove che agli spettacoli), così come l'obbligo di giustificare le assenze, elementi tutti enfatizzati dai ricorrenti a fondamento del diritto azionato, valendo analoghe considerazioni anche per quanto riguarda la dedotta soggezione alle direttive provenienti dal direttore, proprio in quanto funzionali alla realizzazione dell'opera, garantita dal coordinato apporto di ciascuno dei musicisti, ed al luogo della prestazione. Deprivato di significato decisivo era anche l'obbligo di rimanere a disposizione fra un concerto e l'altro, risolvendosi nella necessità di garantire la prestazione nella sua globalità, quale individuata negli accordi *inter partes*.

In definitiva, non erano stati dedotti elementi significativi della subordinazione, qualificata dall'esistenza di un potere direttivo che consentisse al datore di lavoro di disporre pienamente

della prestazione altrui, nell'ambito delle esigenze della propria organizzazione produttiva. Le acquisizioni probatorie avevano anzi escluso l'esistenza di tale potere direttivo, "essendo invece incontestata la libertà degli appellanti di accettare o meno le singole proposte contrattuali...di sottrarsi alle prove in caso di variazioni assunte in corso d'opera a fronte di pregressi impegni" e di assumerne anche nei confronti dei terzi.

Da ultimo, ostativa rispetto alla qualificazione in termini di subordinazione del rapporto di lavoro *inter partes* era da ritenersi la natura squisitamente intellettuale dell'opera prestata e della qualità dei contraenti che, in difetto di inequivoci indici di deviazione del rapporto dalle obbligazioni concordate, inducevano a conferire rilievo nella qualificazione, alla volontà espressa dai contraenti.

Si tratta di apprezzamento condotto in conformità ai principi elaborati in tema dalla Corte di legittimità – secondo cui l'elemento della subordinazione (ossia della sottoposizione al potere direttivo, disciplinare e di controllo del datore di lavoro) costituisce una modalità d'essere del rapporto, desumibile da un insieme di circostanze che devono essere complessivamente valutate da parte del giudice del merito, in particolare nei rapporti di lavoro aventi natura professionale o intellettuale ed indipendentemente da una iniziale pattuizione scritta sulle modalità del rapporto (vedi Cass. 26 agosto 2013 n. 19568) – ed alla stregua di argomentazioni congrue quanto alla valutazione delle circostanze ritenute in concreto idonee a far rientrare il rapporto controverso nell'uno o nell'altro schema contrattuale. La statuizione non appare, dunque, inficiata, dalla formulata censura.

(*Omissis*)



Noterelle sull'accertata natura autonoma della prestazione, etero-diretta ed etero-organizzata, degli orchestrali

Come ampiamente noto, agli albori di un anno che, complice il dirompente fattore esogeno della pandemia (cfr. M. BROLLO, *Il lavoro agile alla prova della emergenza epidemiologica*, in V. FILÌ (a cura di), *Covid-19 e rapporto di lavoro*, Modena, 2020, pag. 167, in termini di "forza delle cose"), ha visto trasversalmente sollecitata la materia del diritto del lavoro, è stata depositata l'attesissima sentenza della Corte di Cassazione sulla qualificazione della prestazione dei *riders* di Foodora (Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, in *Dir. Rel. Ind.*, 2020, 1, pag. 145, con nota di A. MARESCA, *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni organizzate*).

Nell'occasione, la Suprema Corte, giusta una lettura dell'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 in chiave rimediale e, dunque, orientata agli effetti (tutele) piuttosto che alla fattispecie (qualificazione), era giunta ad affermare che sarebbe divenuto superfluo "interrogarsi sul se le forme di collaborazione...siano collocabili nel campo della subordinazione ovvero dell'autonomia, perché ciò che conta è che per esse...l'ordinamento ha statuito espressamente l'applicazione delle norme sul lavoro subordinato".

A dispetto della dichiarata istanza di semplificazione perseguita dalla Corte, la dottrina non aveva tuttavia mancato di evidenziare come il ricorso ai "nuovi

ed inusitati canoni di interpretazione della legge” (D. GAROFALO, *La prima disciplina del lavoro su piattaforma digitale*, in *Lav. Giur.*, 2020, 1, pag. 6) avrebbe finito per aggravare, piuttosto che agevolare, il compito degli interpreti, ai quali la Corte non aveva offerto chiare indicazioni circa la – decisiva – distinzione tra l’etero-direzione e l’etero-organizzazione, oltre che tra quest’ultima ed il coordinamento (v., per tutti, M. PERSIANI, *Osservazioni sulla vicenda giudiziaria dei riders*, in *Giur. It.*, 2020, 7, pag. 1801 e segg.).

Del resto, anche a prescindere dall’ardua elezione delle tutele “ontologicamente” compatibili con una prestazione etero-organizzata ex art. 2 d.lgs. n. 81 del 2015 e non altrettanto con una etero-diretta ex art. 2094 Cod. Civ. (v. M. BIASI, *Tra fattispecie ed effetti: il “purposive approach” della Cassazione nel caso Foodora*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2020, 1, pag. 14), l’estensione degli spazi dell’etero-organizzazione (i.e. della subordinazione come effetti) da parte della Suprema Corte aveva inevitabilmente comportato il ridimensionamento, se non proprio la compressione, dell’etero-direzione (i.e. della subordinazione come fattispecie: cfr. B. CARUSO, *I diritti dei lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale: tutele rimediali legali, giurisprudenziali e contrattuali*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2019, 4, pag. 1032; cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *La Sentenza della Corte d’Appello Torino sul caso Foodora. Ai confini tra autonomia e subordinazione*, in *Lav. Dir. Eur.*, 1, 2019, pagg. 7-8; M. BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, in *Labour & Law Issues*, 2019, 5, 2, pag. 14).

Quest’ultima, infatti, veniva in precedenza intesa dalla giurisprudenza maggioritaria come una modalità di estrinsecazione del potere direttivo (*ex multis*, Trib. Roma 30 maggio 2017, in *DeJure*; Trib. Roma 17 gennaio 2017, *ibidem*; Cass. 19 febbraio 2016, n. 3303, in *Foro It.*, 2016, 4, I, col. 1246; Cass. 8 febbraio 2010, n. 2728, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 2, pag. 167; Cass. 10 luglio 1991, n. 7608, in *Mass. Giur. Lav.*, 1991, pag. 506; v. anche, successivamente alla “pronuncia Foodora”, Cass. 26 novembre 2020, n. 2707, e Cass. 2 ottobre 2020, n. 21194, entrambe in *Banca Dati DeJure*; Trib. Palermo 24 novembre 2020, in *Guida Lav.*, 4 dicembre 2020, n. 48, con nota di P. TOSI, *Riders: qualificazione del rapporto e rappresentanza sindacale*, ed ivi il rinvio alla celebre Corte cost. 12 febbraio 1996, n. 30, in *Dir. Lav.*, 1996, II, pag. 52), ovvero ad un modo di essere o di manifestarsi della stessa subordinazione (L. NOGLER, *Gli spazi di lavoro nelle città tra innovazioni tecnologiche e “regressioni” interpretative*, in A. OCCHINO (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Milano, 2018, pag. 33; P. ALBI, *Il lavoro mediante piattaforme digitali tra autonomia e subordinazione*, in *Labor*, 2019, 2, pag. 128; G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato e l’interpretazione autentica del lavoro coordinato ex art. 15 d.lgs. n. 81 del 2017*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario Breve allo Statuto del Lavoro Autonomo e del Lavoro Agile*, Padova, 2018, pag. 437; F. CARINCI, *La subordinazione rivisitata alla luce dell’ultima legislazione: dalla*

“subordinazione” alle “subordinazioni”? in *Arg. Dir. Lav.*, 2018, 4/5, pag. 968; O. MAZZOTTA, *Lo strano caso delle «collaborazioni organizzate dal committente»*, in *Labor*, 2016, 1-2, pag. 10; P. TOSI, *L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 6, pag. 1127; a favore di un ripensamento dei confini, o delle “soglie”, tra l'etero-direzione e l'etero-organizzazione all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 2 d.lgs. n. 81 del 2015, v. A. PERULLI, *La nuova definizione di collaborazione organizzata*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2019, IV, pag. 1166; C. PISANI, *Le nuove collaborazioni etero-organizzate, il lavoro tramite piattaforme digitali e gli indici presuntivi della subordinazione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2019, 6, pag. 1191 e segg.; A. BOSCATI, *L'inquadramento giuridico del lavoro da remoto tra potere direttivo e autonomia della prestazione*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, Piacenza, 2020, pag. 54; cfr., per ampi riferimenti, S. D'ASCOLA, *La collaborazione organizzata cinque anni dopo*, in *Lav. Dir.*, 2020, 1, pag. 11 e segg.).

Se l'opzione restrittiva dell'etero-direzione, a vantaggio dell'etero-organizzazione, avanzata dalla Cassazione nella vicenda Foodora traeva probabilmente linfa dall'impossibilità della Corte di pronunciarsi sulla (o a favore della) natura subordinata della prestazione dei *riders* (essendo passato in giudicato il capo della pronuncia d'appello che aveva rigettato la relativa domanda) e dalla conseguente necessità di contenere il proprio scrutinio all'accertamento dell'etero-organizzazione dell'art. 2 d.lgs. n. 81 del 2015, si era paventato che il contenimento degli spazi dell'art. 2094 Cod. Civ. avrebbe avuto ripercussioni sugli “ordinari” giudizi di qualificazione, riverberandosi, in ultima analisi, sulla stessa fattispecie (M. BIASI, *Le (in)attese ricadute di un approccio rimediabile al lavoro tramite piattaforma digitale*, in *Giur. It.*, 2020, 7, pag. 1806 e segg.).

Ciò sembra essersi verificato proprio nella pronuncia annotata, ove la Corte si è spinta al punto di negare la natura subordinata di prestazioni di lavoro risultanti, almeno agli occhi dello scrivente, *per tabulas* etero-dirette, nell'assenza, per di più, del “paracadute” dell'etero-organizzazione *ex art. 2 d.lgs. n. 81 del 2015* (il giudizio era stato infatti instaurato anteriormente all'entrata in vigore della disposizione da ultimo citata).

La vicenda riguardava nello specifico la qualificazione del rapporto di alcuni professori d'orchestra che avevano operato in favore di una Fondazione Lirico-Sinfonica in esecuzione di contratti di prestazione d'opera intellettuale relativi a specifici programmi.

Come emerso documentalmente, gli accordi tra le parti comportavano l'obbligo di partecipazione alle prove nei luoghi e secondo le modalità stabilite dalla Fondazione, nonché il rispetto delle modifiche alla programmazione.

Confermando quanto già statuito dalla sentenza d'appello, la Suprema Corte ha rilevato che, vista "la necessaria corralità di una prestazione...destinata ad assumere valore e contenuto in rapporto agli altri componenti dell'orchestra", dovevano ritenersi privi di valenza significativa, a fini qualificatori, gli obblighi di rispettare rigidamente gli orari (sia con riguardo alle prove che agli spettacoli) e di giustificare le assenze.

Trattandosi, infatti, di "condotte specularmente necessarie", la Fondazione doveva essere in grado di fronteggiare per tempo le improvvise defezioni, in modo tale da assicurare la completa funzionalità dell'orchestra.

L'obbligo di presenza doveva insomma ritenersi funzionale alla buona riuscita dello spettacolo senza che da ciò, nell'ottica del giudicante, trapelasse – o venisse in alcun modo in rilievo – l'interesse organizzativo alla base del ricorso alla prestazione lavorativa, perciò stesso subordinata, dei lavoratori (v., per tutti, M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, *passim*).

Analoghe considerazioni valevano, secondo la Corte, con riguardo alla dedotta soggezione alle direttive provenienti dal direttore, in quanto la medesima era del pari funzionale alla realizzazione di un'opera garantita solo dal coordinato apporto di ciascuno dei musicisti.

Piuttosto, la natura squisitamente intellettuale dell'opera prestata e la qualità dei contraenti, "in difetto di inequivoci indici di deviazione del rapporto dalle obbligazioni concordate", inducevano a conferire rilievo alla volontà espressa dai contraenti di qualificare la prestazione come autonoma.

In definitiva, né l'etero-organizzazione, intesa come integrazione funzionale della prestazione in un'attività produttiva organizzata, né l'etero-direzione sono state ritenute dalla Corte sufficienti, in presenza di una prestazione dall'elevato contenuto professionale, a concludere che la pronuncia appellata avesse errato nel ricondurre le prestazioni di causa nel novero del lavoro autonomo.

Sotto questo aspetto, la pronuncia in commento sembra invero porsi sulla scia di un discusso precedente della Corte Costituzionale concernente la qualificazione – qui addirittura *ex lege* – del rapporto degli infermieri in servizio presso l'amministrazione penitenziaria nell'alveo del lavoro autonomo (Corte cost. 15 aprile 2015, n. 76, in *Arg. Dir. Lav.*, 2016, 2, pag. 318, con nota di S. BERTOCCO, *Indisponibilità del tipo legale tra certezze della giurisprudenza e nuovi orientamenti dogmatici*). Ivi si legge che "l'organizzazione del lavoro secondo il modulo dei turni, l'obbligo di attenersi alle direttive impartite dal direttore del carcere e dal personale medico non sono indici inequivocabili della subordinazione", laddove "l'organizzazione in turni appare coesenziale alla prestazione di lavoro, l'obbligo di rispettare le prescrizioni del direttore del carcere e del personale medico non rispecchia l'assoggettamento dell'infermiere al potere direttivo, organizzativo e

disciplinare del datore di lavoro”. Il Giudice delle Leggi osservava inoltre che il potere direttivo si sostanzierebbe “[solo] nell’emanazione di ordini specifici, inerenti alla particolare attività svolta e diversi dalle direttive d’indole generale, in una direzione assidua e cogente, in una vigilanza e in un controllo costanti, in un’ingerenza, idonea a svilire l’autonomia del lavoratore”.

A tacere delle problematiche relative all’indisponibilità del tipo (su cui v. le puntuali critiche di F. GHERA, *La Corte alle prese con una norma di dubbia compatibilità con il c.d. principio di “indisponibilità del tipo”*, in *Giust. Cost.*, 2015, 3, pag. 690 e segg.), è evidente come abbracciare una simile concezione della subordinazione significhi escludere dal relativo tipo la massima parte delle prestazioni lavorative dell’epoca post-fordista (cfr. L. CORAZZA, *Note sul lavoro subordinato 4.0*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2018, 4, pag. 1066 e segg.; P. ICHINO, *Le conseguenze dell’innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2017, I, pag. 525 e segg.; O. RAZZOLINI, *La nozione di subordinazione alla prova delle nuove tecnologie*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2017, 4, pag. 974 e segg.), omettendo peraltro di considerare che, sin dal 1942, tra le categorie dei prestatori di lavoro subordinato figurano pure i dirigenti, i quali non sono mai stati sottoposti al potere direttivo nella forma prefigurata nel citato arresto della Consulta e, parimenti, nella decisione in commento (v., da ultimo, R. GALARDI, *Il dirigente d’azienda. Figure sociali, fattispecie e disciplina*, Torino, 2020, oltre al classico P. TOSI, *Il dirigente d’azienda. Tipologia e disciplina del rapporto di lavoro*, Milano, 1974).

Quest’ultima sembra spingersi addirittura oltre, compiendo un sostanziale rovesciamento del metodo tipologico. Senza arrivare al punto di sostenere quanto scrissero le Corti britanniche a fine Ottocento, ossia che “un lavoratore di concetto, al pari del manager di una banca dall’elevata remunerazione, non può essere un lavoratore subordinato, trattandosi di una persona nella posizione di un *gentleman*” (Yewen v Noakes [1880] 6 QBD 530: trad. mia), l’idea secondo cui certe prestazioni vadano ritenute per antonomasia autonome, in quanto altamente professionali, non si concilia né con la consolidata massima giurisprudenziale secondo cui “ogni attività umana, economicamente rilevante, può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato che di rapporto di lavoro autonomo” (Cass. 8 febbraio 2010, n. 2728, in *Guida Dir.*, 2010, 13, pag. 68; cfr., anche per altri riferimenti, F. AMENDOLA, *Subordinazione e autonomia: il sindacato di legittimità*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2018, 4/5, pagg. 1002-1003), né tantomeno con il recente riconoscimento *ex lege* di forme di subordinazione rispetto alle quali il potere direttivo si manifesta in forma quanto mai diluita o tenue (cfr., con riguardo al lavoro agile *ex art. 18 e segg. l. n. 81/2017*, L. TEBANO, *Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*, Napoli, 2020, pag. 242 e segg.).

Il sostegno normativo nei confronti del “tipo”, attraverso la promozione del lavoro agile, oltre che delle tutele, mediante il meccanismo *ex art. 2 d.lgs. n. 81 del 2017*,

reca il segno della perdurante centralità della fattispecie del lavoro subordinato (v., *ex multis*, M. MARTONE, *Il lavoro agile nella l. 22 maggio 2017 n. 81: un inquadramento*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario Breve*, op. cit., pag. 469; S. GIUBBONI, *Le nuove frontiere del diritto del lavoro nella recente legislazione protettiva*, in *Var. Temi Dir. Lav.*, 2020, 1, pag. 243 e segg., nonché, per ulteriori richiami, l'approfondimento tematico in *Labour & Law Issues*, 2020, 2, introdotto dallo scritto di M. NOVELLA, *La subordinazione in prospettiva. Opinioni a confronto*, pag. III e segg.), che è perciò essenziale schermare da interpretazioni regressive che non partecipano della *ratio* dei più recenti interventi del legislatore e che si pongono altresì in antitesi con l'assetto ordinamentale complessivo.

Una simile critica andrebbe forse indirizzata alla sentenza d'appello, invece che all'annotata pronuncia di legittimità, che reca non per nulla la forma dell'ordinanza: tuttavia, per quanto vada ovviamente escluso un terzo grado di merito in materia qualificatoria, non sembra potersi condividere, per le ragioni sopra evidenziate, il rilievo della Suprema Corte secondo cui la decisione della Corte territoriale non avesse arrecato alcun "*vulnus* ai criteri generali e astratti da applicare al caso concreto" e che pertanto la stessa non fosse censurabile in sede di legittimità.

È proprio nei momenti di crisi della materia, variamente sollecitata da una realtà sociale in continuo mutamento e da una legislazione alluvionale e disorganica, che si avverte maggiormente il bisogno che la Suprema Corte eserciti la sua fondamentale funzione nomofilattica, fornendo agli interpreti, con l'autorevolezza che le compete, le coordinate per orientarsi nella tuttora centrale questione relativa alla qualificazione del rapporto di lavoro.

MARCO BIASI
Ricercatore dell'Università degli Studi di Milano

Trib. Milano 2 novembre 2020 – Est. Mariani – A. I. H. S.p.a. c. FISA CGIL, UILCA UIL, SNFIA

Rappresentanze sindacali in azienda – Rappresentanza sindacale unitaria – Locale aziendale – Idoneità del locale – Condotta antisindacale.

Ai sensi dell'art. 27 l. n. 300 del 1970, il locale destinato alle rappresentanze sindacali deve essere nella loro disponibilità permanente e, pertanto, esclusiva.

(Omissis)

Oggetto: opposizione ex. Art. 28, l. n. 300/1970

(Omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato in via telematica A. I. H. S.p.a. ricorreva al Tribunale di Milano, in funzione di giudice del lavoro, opponendosi al decreto ex art. 28 St. lav. emesso in data 21 agosto 2020.

Con esso, il Tribunale di Milano aveva così deciso:

“Dichiara l'antisindacalità della condotta di A. I. H. S.p.a., consistita nella denunciata mancata assegnazione alle RSA di un locale in via permanente ed esclusiva presso la sede produttiva di Milano (*Omissis*) e comunque di un locale idoneo allo svolgimento dell'attività sindacale da parte delle RSA, che presenti segni distintivi che ne identifichino la destinazione sindacale ed assicuri la necessaria privacy dei dipendenti.

Ordina ad A. I. H. S.p.a., di cessare tale comportamento e di mettere immediatamente a disposizione delle RSA del Gruppo A. I., presso la sede produttiva di Milano (*Omissis*), un locale comune, idoneo allo svolgimento delle funzioni sindacali e assegnato a loro uso permanente ed esclusivo;

Dispone la pubblicazione, a cura della società A. H. S.p.a., del presente decreto – a cura della convenuta A. I. H. S.p.a. – mediante affissione nelle bacheche aziendali in luogo accessibile a tutti i dipendenti e mediante comunicazione tramite l'intranet aziendale per un periodo di trenta giorni;

Condanna la società convenuta A. H. S.p.a. a rimborsare alle OO.SS ricorrenti FISAC CGIL SEGRETERIA TERRITORIALE MILANO, UILCA UIL LOMBARDIA E MILANO, SNFIA, le spese del giudizio che liquida in € 6.000,00 oltre accessori ed oltre 15% spese generali.”

Si doleva l'opponente dell'erroneità del decreto, deducendo la violazione e falsa applicazione dell'art. 27 St. lav. e dell'art. 12 disp. prel. c.c., il travisamento dei fatti e l'omissione di un elemento di fatto essenziale.

Lamentava la Difesa dell'opponente che l'art. 27 St. lav. andasse letteralmente interpretato nel senso di assicurare alle r.s.a. un locale “permanentemente”, ma non “esclusivamente”, non essendo necessario, ai sensi della disposizione in parola, escludere altri soggetti dall'utilizzo del locale.

Il decreto opposto avrebbe ignorato, inoltre, che all'interno della stanza in questione vi era un cartello che la individuava come locale sindacale, con “l'avvertimento che essa deve essere lasciata libera per lo svolgimento dell'attività sindacale”. Nessuna ulteriore comunicazione ai dipendenti era stata richiesta dai sindacati opposti, né questi ultimi avevano mai dovuto allontanare alcun dipendente per potervi svolgere le proprie attività.

D'altronde, la possibilità di utilizzo da parte di altri non avrebbe limitato l'esercizio dell'attività sindacale.

Sarebbero stati i sindacati e non la società a dover rendere edotti i dipendenti dell'assegnazione della "sala balance". L'azienda non potrebbe, in ogni caso, perdere il controllo di una sala riunioni affidandone in via esclusiva le chiavi alle rappresentanze sindacali. Nessuna reale compressione delle attività sindacali avrebbe, in concreto, avuto luogo.

L'azione giudiziaria degli opposti deriverebbe, in definitiva, da un atteggiamento ritorsivo per avere la società disdettato il contratto integrativo aziendale scaduto, atteggiamento, peraltro, non condiviso da tutti i sindacalisti presenti in azienda.

La scelta di ricollocare gli armadi a disposizione delle r.s.a. nel corridoio, anziché nella sala sindacale, era dipesa da ragioni di sicurezza e non aveva comunque impedito lo svolgimento delle funzioni sindacali.

La mancata chiusura della stanza a chiave e il mancato oscuramento dei vetri corrispondeva a una prassi che riguardava tutte le sale riunioni di A. H., prive di finestre, volta a evitare problemi di salute per eventuali soggetti claustrofobici.

Né si sarebbe potuto dare rilievo alla situazione passata, in cui vi era a disposizione dei sindacalisti aziendali una stanza dotata delle caratteristiche da queste pretese, poiché il piano dismesso dell'edificio aziendale conteneva sale riunioni con finestre e pareti non trasparenti: sale con tali caratteristiche oggi non sono più disponibili in azienda, ma quelle esistenti garantiscono comunque l'insonorizzazione.

Si costituivano le OO.SS. opposte, chiedendo il rigetto dell'opposizione e la conferma del decreto opposto.

Ribadita la ricostruzione in fatto e in diritto già sottoposta al Giudice della fase sommaria, riferivano che, in esecuzione del decreto, la società aveva assegnato alle r.s.a. un locale più grande, con le pareti oscurate e le cui chiavi erano state consegnate ai rappresentanti sindacali.

Le opposte instavano altresì per l'ordine di cancellazione, ai sensi dell'art. 89 c.p.c., di talune espressioni contenute nella p. 20 del ricorso in opposizione e ritenute offensive e diffamatorie, nonché per la condanna della controparte al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 589, secondo comma, c.p.

All'udienza del 2 novembre 2020, risultato vano il tentativo di conciliazione e omessa ogni ulteriore attività istruttoria, essendo sufficiente quella già svolta nella fase sommaria, la causa veniva posta in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il ricorso in opposizione di A. I. H. S.p.a. va rigettato.

I fatti rilevanti per la decisione della causa sono sostanzialmente incontroversi tra le parti e riguardano l'assegnazione alle r.s.a. di una sala sindacale in ambito aziendale.

Le Parti hanno riferito che, fino alla fine del 2019, le r.s.a. in A. avevano a disposizione un locale all'ottavo piano della sede (*Omissis*) a Milano, di circa 13,5 metri quadrati di dimensione, con all'interno cinque armadi e pareti a vetro coperte da pellicola che impediva la visione dall'esterno di ciò che accadeva all'interno. Le r.s.a. disponevano della chiave di accesso al locale.

Il 15 novembre 2019, l'odierna opponente aveva comunicato la decisione aziendale di dismettere l'ottavo piano della sede, con conseguente necessità di reperire un nuovo locale sindacale. Le r.s.a. avevano risposto chiedendo che anche la nuova sala fosse dotata delle medesime caratteristiche di quella vecchia.

Il 2 dicembre 2019, l'opponente aveva consegnato alle r.s.a. le chiavi di altro locale, di dimensioni più ridotte e con pareti di vetro trasparente. Il 20 gennaio 2020, da tale locale era stato

rimosso il cartello “saletta sindacale” e vi era apposto un cartello recante “focus room”. Nei giorni successivi, la Società precisava alle r.s.a. che tale locale sarebbe stato loro assegnato in via permanente, ma non esclusiva, così da poter essere impiegato anche per altre attività aziendali, quando non impegnato dai rappresentanti sindacali. Le r.s.a. erano, altresì, richieste della restituzione della chiave del locale.

La stanza era stata successivamente denominata “sala balance”, ma la società non aveva accolto le istanze dei sindacati volte a ottenerne l’uso esclusivo. Inoltre, gli armadi destinati al materiale sindacale erano stati trasferiti nel corridoio al di fuori del locale.

2. Il decreto della fase sommaria così motiva:

“I fatti sono documentali e/o pacifici. Le società del Gruppo A. I. hanno sede in (*Omissis*) ed occupano oltre duecento dipendenti. Rappresentano gli interessi sindacali dei lavoratori sei RSA le quali, dal 2012 al dicembre 2019, hanno usufruito di una saletta sindacale, di circa 13,5 mq, sita all’ottavo piano della struttura, appositamente individuata come “Saletta Sindacale” per mezzo di cartello esposto all’esterno. All’interno del locale erano stati collocati cinque armadi, uno per ciascuna sigla sindacale, ed un sesto armadio di uso comune, nonché un tavolo da lavoro di 1,5 m x 80 cm con sei sedie; le pareti a vetro erano state oscurate con una pellicola; le RSA disponevano delle chiavi del locale. Con comunicazione in data 15 novembre 2019, la società ha comunicato alle RSA la necessità di reperire un nuovo locale sindacale, a seguito della imminente dismissione del piano dove era in precedenza collocato. La società assegnava effettivamente alle OO.SS. un nuovo locale, il quale tuttavia veniva ritenuto dalle OO.SS. inidoneo allo scopo, per le ridotte dimensioni le quali non avrebbero consentito la presenza contemporanea di tutti i rappresentanti dei lavoratori. Al rilievo delle RSA circa l’inidoneità della sala all’espletamento della sua funzione la società così replicava con lettera del 20 gennaio 2020:

“Riscontriamo la Vs. comunicazione del 17 gennaio 2020 per confermare che verrà messa a Vs. disposizione in via permanente la sala Focus Room situata al quinto piano, per l’esercizio delle Vs. funzioni sindacali, così come previsto dall’Art. 27 dello Statuto dei Lavoratori. Si precisa che, stante la carenza di sale riunioni all’interno dell’azienda, tale sala, essendo posta a Vs. disposizione “permanente” – ma non in via esclusiva — così come previsto dall’Art. 27 dello Statuto dei Lavoratori, potrà essere utilizzata anche dall’azienda nei momenti in cui non viene utilizzata dalle rappresentanze sindacali aziendali per l’esercizio delle funzioni sindacali”. Con comunicazione del 27 gennaio 2020 la società chiedeva alle RSU la restituzione delle chiavi della saletta. Con altra comunicazione del 20.2.20 la società ha precisato: “Con la presente siamo a darvi riscontro in merito a quanto da voi segnalato sia tramite vostra raccomandata, sia in occasione dell’incontro tenutosi in data 12 febbraio 2020 presso la sede di A. I. H. S.p.a. in Milano, (*Omissis*).

Nel pieno e pedissequo rispetto dell’art. 27 Legge 300/70 (d’ora in poi “art. 27”) ribadiamo come alle OO.SS., verrà assegnata, in passato come in futuro, in modo permanente un locale al 5 piano della nostra sede. Il locale in questione sarà denominato ‘Sala Balance’ con indicazione direttamente all’ingresso. Tale spazio non risulterà prenotabile poiché permanentemente (ma non esclusivamente) adibita alle prerogative alle OO.SS. ascritte. Nel rispetto dello stesso art. 27 la Sala Balance nei momenti di inutilizzo da parte delle OO.SS., in linea con la filosofia di A. I. H. già discussa in sede di incontro del giorno 12 febbraio 2020, potrà essere fruita anche dai dipendenti della società che, come noto, non hanno delle scrivanie assegnate ma possono svolgere il loro lavoro in ogni spazio in quel momento libero. Tale condizione significa che, qualora le OO.SS. dovessero necessitare della Sala Balance avranno priorità su ogni dipendente di A. I. H. (reso edotto della funzionalità della sala), e potranno quindi entrare per lo svolgimento dell’attività sindacale. Precisiamo inoltre che, al fine di agevolare l’attività svolta dalle OO.SS. verrà affisso all’entrata della sala un comunicato atto ad avvisare i collaboratori che la

Sala Balance è adibita ad uso permanente delle RSA. Sempre al fine di agevolare la necessaria e dovuta attività sindacale, A. I. H. si impegna a rimuovere gli armadietti presenti nella sala e a sistemarli nei corridoi di nuovi che saranno posizionati con la possibilità di chiudere gli stessi tramite serratura le cui chiavi rimarranno alle OO.SS. Infine, rimane comunque la possibilità, ove fosse necessario, di prenotare una o più ulteriori sale presenti nella struttura tramite il consueto sistema di prenotazioni. Ribadiamo quindi che la C.d. Sala Balance al 5 piano sarà quindi assegnata ad uso permanente delle OO.SS. e non ad uso esclusivo, come previsto dal citato art. 27. Nell'auspicio che venga formalizzata una intesa che accolga i razionali qui dedotti, atta ad evitare fraintendimenti ed a garantire, come da sempre in A., la corretta funzionalità delle RSA aziendali, si rimane in attesa di vostro riscontro".

Tenuto conto delle ridotte dimensioni della saletta la società ha provveduto a collocare fuori dalla saletta gli armadi destinati alle sigle sindacali. La sala è stata denominata "sala Balance" con apposito cartello; altro cartello precisa: "Questa sala è riservata alle Rappresentanze Sindacali. Può essere utilizzata solo nei momenti in cui non è occupata dalle RSA e deve essere lasciata libera dietro richiesta delle stesse". A seguito di ispezione dei luoghi da parte del Giudice è stato effettivamente accertato che: "la sala destinata dalla società alle riunioni sindacali (è) posta al quinto piano nelle immediate adiacenze dell'open space a disposizione di tutti i dipendenti per attività lavorative ed extra lavorative; sono cioè postazioni diverse dal desk dedicato ad ognuno di essi. La saletta destinata alle OO.SS. presenta le dimensioni di un quadrato all'incirca di 2.5 mt per lato. Presenta un tavolo al centro con 4 sedie; è provvista di telefono di pc e televisore e connessione internet. La parete che dà verso l'ingresso è completamente costituita da una vetrata. Non ha finestre. All'ingresso viene individuata quale sala balance. All'interno vi è cartello che la destina alle attività sindacali". Questi i fatti. Le OO.SS. lamentano la violazione delle loro prerogative sindacali in quanto: il locale assegnato sarebbe inidoneo alla sua destinazione, in considerazione delle sue limitate dimensioni, della sua destinazione non esclusiva alla attività sindacale, della mancata applicazione di una pellicola che la oscurasse. L'art. 27 Statuto Lavoratori dispone: "Il datore di lavoro nelle unità produttive con almeno 200 dipendenti pone permanentemente a disposizione delle rappresentanze sindacali aziendali, per l'esercizio delle loro funzioni, un idoneo locale comune all'interno della unità produttiva o nelle immediate vicinanze di essa. Nelle unità produttive con un numero inferiore di dipendenti le rappresentanze sindacali aziendali hanno diritto di usufruire, ove ne facciano richiesta, di un locale idoneo per le loro riunioni".

La norma richiede pertanto due essenziali requisiti del locale assegnato: la permanente disponibilità dello stesso da parte delle OO.SS. e la sua idoneità.

Il primo requisito non può essere dissociato dalla esclusività del suo utilizzo. La società opone che, se è pur vero che il locale può essere utilizzato da qualsiasi lavoratore ne abbia bisogno, le OO.SS. possono tuttavia chiedere ai presenti di allontanarsi per cederne loro l'uso. Ma è di tutta evidenza che una tale modalità pone in una situazione di disagio le rappresentanze sindacali che debbano di volta in volta affermare il proprio diritto poziore rispetto a quello dei singoli lavoratori che da quelle devono sentirsi rappresentati. E ciò potrebbe facilmente dare adito a frizioni o incomprensioni tra lavoratori e loro rappresentanti sindacali.

Non può dirsi assicurata la permanente disponibilità del locale in quanto non ne è stata assicurata la esclusività dell'uso. Del resto su tale permanenza non esclusiva gioca la stessa società la quale ha volutamente definito la saletta come "balance" invece che con la definizione – sua propria – di "saletta sindacale"; e tale mancanza di chiarezza non è certo funzionale agli interessi delle RSA che devono di volta in volta affermarne l'uso rivendicandone la prevalenza. A ciò deve aggiungersi che il locale non può dirsi idoneo all'esercizio dell'attività sindacale tenuto conto che presenta una vetrata che consente di verificare la presenza dei lavoratori intenti ad esercitarla o a

esporre le problematiche lavorative che li riguardano. Non si può dubitare che l'attività sindacale, o più semplici incontri coi lavoratori, esigono una discrezione che non può essere assicurata da una stanza di vetro permeabile agli sguardi di chiunque si trovi a passare nel corridoio su cui la stanza si affaccia. Al fine della sua idoneità allo scopo, il locale deve poi essere immediatamente identificabile in quanto tale con la necessaria denominazione di "locale delle RSA". Del resto, che questa sia la corretta interpretazione della norma si ricava anche dall'esame della situazione passata che aveva visto la stessa società assicurare regole certamente più rispettose dell'attività espletata dalle rappresentanze sindacali sia con riferimento all'avvenuto oscuramento dei vetri della saletta, sia con riferimento alla assegnazione di questa in via esclusiva alle RSA anche con la consegna delle chiavi della sala. Ciò assume ancora maggiore importanza se si pensa che la volontà della società era inizialmente quella di assicurare le medesime prerogative (volontà poi inspiegabilmente venuta meno) se è vero che con la lettera del 15 novembre 2019 la società aveva comunicato alle OO.SS.: "Se non avete indicazioni contrarie, assegneremo in forma definitiva una focus room che individueremo tra il quinto, sesto e settimo piano. La scelta andrà su un locale di dimensioni adeguate, sui vetri verranno applicate le pellicole oscuranti e la chiave verrà consegnata alle RSA". In accoglimento delle domande va pertanto dichiarata l'antisindacalità della condotta di A. I. H. S.p.a., consistita nella denunciata mancata assegnazione alle RSA di un locale in via permanente ed esclusiva presso la sede produttiva di Milano (Omissis) e comunque di un locale che sia idoneo allo svolgimento dell'attività sindacale da parte delle RSA, che presenti segni distintivi che ne identifichino immediatamente la destinazione sindacale e che assicuri la necessaria privacy dei soggetti fruitori. Va disposta la cessazione immediata di tale comportamento da parte dell'azienda; va pertanto ordinato ad A. I. H. S.p.a. di mettere immediatamente a disposizione delle RSA del Gruppo A. I., presso la sede produttiva di Milano (Omissis), un locale comune, idoneo allo svolgimento delle funzioni sindacali e assegnato a loro uso permanente ed esclusivo. A. I. H. S.p.a., va condannata ad esporre il presente decreto mediante affissione nelle bacheche aziendali – in luogo accessibile a tutti i dipendenti – e a darne comunicazione tramite l'intranet aziendale per un periodo di trenta giorni."

3. Il decreto opposto esclude, dunque, la sussistenza, nel caso di specie, sia del requisito della permanente disponibilità del locale, sia di quello dell'idoneità del medesimo.

Quanto al primo, l'opponente ha inteso reagire reiterando la propria proposta interpretativa dell'art. 27 St. lav., in base alla quale la disposizione non richiederebbe l'assegnazione esclusiva del locale alle r.s.a. La prospettazione non può trovare accoglimento, sol che si consideri l'opposto orientamento di questo Ufficio, ormai da molti decenni, rispetto a cui l'opponente non ha offerto argomenti utili a indurre un mutamento (cfr., per esempio il mai contraddetto arresto di Pret. Milano, 11 luglio 1978: "Il diritto al locale posto permanentemente a disposizione delle r.s.a. ex art. 27 dello Statuto, si configura come una detenzione, assimilabile quanto al contenuto a quella del conduttore e del comodatario, in forza di un rapporto obbligatorio costituito 'ex lege'. Pertanto, compete alle r.s.a. in via esclusiva la titolarità dello '*ius excludendi alios*' dai locali posti permanentemente a loro disposizione all'interno dell'unità produttiva e di cui hanno un'autonoma detenzione. Ne consegue che non è configurabile il reato di violazione di domicilio nell'ingresso di sindacaliste esterne nei locali delle r.s.a. per partecipare in qualità di invitate a riunioni del Consiglio di fabbrica").

Contrariamente a quanto affermato da parte opponente, proprio il caso di specie dimostra la correttezza di tale orientamento. Asserisce, infatti, la Difesa di A. che il primo Giudice avrebbe ommesso di considerare che, nel locale in questione, è effettivamente presente un cartello che precisa che esso è assegnato alle r.s.a e deve essere lasciato libero per lo svolgimento di attività sindacali. Una più attenta lettura del provvedimento opposto, invece, dimostra che tale elemento è stato riscontrato in sede di ispezione giudiziale e attentamente vagliato in sede di decisione.

In particolare, va condivisa la valutazione secondo cui la rimozione del preesistente cartello “saletta sindacale” all’esterno del locale e la sua sostituzione con un monito per cui i sindacalisti avrebbero diritto di interrompere altre attività in corso nella stanza e far sloggiare i presenti è chiaramente antisindacale: esso produce l’effetto di rendere quantomeno potenziale un conflitto tra i lavoratori e i loro rappresentanti.

D’altro canto, l’assegnazione esclusiva alle r.s.a. di un locale aziendale non preclude certo la possibilità, per l’opponente, di esercitare i diritti del proprietario concedente, né di denunciare alle competenti Autorità le eventuali attività illecite che al suo interno dovessero avere luogo.

4. Altrettanto condivisibile è l’esigenza di riservatezza delle attività sindacali evidenziata nel decreto opposto. Essa non significa – come provocatoriamente sostiene l’opponente – che esse debbano avere luogo secondo modalità proprie delle “riunioni carbonare” (sic).

Tuttavia, sono evidenti la limitazione e l’ostacolo alle attività sindacali derivanti dalla costringimento a svolgere le medesime in vetrina, sicché chiunque passi all’esterno non solo può vedere le persone presenti all’interno (il che, come osservato da parte opposta, accade comunque data la visibilità della porta), ma anche osservarne i toni e magari scrutare il contenuto dei documenti dei quali i lavoratori discutono.

D’altro canto, non è seriamente sostenibile che non esista una soluzione che consenta di contemperare l’esigenza di riservatezza con la tutela di eventuali avventori claustrofobici, essendo allo scopo sufficiente una pellicola opacizzante od oscurante a senso unico, che impedisca la visione dall’esterno senza oscurare del tutto l’interno. (*Omissis*)



Le caratteristiche del locale delle rappresentanze aziendali

La sentenza in commento, riguardante il diritto al locale sindacale, concede l’opportunità di affrontare una questione decisamente poco frequentata dalla recente giurisprudenza. La questione verte sull’interpretazione del primo comma dell’art. 27, l. n. 300 del 1970 e sulla condotta del datore di lavoro che conceda in uso alle rappresentanze sindacali un locale inidoneo o condiviso con terzi.

Un tema che nei primi anni successivi all’adozione dello Statuto dei lavoratori era spesso al centro del contenzioso ex art. 28 l. n. 300 del 1970, data anche l’importanza attribuitagli dalla dottrina. Questa, infatti, riteneva il locale aziendale uno degli strumenti essenziali per l’esercizio dell’attività sindacale all’interno dell’unità produttiva poiché la disponibilità per riunioni rendeva tale attività visivamente nonché stabilmente impiantata nell’impresa (M. GRANDI, *L’attività sindacale nell’impresa*, Milano, 1976, pag. 177).

Pur essendo ereditata dalle precedenti esperienze delle c.d. “Commissioni Interne” [N. CRISCI, *Art. 27. Locali delle rappresentanze sindacali aziendali*, in *Commentario allo Statuto dei lavoratori*, U. PROSPERETTI (diretto da), Milano, 1975, pag. 882 e segg.; U. CARABELLI, *Art. 27 (Locali delle rappresentanze sindacali aziendali)*, in *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, G. GIUGNI (diretto da), Milano, 1979, pag. 441], la disposizione dell’art. 27 l. n. 300 del 1970 incarna

perfettamente lo spirito innovativo che permea il titolo III dello Statuto dei lavoratori. La disponibilità di un ambiente, specie se stabile nel tempo come previsto dal primo comma dell'art. 27 l. n. 300 del 1970, permetteva di agevolare la promozione delle attività sindacali in azienda e rendere così "tangibile la presenza del «contropotere» che il legislatore ha inteso radicare nell'unità produttiva" [G. F. MANCINI, Art. 27, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, G. GHEZZI, G. F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI (a cura di), *Commentario del Codice Civile* a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, Bologna-Roma, 1972, pag. 402].

Ai fini della trattazione, per poter comprendere il ragionamento del Giudice e poter approfondire il tema dei locali delle rappresentanze aziendali, risulta necessario riassumere brevemente i fatti di causa.

Il fatto sottoposto al vaglio del Tribunale di Milano, che pronunciando la sentenza nel giudizio di opposizione ha integralmente confermato il decreto ex art. 28 l. n. 300 del 1970 emesso in data 21 agosto 2020, concerne l'assegnazione alle r.s.a. di una sala sindacale in ambito aziendale da parte di A. I. H. S.p.a. (d'ora in avanti A. I. H.). L'azienda, al momento del procedimento, era composta da più di duecento dipendenti e sei rappresentanze sindacali aziendali. Queste, che fino alla fine del 2019 avevano ad uso esclusivo una stanza posta all'ottavo piano dello stabile di A. I. H., lamentavano la condotta antisindacale posta in essere dall'azienda che, nell'ambito di una riorganizzazione degli spazi, aveva dismesso la precedente "saletta sindacale" in cambio di un locale, posto al quinto piano, ritenuto non idoneo alla sua funzione di supporto all'attività sindacale. La nuova stanza aveva infatti dimensioni ridotte rispetto alla precedente, con vetri non oscurati, per evitare problemi di claustrofobia per i propri dipendenti. Il locale era poi assegnato "in via permanente, ma non esclusiva, così da poter essere impiegato anche per altre attività aziendali, quando non impegnato dai rappresentanti sindacali". Tant'è che sulla porta del locale veniva affissa la denominazione "sala balance". La motivazione della non esclusività dell'uso del locale sindacale derivava dalla valutazione che ci fosse una comprovata carenza di sale riunioni all'interno dell'azienda e che, quindi, questa poteva essere utilizzata dai lavoratori quando non utilizzata dalle rappresentanze sindacali aziendali per l'esercizio della propria attività.

A tale comunicazione rispondevano le r.s.a. rivendicando l'uso esclusivo del locale sindacale, senza la necessità di dover richiedere costantemente ad altri dipendenti di liberare la sala per poter svolgere l'attività sindacale; situazione, quest'ultima, potenzialmente foriera di frizioni con coloro che avrebbero dovuto rappresentare. Inoltre, richiedevano un locale più grande con vetri oscurati che garantisse oltre ad uno spazio necessario per potersi riunire anche la tutela della *privacy* per i lavoratori che avessero richiesto un incontro con i propri rappresentanti.

La decisione del Tribunale di Milano del 21 agosto 2020 sanciva la condotta antisindacale posta in essere da A. H. I. con l'accoglimento della richiesta da parte delle OO.SS. di una nuova sistemazione permanente e ad uso esclusivo, idonea anche dal punto di vista della *privacy* e delle dimensioni; richiesta messa, comunque, in atto dall'azienda. A tale decreto presentava opposizione l'azienda, dolendosi dell'erroneità dallo stesso data all'interpretazione del termine "permanentemente" del primo comma dell'art. 27 l. n. 300 del 1970, che secondo l'opponente non prevedeva anche l'esclusiva disposizione del locale. Si costituivano le OO.SS., chiedendo il rigetto dell'opposizione e la conferma del decreto opposto.

La pronuncia qui in commento si segnala per un duplice profilo di interesse, che permette di approfondire il primo comma dell'art. 27 dello Statuto dei lavoratori: la sussistenza del requisito della *permanente* ed *esclusiva* disponibilità del locale sindacale per le r.s.a.; le caratteristiche che tale locale deve possedere per avere la "patente di idoneità".

Per quanto concerne il primo punto, il Giudice dell'opposizione ha riproposto un precedente e risalente orientamento che sottolineava l'implicita esclusività della destinazione del locale alle r.s.a. derivante dalla permanente messa a disposizione dello stesso (Pret. Milano 11 luglio 1978, in *Orient. Giur. Lav.*, 1978, pag. 977). Precedente suffragato anche da autorevole dottrina, secondo cui permanente disponibilità significa continuità e al contempo esclusività della stessa, dato che "negare quest'ultima, infatti, significherebbe in pratica vanificare l'elemento della continuità" [U. CARABELLI, *Art. 27 (Locali delle rappresentanze sindacali aziendali)*, in *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, G. GIUGNI (diretto da), Milano, 1979, pag. 443; C. ASSANTI, *Commento all'art. 27*, in *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, C. ASSANTI, G. PERA, Padova, 1972, pag. 293]. Continuità ed esclusività che vanno valutate a partire dal momento della costituzione della rappresentanza sindacale ex art. 19 l. n. 300 del 1970 debitamente comunicata al datore di lavoro e implicano il diritto ad accedere al locale *permanentemente*, se la rappresentanza è costituita in un'unità produttiva con più di 200 lavoratori (M. GRANDI, *L'attività sindacale nell'impresa*, Milano, 1976, pag. 177)

L'elemento dell'esclusività di fruizione del locale pare legittimamente venir meno soltanto in due casi.

Il primo, previsto dal secondo comma dell'art. 27 l. n. 300 del 1970, riferito ad unità produttive con meno di 200 dipendenti, dispone che il locale non spetti in via permanente alle r.s.a., bensì soltanto per le loro riunioni, previa richiesta; potendo, dunque, concedersi un locale diverso ad ogni richiesta, adibito anche ad altre attività.

Nel secondo caso, l'elemento dell'esclusività pare incrinato, più nella forma che nella sostanza, dal fatto che l'uso della saletta sindacale debba essere comune alle varie r.s.a. (Trib. Milano 7 febbraio 1990, in *Not. Giur. Lav.*, 1990, pag. 164; Pret.

Roma 5 giugno 1991, in *Foro It.*, I, col. 3250; Pret. Nola 28 marzo 1996, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1996, II, pag. 671, con nota di A. BOLOGNESI, *Le rappresentanze sindacali unitarie tra afflato di effettiva unitarietà e rivendicazioni di autonomia delle singole componenti*). Condivisione che pare motivata dalla necessità di escludere un onere eccessivo per il datore di lavoro che è obbligato a concedere un solo locale per tutte le varie rappresentanze sindacali, le quali dovranno autoregolarsi nella fruizione comune dello spazio concesso [F. LISO, *Commento all'art. 3, disc. gen., sez. II*, in F. CARINCI (a cura di), *Commentario del contratto collettivo dei metalmeccanici dell'industria privata*, Napoli, 1989, pag. 84], cercando di limitare possibili episodi di conflittualità endosindacale (Pret. Milano 6 aprile 1973, in *Orient. Giur. Lav.*, M. GRANDI, *L'attività sindacale nell'impresa*, Milano, 1976, pag. 178; V. LAMONACA, *Il diritto al locale sindacale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2010, 3, pag. 121). Una situazione che appare totalmente differente rispetto a quanto disposto dall'art. 25 l. n. 300 del 1970 sul diritto di affissione che prevede, per ogni r.s.a., un apposito ed esclusivo spazio dove poter esercitare tale diritto, senza dover condividere tale spazio con altri organismi sindacali (Cass. 9 ottobre 1989, n. 4014, in *Foro It.*, 1989, I, col. 2734; A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro. I: Il Diritto Sindacale*, Milano, 2019, pag. 135).

Rimane comunque ferma la possibilità che il datore di lavoro decida di riconoscere alle r.s.a. un diritto più ampio rispetto a quanto disposto dall'art. 27 l. n. 300 del 1970, concedendo un locale distinto per ciascuna rappresentanza, dove al carattere dell'esclusività si unisce anche quello dell'unicità della fruizione (Pret. Cassino 11 dicembre 1994, in *Lav. Giur.*, 1996, 7, pag. 554, con nota di E. D'AVOSSA, *Problemi interpretativi sulle RSA in azienda dopo il referendum*; Trib. Milano 11 luglio 2011, in *Not. Giur. Lav.*, 2011, pag. 549).

Con riferimento alla sentenza in commento, lo stretto legame tra il carattere dell'esclusività della saletta sindacale e quello della sua permanente disponibilità viene rimarcato anche dal possibile conflitto che si verrebbe a creare tra i rappresentanti dei lavoratori e i lavoratori stessi nel caso di condivisione del suddetto locale. Il Giudice dell'opposizione ha prospettato, infatti, l'ipotetica nonché spiacevole situazione in cui i rappresentanti dei lavoratori, per svolgere la propria attività sindacale, si possano trovare nella condizione di dover interrompere le attività lavorative dei propri colleghi in corso nel locale sindacale, sul quale le r.s.a. avrebbero – secondo il datore di lavoro – soltanto un diritto poziore. Ciò, secondo il Giudice dell'opposizione, produrrebbe un potenziale conflitto tra i lavoratori e i sindacalisti che dovrebbero rappresentarne gli interessi, minando la collaborazione e dando “adito a frizioni o incomprensioni” tra le parti. Conflittualità che avrebbe luogo anche nel caso di utilizzo del suddetto locale da parte di organismi sindacali privi dei requisiti di cui all'art. 19 l. n. 300 del 1970, a cui

il datore di lavoro, per via convenzionale o unilateralmente, abbia eventualmente esteso i diritti sanciti dall'art. 27 dello Statuto dei lavoratori.

Sul tema, sia la giurisprudenza che la dottrina paiono orientati verso una rigorosa interpretazione della norma statuaria, assumendo che la permanenza della disponibilità sia unicamente ed esclusivamente a favore dei soggetti privilegiati previsti dall'art. 19 l. n. 300 del 1970 (Cass. 1 marzo 1986, n. 1321, in *Mass. Giur. Lav.*, 1986, pag. 358 con nota di M. MEUCCI, *Sul locale per le r.s.a.*; Cass. 9 dicembre 1988, n. 6701, in *Mass. Giur. Lav.*, 1989, pag. 11; *contra*, Pret. Desio 30 novembre 1970, in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 1971, pag. 155; G. F. MANCINI, *Art. 27*, op. cit., pag. 405; C. ASSANTI, *Commento all'art. 27*, op. cit., pag. 293). Un orientamento che insiste sulla "fruibilità incondizionata garantita dalla norma, la quale avrebbe escluso la necessità di qualsivoglia richiesta ed autorizzato le rappresentanze a poter contare sul godimento continuativo del bene, senza alcuna limitazione invece configurabile in caso di individuazione di altri contitolari" (F. BASENGHI, *I locali delle r.s.a.*, in C. ZOLI, *Le fonti. Il diritto sindacale, Diritto del lavoro. Commentario* diretto da F. CARINCI, I, Torino, pag. 236). L'uso promiscuo, al pari della necessità di far valere la priorità sull'uso del locale, rischierebbe di intaccare "il libero esercizio del diritto garantito" dal primo comma dell'art. 27 l. n. 300 del 1970 [G. TAMBURRINO, *Il diritto di affissione e la disponibilità di locali*, in *L'applicazione dello statuto dei lavoratori*, AA.Vv. (a cura di), Milano, 1973, pag. 280].

Secondo il Giudice dell'opposizione, la prima situazione di potenziale conflitto descritta poc'anzi, causata dalla decisione del datore di lavoro di negare l'uso esclusivo del locale per le r.s.a., è da ritenersi quale comportamento antisindacale e come tale da cessare immediatamente ai sensi dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori. Parimenti è stata ritenuta antisindacale anche la decisione del datore di lavoro di modificare unilateralmente il nome destinato al locale, dal precedente "saletta sindacale" nel successivo "sala balance", privando il locale di una effettiva riconoscibilità tra i lavoratori e rendendolo "non funzionale agli interessi delle r.s.a. che devono di volta in volta affermarne l'uso rivendicandone la prevalenza". Una conclusione del tutto condivisibile, in linea con la giurisprudenza precedente, quella secondo cui la somma delle condotte poste in essere da A. H. I. sia da ritenersi contraria all'art. 27 l. n. 300 del 1970 e pertanto antisindacale, anche in ragione del comportamento tenuto dal datore di lavoro nel periodo antecedente al contenzioso; periodo nel quale le r.s.a. hanno sempre goduto di un locale sindacale proprio e ad uso esclusivo.

Il secondo profilo di interesse della sentenza in commento riguarda, invece, le caratteristiche che il locale concesso dal datore di lavoro deve avere per essere ritenuto idoneo alla sua funzione. Tale requisito di idoneità è di chiara origine statutaria, essendo disposto già dall'art. 27 per entrambi i commi, e concerne la

posizione della stanza concessa, le dotazioni, le caratteristiche funzionali all'attività sindacale che le r.s.a. dovranno svolgervi e i profili di igiene e sicurezza. Sebbene per quanto concerne il rispetto delle norme di igiene e sicurezza, il locale debba essere conforme a quanto previsto dalle disposizioni in materia, non esiste, invece, alcuna disposizione che stabilisca i caratteri di idoneità dell'arredamento né la minima dotazione tecnologica utile a rendere possibile lo svolgimento dell'attività sindacale. L'accertamento di tali caratteristiche deve essere compiuto, secondo la consolidata giurisprudenza, dal giudice di merito in concreto, tramite una valutazione ispettiva del locale, utile a valutare tanto le caratteristiche ambientali quanto i compiti che le r.s.a. vi andranno a svolgere all'interno (Pret. Roma 19 luglio 1988, in *Not. Giur. Lav.*, 1988, pag. 465; Pret. Milano 25 marzo 1991, in *Not. Giur. Lav.*, 1991, pag. 235).

È così opinione comune, tanto in giurisprudenza quanto in dottrina, che il locale concesso dal datore di lavoro debba essere adeguato sotto il profilo della capienza, essendo unico e condiviso dalle diverse rappresentanze sindacali nell'unità produttiva, illuminato, areato oltretutto riscaldato nei mesi invernali (Trib. Monza 23 marzo 1971, in *Rass. Giur. Lav.*, 1971, pag. 728; Trib. Taranto 8 novembre 1974, in *Rep. Segn. Giur. Lav.*, 1974, pag. 24; Pret. Milano 25 marzo 1991, cit., pag. 236; F. BASENGHI, *I locali delle r.s.a.*, op. cit., pag. 237).

Per quanto concerne l'arredamento e le dotazioni, al contrario, vi sono due diversi orientamenti. Un primo, che potrebbe essere definito "minimalista", secondo cui l'arredamento deve prevedere gli arredi essenziali, come sedie, un tavolo da riunioni, schedari, scrivanie con cassetti e armadi forniti di chiave per ogni r.s.a. limitando, così, l'onere economico richiesto al datore di lavoro [Pret. Milano 25 marzo 1991, cit., pag. 236; U. CARABELLI, *Art. 27 (Locali delle rappresentanze sindacali aziendali)*, in *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, G. GIUGNI (diretto da), Milano, 1979, pag. 444; S. BELLOMO, *Il sindacato nell'impresa*, in *Il lavoro subordinato*, F. CARINCI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, M. BESSONE (diretto da), Torino, 2007, pag. 167; A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro. 1: Il Diritto Sindacale*, Milano, 2019, pag. 135; *contra*, Trib. Milano 13 maggio 2008, in *Orient. Giur. Lav.*, 2008, pag. 547]. Un secondo, invece, che vuole, in aggiunta a questo arredamento minimo, anche telefono, stampanti per poter promuovere la propria attività sindacale e macchine da scrivere, sostituite al giorno d'oggi da computer con accesso alla rete intranet datoriale (G. F. MANCINI, *Art. 27*, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, op. cit., pag. 407; G. ROSSELLI, *Le rappresentanze sindacali aziendali*, Milano, 1980, pag. 245). Tra i due si colloca un orientamento intermedio che ragionando sul "canone aureo della ragionevolezza", ritiene idoneo un locale dotato di un arredo in grado di supportare l'attività sindacale delle diverse rappresentanze ma che, al contempo, consenta la possibilità di aggiungere

nuove apparecchiature acquistate con fondi delle singole r.s.a. (BASENGHI, *I locali delle r.s.a.*, op. cit., pag. 237).

Per quanto concerne la sentenza in commento, il locale concesso alle r.s.a. era stato ritenuto nel decreto opposto, non idoneo all'esercizio dell'attività sindacale a causa della presenza di una vetrata che consentiva di verificare la presenza di lavoratori intenti ad esporre le problematiche lavorative con i propri rappresentanti. Ciò è stato confermato anche dal giudice di opposizione, il quale ha ritenuto tale comportamento datoriale come antisindacale, in quanto è pacifico che una vetrata non oscurata non garantisca la *privacy* e discrezione necessarie per i lavoratori e i rappresentanti sindacali. Sarebbe stato, infatti, possibile per il datore di lavoro poter osservare i comportamenti, i toni e poter "scrutare il contenuto dei documenti" discussi attraverso le vetrate della stanza. Né è stata ritenuta sostenibile la posizione datoriale che spiegava la mancanza di vetri oscurati con la necessità di garantire una tutela ai propri lavoratori claustrofobici, data la possibilità di applicare una pellicola opacizzante che avrebbe permesso, comunque, di ovviare a tale problema con una soluzione facilmente eseguibile.

Nei fatti il Tribunale di Milano finisce per arricchire gli orientamenti appena menzionati laddove stabilisce che un locale, per essere ritenuto idoneo, non debba soltanto avere le caratteristiche minime di arredamento e dotazione ma debba anche garantire la riservatezza dei lavoratori e dei loro rappresentanti che all'interno vi esercitano i propri diritti e attività sindacali. Un comportamento contrario, come quello di A. H. I. nel caso di specie, è chiaramente antisindacale *ex art. 28 l. n. 300 del 1970*, vista anche la provocazione da questi presentata nel ricorso di opposizione con cui si definivano le attività sindacali svolte nel locale loro concesso come "riunioni carbonare"; espressione di cui il Giudice dell'opposizione ha disposto la cancellazione.

Da ultimo, risulta meritevole di attenzione la questione relativa alla collocazione, all'interno dell'unità produttiva del locale aziendale. Nel giudizio di opposizione non viene presa in considerazione la posizione dell'impresa opponente che sostiene la necessità di non privarsi, in maniera permanente, di una sala riunioni vista la carenza delle stesse a seguito della dismissione di alcune parti dello stabile. Sarebbe stato invece opportuno a nostro modo di vedere considerare la questione alla luce dell'opinione consolidata in giurisprudenza e dottrina, circa la possibilità che il datore di lavoro, vista la carenza o tenuto conto dell'eventuale intralcio alle regolari attività, possa affittare, a proprie spese, un locale posto nelle immediate vicinanze dell'unità produttiva [Pret. Firenze 9 agosto 1984, in *Lav. Prev. Oggi*, 1985, pag. 128; G. F. MANCINI, *Art. 27*, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, op. cit., pag. 406; U. CARABELLI, *Art. 27 (Locali delle rappresentanze sindacali aziendali)*, in *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, op. cit., pag. 444]. Tuttavia,

questa possibilità è subordinata all'oggettiva impossibilità di reperimento di spazi interni all'unità produttiva, visto il favor evidente destinato dal primo comma dell'art. 27 l. n. 300 del 1970 alla soluzione interna [U. CARABELLI, *Art. 27 (Locali delle rappresentanze sindacali aziendali)*, in *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, op. cit., pag. 444; C. ASSANTI, *Commento all'art. 27*, op. cit., pag. 292].

In conclusione, la sentenza in epigrafe mostra concordanza con la precedente giurisprudenza sull'art. 27 l. n. 300 del 1970, risultando altresì innovativa per aver riconosciuto il diritto alla privacy quale elemento necessario a definire idoneo un locale sindacale. Questo, infatti, non deve essere solo capiente e arredato con dotazioni minime funzionali all'attività sindacale ma deve anche garantire riservatezza a coloro che vi si riuniscono all'interno. Infine, il Giudice, sulla scia del precedente filone giurisprudenziale, ha colto l'occasione di ribadire l'interpretazione che fa discendere dall'avverbio "*permanentemente*", sancito dall'art. 27 dello Statuto, il concetto di uso esclusivo del locale sindacale da parte delle r.s.a., qualificando come antisindacale ogni comportamento datoriale che ne preveda l'uso promiscuo con altri lavoratori o organismi sindacali diversi dai soggetti privilegiati previsti dall'art. 19 dello Statuto dei lavoratori.

LEONARDO BATTISTA

Dottorando di ricerca dell'Università di Bologna

Trib. Udine 30 settembre 2020 – Pres. ed Est. Vitulli – G. S.r.l. c. V.

Assenza ingiustificata – Induzione al licenziamento – Contributo per licenziamento – Onere del lavoratore – Sussiste.

Il lavoratore che, al fine di provocare il licenziamento, cessa di presentarsi al lavoro senza rendere giustificazione, è tenuto a corrispondere al datore di lavoro la somma da questi versata a titolo di contributo per il licenziamento.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO E MOTIVI DELLA DECISIONE

(Omissis)

Con ricorso depositato in data 8 agosto 2018 G. S.r.l., agendo in opposizione al decreto ingiuntivo del Tribunale di Udine n. 189/2018, esponeva di aver assunto il dipendente D.V. in data 2 maggio 2005, con inquadramento nel 4° livello (CCNL aziende artigiane metalmeccaniche) e profilo di operaio tecnico manutentore, e di averlo formato professionalmente a proprie spese.

Esponeva l'opponente che in data 20 novembre 2017 il V. comunicava al legale rappresentante della G., sig. A.B., la propria intenzione di rassegnare le dimissioni a causa dei problemi di salute del padre, chiedendo tuttavia di essere formalmente licenziato dalla società al fine di poter beneficiare del trattamento di NASPI.

Di fronte al rifiuto del B., che gli faceva presente altresì la criticità del periodo dal punto di vista lavorativo (le manutenzioni periodiche di caldaie sono eseguite prevalentemente nei mesi di novembre e dicembre di ogni anno), l'odierno opposto minacciava di assentarsi dal lavoro, costringendo così il datore ad un licenziamento per giusta causa.

Il legale rappresentante invitava dunque il dipendente a fruire di un periodo di ferie sino al 27 novembre, ma il 28 novembre il V. non si presentava al lavoro, nonostante i ripetuti solleciti.

Asseriva la ricorrente che l'attività di manutenzione di caldaie veniva svolta per l'80% dal V., la cui prestazione era difficilmente sostituibile da parte degli altri dipendenti, ciascuno specializzato nella propria area di competenza, e che inoltre nei giorni di assenza ingiustificata dell'opposto anche altri colleghi erano assenti per malattia o per corsi di aggiornamento.

Non era stato possibile, a dire della datrice di lavoro, nemmeno sostituire il dipendente con una nuova assunzione, atteso che il V., richiesto di recarsi in azienda il giorno 27 novembre 2017 per le visite mediche annuali, rispondeva di non poter essere presente per "precedenti impegni organizzativi", così tacendo la reale intenzione di non fare più rientro al lavoro.

Per l'effetto, la G. S.r.l. lamentava di non aver potuto effettuare i controlli annuali dell'efficienza delle caldaie, così non solo ottenendo un minor fatturato rispetto agli anni precedenti, ma perdendo altresì una fetta importante della propria clientela, che si è rivolta ad altri operatori del settore, e subendo un danno da lucro cessante quantificabile in € 10.000,00, a cui aggiungersi, o entro il quale comprendersi, anche un rilevante danno di immagine. (Omissis)

A fronte della lettera dd. 18 dicembre 2017, con cui G. S.r.l. Contestava al dipendente l'assenza ingiustificata dal 28 novembre 2017 e la negligente esecuzione dei lavori presso i cantieri già menzionati, nonché i danni causati al datore di lavoro per effetto di dette condotte, l'odierno opposto confessava la volontarietà dell'assenza e qualificava la propria decisione come esercizio di una facoltà riconosciutagli dall'ordinamento giuridico del lavoro.

Con lettera dd. 2 gennaio 2018 la G. S.r.l. Licenziava d.v. per giusta causa.

Esponeva l'opponente che, a causa del comportamento del dipendente, deliberatamente tenuto al solo scopo di poter beneficiare della naspi, l'azienda aveva dovuto corrispondere quale contributo (cd. Ticket) per il licenziamento la somma di € 1.469,00, e quale compenso per la

consulenza nell'iter disciplinare allo studio g. E associati la somma di € 427,52, atteso che la tenuta della contabilità ordinaria da parte del consulente del lavoro non comprendeva la consulenza specifica in materia di licenziamento disciplinare. (*omissis*) a tal proposito, deve convenirsi che le allegazioni probatorie di parte ricorrente e le dichiarazioni dei testi escussi consentono una ricostruzione precisa della dinamica dei fatti: emerge dall'attività istruttoria espletata che l'iniziativa di porre fine al rapporto lavorativo è stata presa esclusivamente del v., il quale, a fronte del rifiuto oppostogli dal datore, si è in seguito assentato dal lavoro deliberatamente al fine di farsi licenziare.

Inequivoca in tal senso la lettera del 22 dicembre 2017 (*omissis*) indirizzata dal resistente al proprio datore di lavoro in risposta alla contestazione disciplinare pervenutagli solo pochi giorni prima, ove si legge: "la mia decisione di assentarmi dal lavoro, a prescindere dalle motivazioni che la sorreggono, costituisce l'esercizio di una facoltà riconosciutami dall'ordinamento giuridico del lavoro".

Pare difficile, alla luce di tale affermazione, difendere la tesi di parte resistente e attribuire la decisione di interrompere il rapporto lavorativo unicamente e unilateralmente alla g. E al suo legale rappresentante a.b.

Un tanto trova conferma altresì nelle dichiarazioni dei testi escussi. (*omissis*) Non è questa la sede per indagare la ragione o lo scopo di tale decisione del dipendente, ma ciò che conta è ricondurre con chiarezza la dichiarazione di volontà in capo al soggetto dal quale essa effettivamente provenne.

Da quanto detto consegue che le spese sostenute da G. per dare (involontariamente) corso alla decisione di recesso assunta dal lavoratore non possono che essere addossate a quest'ultimo e, nello specifico, il V. sarà tenuto a corrispondere alla ricorrente le somme da questa spese a titolo di cd. ticket licenziamento (€ 1.469,00).

Il cd. ticket per il licenziamento è infatti un onere che la G. ha dovuto sopportare esclusivamente perché il V., anziché dimettersi, senza costi per l'azienda, l'ha deliberatamente posta nella necessità di risolvere il rapporto lavorativo.

Per quanto concerne la somma asseritamente spesa da G. S.r.l. a titolo di compenso per consulente del lavoro appositamente incaricato di seguire la procedura (€ 427,52), se è vero che anche detto esborso dovrebbe, per quanto detto sinora, essere posto a carico del V., deve tuttavia rilevarsi che l'allegazione probatoria di parte opponente è decisamente carente sul punto: la fattura di cui al doc. 13, infatti, non risulta quietanzata.

(*Omissis*)

In conclusione, in virtù di quanto sinora esposto, il decreto ingiuntivo opposto n. 189/18 del 25 giugno 2018 del giudice del lavoro del Tribunale di Udine deve essere revocato.

Accertato per i motivi anzidetti il credito di V.D. per un importo pari a € 11.267,94 netti, deve riconoscersi altresì che la società opponente G. S.r.l. ha nei confronti del proprio dipendente un controcredito di € 1.830,00.

Tale ultimo importo deriva infatti dalla somma delle seguenti spese, effettuate dalla datrice di lavoro ma imputabili alla condotta del dipendente, come sopra esposto: € 1.460 per il ticket licenziamento ed € 370 per il ventilatore erroneamente ordinato a seguito degli interventi del V. presso il cliente V.

Per l'effetto, operata la compensazione parziale cd. a-tecnica o impropria tra le somme anzidette, parte opponente dovrà essere condannata al pagamento in favore dell'opposto del credito residuo.

È noto infatti che è configurabile tale forma di compensazione qualora reciproci crediti e controcrediti accertati trovino origine in un unico rapporto, quale, nella specie, il rapporto lavorativo intercorso tra D.V. e G. S.r.l.

La soccombenza reciproca giustifica la compensazione tra le parti delle spese di lite. (*Omissis*)



Il datore di lavoro “costretto” a licenziare può chiedere al lavoratore il ristoro del ticket NASpI?

Con la sentenza n. 106 del 30 settembre 2020, il Tribunale di Udine adotta una soluzione inedita in un caso, a quanto consta privo di precedenti, in cui il lavoratore aveva deciso di interrompere il rapporto di lavoro ma aveva “provocato” il licenziamento cessando di presentarsi al lavoro, al fine, secondo la ricostruzione del datore di lavoro, di poter percepire il trattamento di disoccupazione. In ragione del fatto che il licenziamento sia dipeso da una libera scelta del lavoratore, il Tribunale condanna lo stesso a rifondere il costo sostenuto dall’azienda per il c.d. *ticket* di licenziamento.

Ai fini dell’analisi della pronuncia è necessario soffermarsi anzitutto sulla ricostruzione dei fatti che viene operata dal Tribunale: la vicenda trae origine dalla scelta del lavoratore di interrompere il rapporto di lavoro, decisione che era stata comunicata da questi al datore di lavoro formulando l’espressa richiesta di essere formalmente licenziato. A fronte della risposta negativa da parte del datore di lavoro, che rifiutava di sottoscrivere la lettera di licenziamento già predisposta dal lavoratore, quest’ultimo cessava di presentarsi al lavoro, dichiarando per iscritto di voler, in tal modo, esercitare una facoltà riconosciutagli dall’ordinamento, e veniva pertanto licenziato per assenza ingiustificata.

Il datore di lavoro, assumendo di aver subito un danno per tale comportamento, derivante dall’aver dovuto versare il c.d. contributo NASpI per il licenziamento, nel costo del professionista di cui si era avvalso al fine di redigere la lettera di licenziamento nonché nel non aver potuto rispondere a tutte le chiamate ricevute in quel periodo, tratteneva le spettanze di fine rapporto, compensando tale credito con il controcredito asseritamente vantato nei confronti del lavoratore.

Il Tribunale riconosce che il datore di lavoro abbia subito un danno per aver dovuto dare “*(involontariamente) corso alla decisione di recesso assunta dal lavoratore*”, consistente, essenzialmente, nel c.d. *ticket* di licenziamento, di cui l’azienda è stata onerata esclusivamente perché il lavoratore, “*anziché dimettersi, senza costi per l’azienda, l’ha deliberatamente posta nella necessità di risolvere il rapporto lavorativo*” e, conseguentemente, opera la compensazione di tale credito con quello alle spettanze di fine rapporto del lavoratore.

La decisione è stata presentata con toni entusiastici nei primi commenti a caldo, tuttavia risulta necessario spendere qualche riflessione su di essa.

Va, a tal fine, analizzata quale sia la *ratio* dell’imposizione del contributo addizionale del cui versamento è onerato il datore di lavoro che effettui un licenziamento, comunemente definito anche come *ticket* di licenziamento o *ticket* NASpI.

Introdotta con la l. n. 92 del 2012 e disciplinata all'art. 2, comma 31 e segg., della stessa, il contributo viene imposto ai datori di lavoro nei casi in cui il rapporto a tempo indeterminato sia interrotto per le causali che attribuiscono il diritto alla NASpI (indipendentemente dall'effettiva percezione da parte del lavoratore del trattamento di NASpI, D. GAROFALO, *La tutela della disoccupazione involontaria nel jobs act 2*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI, *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Padova, 2016, pag. 358): si tratta, dunque, dei casi di licenziamento, individuale e collettivo, nonché delle dimissioni per comprovata giusta causa (v. Corte cost. 24 giugno 2002, n. 269, in *Dir. Lav.*, 2002, II, pag. 221 in merito all'indennità di disoccupazione e successivamente la circolare Inps 97 del 2003), delle risoluzioni consensuali intervenute a seguito del trasferimento del lavoratore ad una distanza superiore a 50 km (v. messaggio INPS 26 gennaio 2018, n. 369), nell'ambito delle procedure di cui all'art. 7 l. n. 604 del 1966 ed oggi anche (così come espressamente previsto dall'art. 14, comma 3, d.l. 14 agosto 2020, n. 104) nell'ambito degli accordi collettivi aziendali stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale, di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro (per una disamina completa delle ipotesi di cessazione del rapporto per cui si configura l'obbligo di versamento del c.d. *ticket* di licenziamento si veda la circolare Inps n. 40 del 19 marzo 2020).

Come si può facilmente osservare, quindi, la debenza del contributo prescinde da una valutazione sul comportamento datoriale, non solo perché esso viene posto a carico del datore di lavoro anche quando il rapporto si è interrotto per una causa differente dal licenziamento (nella formulazione originaria della norma, invece, era espressamente esclusa l'ipotesi delle dimissioni del lavoratore), ma anche in quanto risulta dovuto indipendentemente dal ricorrere o meno delle causali che giustificano il licenziamento e quindi prescinde da ogni giudizio sulla legittimità dello stesso.

Proprio per questo motivo la previsione legislativa è stata oggetto di critiche mosse da gran parte della dottrina, che ne ha sottolineato l'irragionevolezza (critica la disposizione nella parte in cui grava del ticket il datore di lavoro che licenzi a causa di una mancanza, magari anche gravissima, del lavoratore ma non quando il rapporto si risolve consensualmente o per dimissioni, magari incentivate, del lavoratore, C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, pag. 547 e segg.), a maggior ragione nei casi in cui il licenziamento sia stato intimato per ragioni legate ad un inadempimento del lavoratore, anche gravissimo e tale quindi da rappresentare una giusta causa di licenziamento [D. GAROFALO, *Gli ammortizzatori sociali*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012) – Licenziamenti e rito speciale, contratto, ammortizzatori e politiche*

attive, Milano, 2012, pag. 184; R. VIANELLO, *Profili previdenziali*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Padova, 2013, pag. 366].

Sembra, però, che dietro alla scelta del legislatore si possa leggere una finalità solidaristica, di redistribuzione dei costi della NASpI (l'imposizione è stata definita, infatti, “*astrattamente funzionale rispetto alle nuove forme di sostegno al reddito*”, C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, op. cit., pag. 547 e segg.; diretta alla Gestione prestazioni temporanee ai lavoratori dipendenti, S. CAIROLI, *La NASpI, la DIS COLL e gli altri strumenti di tutela del reddito contro la disoccupazione involontaria*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Torino, 2020, pag. 311; finalizzata direttamente alla ricollocazione del lavoratore licenziato e al finanziamento della NASpI da P. RAUSEI, *Tutto Jobs Act. La nuova dottrina del lavoro*, Milano, 2015 pag. 32), che vengono addossati al datore di lavoro, presumibilmente in quanto ritenuto soggetto economicamente forte (su tale criterio di distribuzione dei costi cfr. G. ALPA, *Trattato di diritto civile*, Milano, 1999, pag. 135 e segg.), e quindi in questo senso a prescindere da ogni tipo di valutazione sul suo comportamento e senza perseguire un intento sanzionatorio (paradossalmente, una connotazione *lato sensu* sanzionatoria potrà leggersi in maggior misura nelle ipotesi in cui il rapporto venga estinto per scelta, seppur involontaria, del lavoratore, che in quelle in cui il rapporto cessi per il licenziamento del lavoratore; con riferimento al primo caso, infatti, va considerato che il lavoratore dimissionario ha diritto alla NASpI solo nel caso di dimissioni rese per giusta causa, che usualmente ricorre in presenza di un grave inadempimento datoriale).

Non sembra ostativa al riconoscimento di tale finalità la circostanza che il contributo sia dovuto a prescindere dalla sussistenza, in capo al lavoratore che cessa il rapporto, dei requisiti contributivi per l'accesso alla NASpI: la logica solidaristica, di partecipazione dei costi sociali, infatti, risulta assumere una valenza più ampia e non limitata al singolo rapporto.

Quel che è certo, in ogni caso, è che il versamento del contributo consegua direttamente, e indipendentemente da ogni ulteriore valutazione, all'accertamento del fatto che il rapporto si sia interrotto per una delle causali che danno diritto alla NASpI.

L'imposizione di tale onere a carico del datore di lavoro anche nelle ipotesi di licenziamento disciplinare ha fatto sorgere un'ulteriore questione nel momento in cui il legislatore ha introdotto l'attuale disciplina della convalida telematica per le dimissioni, condizionando la validità delle stesse al rispetto della procedura prevista dalla disposizione.

Nel d.lgs. n. 151 del 2015, invero, non è previsto un meccanismo analogo a quello contenuto nella previgente l. n. 92 del 2012 (art. 4, comma 19, l. n. 92 del

2012), che prevedeva espressamente che la mancata adesione all'invito del datore di lavoro di convalidare le dimissioni producesse l'estinzione del rapporto, con la conseguenza che, nel caso in cui semplicemente il lavoratore cessi di presentarsi al lavoro, ma non rassegni con la corretta procedura le dimissioni, il datore il lavoro, di fatto, viene posto nella condizione di dover avviare la procedura disciplinare e licenziare il lavoratore per assenza ingiustificata (C. DI CARLUCCIO, *Dimissioni: problemi esegetici e soluzioni interpretative. Nuove prospettive schiuse dal d.lgs. n. 151/2015*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2016, pag. 189 e segg.; A. FENOGLIO, *Le dimissioni dal lavoro: corsi e ricorsi storici sotto la lente dell'analisi empirica*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, I, pag. 273; F. FONTANA, *sub art. 26*, in R. DE LUCA TAMAJO, O. MAZZOTTA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2018, pag. 3040).

Come nella vicenda oggetto della decisione in commento, anche in quest'ipotesi, dunque, ci si trova di fronte ad un caso di licenziamento "provocato" dal comportamento del lavoratore, con la differenza che nel caso affrontato dal Tribunale la chiara volontà espressa del lavoratore era quella di ottenere un licenziamento, mentre nelle ipotesi considerate ben può essere che la volontà del lavoratore sia quella di estinguere con il proprio atto il rapporto e che tuttavia, non essendo espressa nelle forme prescritte dalla legge, la sua volontà risulti inidonea a produrre l'effetto estintivo desiderato.

In proposito è stato lamentato che il datore di lavoro, oltre a dover licenziare il lavoratore per poter far validamente cessare il rapporto, sia tenuto a versare il contributo di licenziamento; la soluzione espressa dal Tribunale di Udine sembrerebbe offrire una possibile soluzione a tale problema.

Va osservato, tuttavia, che tale soluzione non appare pacifica.

Alla sua base si pone, infatti, la considerazione che il datore di lavoro sia stato costretto dal lavoratore ad effettuare il licenziamento (richiamando il passaggio della motivazione, "*l'ha deliberatamente posto nella necessità di risolvere il rapporto lavorativo*"): per questo motivo, si ritiene che questi debba essere rifiuto dei costi sostenuti per una scelta obbligata.

A tal proposito non può che osservarsi che la scelta del datore di lavoro di licenziare risulta essere una scelta libera, in quanto l'esercizio del potere disciplinare, almeno nell'ambito dei rapporti di lavoro privati, è rimesso alla discrezionalità del datore di lavoro (*ex multis* Cass. 4 aprile 2017, n. 8722, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2017, 4, II, pag. 853; Cass. 8 luglio 2015, n. 14251, in *Dejure.it*).

La considerazione rimane valida anche in un caso come quello esaminato, nel quale il datore di lavoro non era necessariamente tenuto ad irrogare il licenziamento per far cessare il rapporto: lo stesso, infatti, avrebbe potuto invocare l'eccezione di inadempimento e cessare di versare la retribuzione al lavoratore (v. G. PROIA, *La nuova disciplina delle dimissioni e della risoluzione consensuale*, in

Riv. It. Dir. Lav., 2017, I, pag. 2 e segg.; la possibilità di invocare l'eccezione di inadempimento in caso di mancata esecuzione della prestazione lavorativa è pacificamente ammessa, v. Cass. 4 luglio 2017, n. 16388, in *Dejure.it*); è indubbio che la scelta di licenziare il lavoratore assente risponda ad una logica di convenienza, anche per sottrarsi all'eventuale futura pretesa del lavoratore di riprendere il rapporto di lavoro (interessante, sul punto, ma più teorica che pratica, come l'A. stesso riconosce, la soluzione prospettata da G. PROIA, *La nuova disciplina delle dimissioni e della risoluzione consensuale*, op. cit., pag. 2 e segg. secondo cui si potrebbe ritenere che il lavoratore decada dall'esercizio dei diritti derivanti dal rapporto di lavoro a causa del loro prolungato mancato esercizio, in applicazione dei principi di correttezza e buona fede, nonché di tutela dell'affidamento), ciò, tuttavia, non la rende obbligata.

D'altro canto, se il ragionamento del Tribunale fosse portato alle estreme conseguenze, si dovrebbe anche dubitare che il lavoratore abbia maturato, per effetto del licenziamento, il diritto alla NASpI: sembrerebbe, infatti, di doversi escludere che lo stesso si sia trovato nello stato di aver perduto “*involontariamente la propria occupazione*” richiesto ai fini dell'accesso al trattamento (cfr. artt. 1 e 2 d.lgs. n. 22 del 2015). È l'Inps stessa, tuttavia, a contrastare una siffatta conclusione, laddove afferma che ai fini del riconoscimento del diritto al trattamento di disoccupazione debba essere tenuto in considerazione esclusivamente il titolo della risoluzione del rapporto, a prescindere dal comportamento del lavoratore da cui è esitato il provvedimento espulsivo, nonché da eventuali accordi conciliativi *a latere* dai quali possa risultare l'interesse del lavoratore alla cessazione del rapporto (cfr. Min. Lav., interpello n. 13 del 24 aprile 2015; circ. Inps 40 del 2020).

Confermata, quindi, la sussistenza dei presupposti per il versamento del contributo, la soluzione offerta dal Tribunale desta qualche perplessità, e ciò tanto più se si valorizza da un lato il fatto che la scelta di licenziare non sia stata realmente obbligata e che quindi i costi sostenuti a tal fine non possano essere considerati quale conseguenza diretta ed immediata del comportamento inadempiente del lavoratore (se si osservano le pronunce giurisprudenziali in cui viene riconosciuto il diritto al risarcimento del danno per fatti del lavoratore che abbiano condotto al licenziamento, si nota che anche nei casi più gravi il lavoratore non viene usualmente chiamato a risarcire il costo che il datore di lavoro ha dovuto sostenere per effettuare il licenziamento ma solo l'eventuale danno provocato dalla sua condotta), e, dall'altro lato, che è stata una scelta del legislatore quella di porre a carico del datore di lavoro, anche nel caso di condotte “volontarie” del lavoratore come possono essere quelle che concretizzano una giusta causa di licenziamento, il pagamento del contributo di licenziamento e che addossare il risarcimento di tale onere in capo al lavoratore rovescia, invece, tale impostazione.

Peraltro, qualora la soluzione espressa dal Tribunale dovesse essere confermata, essa potrebbe essere estesa ai licenziamenti intimati per la protratta assenza ingiustificata del lavoratore (anche in questo caso, invero – sebbene con un margine di incertezza certamente maggiore di quello che residua nel caso affrontato dalla sentenza in commento, stante l'esplicita dichiarazione resa dal lavoratore – il fatto che il lavoratore smetta di presentarsi al lavoro è usualmente letto come espressione della volontà di estinguere il rapporto, cfr. Cass. 27 agosto 2003, n. 12549, in *Not. Giur. Lav.*, 2004, pag. 238; Cass. 10 ottobre 2019, n. 25583, in *Giust. Civ. Mass.*, 2019) nonché, ipoteticamente, in genere alle ipotesi di licenziamento disciplinare, nelle quali si potrebbe egualmente sostenere che la scelta del datore di lavoro di interrompere il rapporto risulti necessitata; ciò, tuttavia, provocherebbe un cortocircuito nel sistema che sembra travalicare le intenzioni del legislatore della l. n. 92 del 2012 (va notato che nemmeno chi si è espresso in senso critico in merito alla scelta di porre l'obbligo di versare il contributo anche nei casi di licenziamento disciplinare aveva prospettato una soluzione simile, ritenendo piuttosto necessaria una diversa scelta del legislatore, cfr. D. GAROFALO, *Gli ammortizzatori sociali*, op. cit., pag. 184).

Deve però riconoscersi che anche l'opposta soluzione, di addossare completamente i costi del licenziamento sul lavoratore che scelga di interrompere il rapporto ma si assenti semplicemente dal lavoro e non ponga in essere le prescritte formalità, beneficiando così del trattamento di disoccupazione, stride con un senso di giustizia; la soluzione a tale problematica sembra tuttavia da ricercare in una modifica all'attuale disciplina piuttosto che nell'addossare al lavoratore il costo del contributo versato dal datore di lavoro.

MARIA LAURA PICUNIO
Assegnista di ricerca dell'Università Cà Foscari di Venezia

GIURISPRUDENZA RASSEGNA

CARLOTTA FAVRETTO

Dottore di ricerca della Fondazione Marco Biagi
e dell'Università di Modena e Reggio Emilia

AMBITO DI OPERATIVITÀ E APPLICAZIONE DEI CRITERI DI SCELTA NEL LICENZIAMENTO COLLETTIVO: UNO, NESSUNO E CENTOMILA

SOMMARIO: 1. L'ambito di operatività dei licenziamenti: la cornice dei conflitti post-Covid. 2. Principi derivanti dalla Direttiva n. 129 del 1975 e proceduralizzazione della normativa interna. 3. La comunicazione alle organizzazioni sindacali sulla collocazione degli esuberanti. 4. La giurisprudenza di Cassazione sull'ambito di comparazione tra lavoratori da licenziare. 5. Segue. Le differenze con l'ipotesi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

1. L'ambito di operatività dei licenziamenti: la cornice dei conflitti post-Covid.

È stato opportunamente evidenziato che la disciplina dei licenziamenti collettivi ha quale obiettivo fondamentale il contemperamento di interessi di rilevanza costituzionale, che vengono in rilievo ove si presentino condizioni di eccedenza di personale: l'interesse del datore di lavoro ad un corretto adattamento delle dimensioni aziendali da un lato e, dall'altro, la salvaguardia dell'occupazione ⁽¹⁾, intesa anche e soprattutto nella sua dimensione individuale ⁽²⁾.

Rispetto alla già complessa ricerca di equilibrio tra i suddetti contrapposti fattori, l'emergenza epidemiologica sopraggiunta ha scardinato le valutazioni e i giochi consueti, ponendo in primo piano la tutela della salute e la tenuta del sistema economico a livello nazionale, europeo e (persino) globale. Ebbene, per quanto l'emergenza – tutt'ora in atto – abbia imposto su tutti i fronti una battuta di arresto piuttosto prolungata e per quanto la decretazione d'urgenza abbia

(1) M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5 delle l. 223/1991*, in M. PERSIANI (a cura di), *Commentario alla legge 23 luglio 1991, n. 223*, in *Nuov. Leg. Civ. Comm.*, 1994, pag. 924; L. ANGIELLO, *I licenziamenti collettivi*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2012, suppl., pag. 3.

(2) La Suprema Corte ha valorizzato tale ultimo aspetto chiarendo che, oltre agli interessi pubblici, la normativa è finalizzata soprattutto alla tutela dei singoli lavoratori coinvolti nella procedura. Cass. 2 settembre 2003, n. 12781, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, pag. 9; Cass. 11 aprile 2003, n. 5770, in *Foro It.*, 2003, I, col. 1381; Cass. 18 luglio 2001, n. 9743, in *Giust. Civ. Mass.*, 2001, pag. 1416.

optato per un periodo di congelamento delle operazioni di ridimensionamento, i licenziamenti collettivi potrebbero drammaticamente acquisire un ruolo di particolare rilevanza nell'immediato futuro post-Covid.

Appare infatti ragionevole ipotizzare che, non appena il c.d. blocco licenziamenti verrà a terminare, si verifichi l'emersione dei conflitti sino ad oggi forzatamente sopiti, tra i quali spicca quello ulteriore, consustanziale alla dimensione collettiva della fattispecie in discorso, tra gruppi di dipendenti della stessa impresa ⁽³⁾. Si tratta peraltro di un conflitto, quest'ultimo, reso sempre più complesso dalla progressiva diversificazione delle forme di attività imprenditoriali ⁽⁴⁾ e dalla crescita delle dimensioni sovranazionali ⁽⁵⁾; da una trasformazione, dunque, che *"favorisce le tendenze già presenti alla disgregazione e frammentazione delle posizioni degli interessi sia dei lavoratori sia delle imprese"* e che *"rimette in discussione dalle fondamenta le strategie delle parti nei rapporti collettivi come in quelli produttivi"* ⁽⁶⁾. La varietà di forme incide infatti anche sui perimetri entro cui si svolge l'attività rappresentativa, destabilizzandone gli attori.

La disciplina dettata nel 1991 in materia di licenziamenti collettivi deve dunque confrontarsi, più che con le attuali contingenze, con le sopra descritte tendenze evolutive, così come devono farlo le organizzazioni sindacali, alle quali la legge ha affidato un ruolo preminente nella gestione e nel controllo delle operazioni di ridimensionamento. È utile dunque offrire uno sguardo complessivo alla disciplina dei licenziamenti collettivi, agli ambiti di operatività degli stessi e in particolare a come la giurisprudenza è stata chiamata a chiarire la portata del dettato normativo.

(3) *"L'interesse di coloro che, almeno astrattamente, rientrano nell'ambito dei licenziabili a vedere accantonata, o, almeno ridimensionata, la riduzione di personale si contrappone, infatti, a quello di tutti gli altri lavoratori della medesima impresa che, essendo estranei all'area dei possibili destinatari del risanamento e/o del mantenimento della competitività dell'impresa, la quale potrebbe altrimenti rischiare un aggravamento della crisi con la conseguente estensione del processo di eliminazione degli esuberanti e potenziale coinvolgimento degli stessi lavoratori inizialmente coinvolti"*: V. DI CERBO, D. SIMEOLI, *Commento a Legge 23 luglio 1991, n. 223*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA (a cura di), in *Le fonti del diritto italiano*, Milano, 2014, pag. 1772.

(4) M. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione della regola del diritto*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2010, n. 126, pag. 203; V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2010, n. 125, pag. 1 e segg.

(5) F. GUARRIELLO, *Transnational Collective Agreements*, in T. TREU, G. CASALE (a cura di), *Transformations of Work: Challenges for the Institutions and Social Actors*, in *Transformations of Work: Challenges for the Institutions and Social Actors, Bulletin of Comparative Labor Relations*, Milano, 2019, pag. 203; F. GUARRIELLO, C. STANZANI (a cura di), *Sindacato e contrattazione nelle multinazionali*, Milano, 2018.

(6) T. TREU, *Regole e procedure nelle relazioni industriali: retaggi storici e criticità da affrontare*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2020, 2, pag. 453.

2. Principi derivanti dalla Direttiva n. 129 del 1975 e procedimentalizzazione della normativa interna.

A seguito della legge n. 223 del 1991 ⁽⁷⁾, che ha posto mano al previgente quadro normativo fatto di “*schegge di norme non coordinate e spesso non coordinabili*” ⁽⁸⁾, il licenziamento collettivo è divenuto oggetto di una propria autonoma disciplina ⁽⁹⁾ che lo ha nettamente differenziato rispetto al licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo ⁽¹⁰⁾. Tale legge ha dato attuazione alla Direttiva europea n. 129 del 1975 ⁽¹¹⁾, che ha dettato alcuni principi direttivi in materia, tra i quali figurano: la necessaria consultazione dei rappresentanti dei lavoratori, l'intervento dell'autorità pubblica competente e il rispetto di determinate garanzie procedimentali ⁽¹²⁾.

Coerentemente alle indicazioni di livello europeo, la disciplina introdotta nell'ordinamento italiano con riguardo ai licenziamenti collettivi si è appunta-

(7) Precedentemente il licenziamento collettivo per riduzione di personale trovava una propria incompleta disciplina negli accordi interconfederali, rispetto ai quali soltanto l'opera di interpretazione giurisprudenziale era giunta a individuare principi direttivi stabili e coerenti nonostante gli scarsi dati normativi allora vigenti: L. GALANTINO, *La disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 1993.

(8) M. MISCIONE, *I licenziamenti per riduzione del personale e la mobilità*, in F. CARINCI (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Napoli, 1991, pag. 302.

(9) A conferma di ciò, in contrapposizione ai principi elaborati dalla giurisprudenza prima dell'entrata in vigore della legge in discorso, la Suprema Corte ha ritenuto che eventuali profili di illegittimità non permettessero più, come in precedenza, la conversione del licenziamento collettivo in individuale. Cass. 6 luglio 2000, n. 9045, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, II, pag. 573, con nota di R. SALOMONE; Cass. 17 dicembre 1998, n. 12658, in *Nuov. Giur. Civ. Comm.*, 1999, I, pag. 715, con nota di O. MAZZOTTA, *La cassazione e il dilemma del controllo causale sul licenziamento collettivo*; Cass. 21 maggio 1999, n. 4970, in *Orient. Giur. Lav.*, 1999, I, pag. 769; Cass. 8 giugno 1999, n. 5662, in *Orient. Giur. Lav.*, 1999, I, pag. 435.

(10) Il licenziamento collettivo si distingue da quello individuale caratterizzandosi per il precedente intervento della Cigs oppure per il numero dei licenziamenti (almeno cinque), per le dimensioni dell'impresa all'interno della quale sono effettuati (che deve occupare più di quindici dipendenti) e per l'arco temporale entro cui si verificano (120 giorni): Cass. 23 giugno 2006, n. 14638, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, 2, II, pag. 425, con nota di M. CARUSONE, *Non computabilità delle dimissioni incentivate ai fini della soglia numerica del licenziamento collettivo*; Cass. 23 marzo 2004, n. 5794, in *Not. Giur. Lav.*, 2004, pag. 676; Cass. 6 luglio 2000, n. 9045, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, II, pag. 573, con nota di R. SALOMONE, *Licenziamento collettivo: gli obblighi di forma nella comunicazione del recesso al lavoratore e il controllo sulla giustificatezza dei motivi*.

(11) L'Italia è intervenuta tardivamente rispetto al termine biennale che era stato previsto dalla Direttiva. Tale condotta è stata oggetto di due decisioni della Corte di giustizia delle Comunità europee (Corte giust. CE 8 giugno 1982 n. 91/8, in *Foro It.*, 1982, IV, col. 353, con nota di O. MAZZOTTA, *L'Italia, la C.E.E. e i licenziamenti collettivi*; Corte giust. CE 6 novembre 1985 n. 131/84, in *Foro It.*, 1986, IV, col. 109) con le quali ha dichiarato la Repubblica italiana inadempiente rispetto agli obblighi imposti dal Trattato UE.

(12) La Direttiva del 1975 è stata successivamente modificata dalla Direttiva CEE n. 92/56 del 24 giugno 1992. È stata poi emanata la Direttiva 98/59/CE del Consiglio dell'Unione Europea 20 luglio 1998 che ripropone il testo del 1975 coordinato e integrato con le modifiche del 1992. L. VENTURA, *Licenziamenti. II) Licenziamenti collettivi*, in *Enc. Giur. Trec.*, vol. XIX, Roma, 1991, pag. 28.

ta sulla procedimentalizzazione del provvedimento datoriale e sul passaggio dal controllo giurisdizionale *ex post* ad un controllo *ex ante* dell'iniziativa imprenditoriale devoluto alle organizzazioni sindacali, rese destinatarie di incisivi poteri di informazione e consultazione⁽¹³⁾. Il controllo devoluto al giudice in sede contenziosa, dunque, a differenza di quanto accade in relazione ai licenziamenti per giustificato motivo obiettivo, non riguarda gli specifici motivi della riduzione del personale ma la correttezza procedurale dell'operazione, "*con la conseguenza che non possono trovare ingresso in sede giudiziaria tutte quelle censure con le quali, senza contestare specifiche violazioni delle prescrizioni dettate dai citati artt. 4 e 5 e senza fornire la prova di maliziose elusioni dei poteri di controllo delle organizzazioni sindacali e delle procedure di mobilità al fine di operare discriminazioni tra i lavoratori, si finisce per investire l'autorità giudiziaria di un'indagine sulla presenza di "effettive" esigenze di riduzione o trasformazione dell'attività produttiva*"⁽¹⁴⁾. Il giudice, investito della valutazione circa la legittimità del licenziamento collettivo, non potrà valutare nel merito la giustificatazza del recesso datoriale, ma la sussistenza dell'imprescindibile nesso causale tra il progettato ridimensionamento (ristrutturazione, riorganizzazione o conversione aziendale) e i singoli provvedimenti di recesso⁽¹⁵⁾.

Nessun principio è stato posto dalla direttiva europea con riguardo ai criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, né all'ambito di applicazione degli stessi.

La Corte di giustizia dell'Unione europea è stata recentemente chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità tra la normativa italiana in materia di licenziamenti collettivi e quella europea. Il Tribunale di Milano e, da ultimo, la Corte d'Appello di Napoli hanno sollevato la questione in relazione agli articoli 3 e 10 del d.lgs. n. 23 del 2015 che prevedono una sanzione meramente indennitaria in caso di violazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare nell'ambito di un licenziamento collettivo, introducendo così una disparità di trattamento rispetto ai lavoratori con rapporti già in essere al 7 marzo 2015, ai quali spetta la tutela reintegratoria.

La Corte di giustizia dell'Unione europea ha giudicato manifestamente irricevibile il rinvio pregiudiziale ritenendo che la materia non avesse alcuna connes-

(13) F. MIANI CANEVARI, *Licenziamenti collettivi e gruppi di imprese*, in R. COLOSIO, F. CURCURUTO, R. FOGLIA (a cura di), *Il licenziamento collettivo in Italia nel quadro del diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2016, pag. 162 e segg.; M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5 delle l. 223/1991*, in M. PERSIANI (a cura di), *Commentario alla legge 23 luglio 1991, n. 223*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1994, pag. 924.

(14) Cass. 6 ottobre 2006, n. 21541, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, pag. 1; Cass. 12 ottobre 1999, n. 11455, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, pag. 100, con nota di S. LIEBMAN, *Licenziamento collettivo, procedure sindacali e garanzie del dipendente; e successive conformi*. Da ultimo: Cass. 16 dicembre 2020, n. 28816, in *Italggiure.it*.

(15) Cass. 6 ottobre 2006, n. 21541, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, pag. 1; Cass. 6 maggio 2004, n. 8364, in *DL Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2004, pag. 637; Cass. 19 aprile 2003, n. 6385, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, pag. 4.

sione con il diritto dell'Unione, non riguardando profili regolati dalla direttiva, che si limita ad imporre il rispetto di una procedura di informazione e consultazione sindacale.

In particolare nell'ordinanza del 4 giugno 2020 la Corte ha affermato che: *“le modalità della tutela da riconoscere ad un lavoratore che sia stato oggetto di un licenziamento collettivo ingiustificato derivante da una violazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare sono manifestamente prive di relazione con gli obblighi di notifica e di consultazione derivanti dalla direttiva 98/59. Neì tali modalità neì detti criteri di scelta rientrano nell'ambito di applicazione di quest'ultima. Di conseguenza, essi rimangono di competenza degli Stati membri”*⁽¹⁶⁾. Al momento tale profilo resta dunque affidato alla competenza e alla discrezionalità normativa nazionale⁽¹⁷⁾.

L'unico riferimento che la direttiva opera con riguardo ai perimetri dell'organizzazione imprenditoriale si rinviene infatti nella previsione degli obblighi di informazione gravanti sul datore di lavoro, applicabili indipendentemente dal fatto che la decisione sia presa dallo stesso datore di lavoro o da un'impresa controllante⁽¹⁸⁾.

3. La comunicazione alle organizzazioni sindacali sulla collocazione degli esuberanti.

Quanto alla citata procedimentalizzazione, la legge n. 223 del 1991 ha previsto una fase informativa e di confronto con le organizzazioni sindacali e il coinvolgimento della competente autorità amministrativa. Il datore di lavoro che intende procedere alla messa in mobilità o alla riduzione di personale⁽¹⁹⁾ deve infatti

(16) Corte giust. UE 4 giugno 2020, C-32/20, seguita dalla sentenza 26 novembre 2020, n. 254 della Corte Costituzionale, con la quale la stessa ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte d'appello di Napoli sulle disposizioni del Jobs Act riguardanti i licenziamenti collettivi intimati in violazione dei criteri di scelta.

(17) In senso parzialmente critico (nel senso che ove lo Stato membro abbia previsto la necessità di comunicare in modo puntale ai rappresentanti dei lavoratori e all'autorità pubblica le modalità di applicazione dei criteri di scelta e la necessità di rispettarli, una loro violazione si sarebbe potuta tradurre in un vizio procedimentale sanzionabile ai sensi dell'art. 6 dir. 98/59/CE) si veda: M. BIASI, G. GAUDIO, *La “missione di civiltà” del diritto sociale europeo e il nuovo assetto dei licenziamenti collettivi in Italia: rileggendo Mario Grandi*, in corso di pubblicazione, in *Var. Temi Dir. Lav.*, 2020, speciale.

(18) Corte giust. UE 10 settembre 2009, C-44/08, Rel. Juhász, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, pag. 517, con nota di C. ZOLI, *Licenziamenti collettivi e gruppi di imprese: la procedura di informazione e consultazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*.

(19) Come evidenziato dalla dottrina, nell'ambito della legge n. 223 del 1991 il legislatore ha disciplinato due distinte fattispecie di licenziamento collettivo, ossia il collocamento in mobilità (artt. 4 e 5 della l. n. 223 del 1991) e i licenziamenti per riduzione di personale (art. 24 della l. n. 223 del 1991). La disciplina delle stesse, dal punto di vista procedimentale, è tuttavia in gran parte analoga. Ne consegue che la normativa sui licenziamenti collettivi, compresa l'applicazione dei medesimi criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, si applica anche nel caso in cui non sussistano i requisiti numerici indicati

darne comunicazione scritta preventiva alle R.S.A., alle associazioni di categoria e alla Direzione territoriale del lavoro ⁽²⁰⁾, dando atto delle motivazioni e delle indicazioni previste specificamente all'art. 4 della L. n. 223 del 1991. La procedura prevede poi che, a richiesta delle rappresentanze sindacali aziendali e delle rispettive associazioni, si proceda all'esame congiunto tra datore di lavoro e organizzazioni sindacali. Chiusa tale fase, di prospettazione e confronto sui dati comunicati dalla parte datoriale, è prevista una seconda fase di individuazione concreta delle persone da licenziare, con una sorta di "procedura concorsuale" che si svolge secondo i criteri dettati dal contratto collettivo o dalla legge (art. 5, l. n. 223 del 1991) e cioè: carichi di famiglia, anzianità ed esigenze tecnico produttive ⁽²¹⁾.

È dunque già nell'ambito della comunicazione di cui all'art. 4 che il datore di lavoro può delimitare l'ambito del licenziamento collettivo, ossia già nella prospettazione delle informazioni relative all'operazione aziendale che intende attuare. In tale comunicazione deve essere infatti indicato il numero, la collocazione aziendale (reparto, settore, unità produttiva, ecc.) e i profili professionali del personale da espungere.

Proprio per tale ragione la giurisprudenza maggioritaria ritiene che tanto l'indicazione dei motivi che determinano l'eccedenza, quanto quella dei motivi tecnici, organizzativi e produttivi per i quali il datore ritenga non si possano adottare misure

dall'art. 24 (i cinque licenziamenti nell'arco di 120 giorni) e che d'altronde l'istituto del licenziamento collettivo non sia necessariamente legato al trattamento straordinario di integrazione salariale. Cass. 11 novembre 1998, n. 11387, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, pag. 665, con nota di M. PALLA, *Impossibilità di garantire il reimpiego ai lavoratori in C.i.g.s. e scelta dei dipendenti da porre in mobilità*; Cass. 20 marzo 2000, n. 3271, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, II, pag. 139; Cass. 8 febbraio 2010, n. 2734, in *DL Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2010, 2, pag. 567, con nota di F. PERONE, *Le due tipologie di licenziamento nell'ambito della procedura di mobilità*. Al proposito la stessa Corte Costituzionale ha comunque precisato: "Ma la confluenza delle due fattispecie di riduzione del personale verso discipline sostanzialmente analoghe, benché non perfettamente sovrapponibili, non toglie che esse rimangano pur sempre diverse ed autonome". Corte cost. 13 giugno 2000, n. 190, in *Giust. Civ.*, 2001, I, pag. 1462.

(20) Cass. 2 marzo 1999, n. 1760, in *Giust. Civ. Mass.*, 1999, pag. 476: "L'obbligo di comunicazione con il quale ha inizio la procedura per la dichiarazione di mobilità riguarda esclusivamente le rappresentanze sindacali aziendali costituite in azienda nonché le rispettive associazioni di categoria". Mentre la titolarità del diritto all'informativa non spetta alle oo.ss. che non abbiano costituito rappresentanze sindacali aziendali, a meno che si tratti di impresa priva appunto di R.S.A. o R.S.U.: "In mancanza delle predette rappresentanze la comunicazione deve essere effettuata alle associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale. La comunicazione deve contenere indicazione", art. 4, comma 3, L. n. 223 del 1991.

(21) Cfr. sui criteri di scelta: F. FOCARETA, *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1992, pag. 319; R. DEL PUNTA, *I licenziamenti collettivi*, in M. PAPALEONI, R. DEL PUNTA, M. MARIANI (a cura di), *La nuova Cassa integrazione guadagni e la mobilità?*, Padova, 1993, pag. 363; M. D'ANTONA, Art. 5, in *Commento alla l. 23 luglio 1991, n. 223*, M. PERSIANI (a cura di), in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1994, pag. 923; E. GRAGNOLI, *Licenziamenti collettivi e criteri di scelta*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1997, pag. 93 e segg.

alternative per porvi rimedio debba riguardare non solo la specifica unità, ma l'intera situazione aziendale che andrà dunque riferita ⁽²²⁾. La comunicazione di avvio della procedura di mobilità deve inoltre indicare specificamente i profili professionali del personale eccedente senza limitarsi ad indicare genericamente le categorie di personale in esubero ⁽²³⁾. Come chiarito dalla Suprema Corte: *“la legittimità della riduzione della platea dei lavoratori da licenziare richiede, in primo luogo, che le ragioni fondanti tale scelta siano rappresentate nella lettera di avvio della procedura di mobilità e ciò anche al fine di garantire l'effettività del confronto con le organizzazioni sindacali destinatarie della comunicazione, salvo ulteriore verifica, comunque, della loro pertinenza ed inerenza alle ragioni poste a base della procedura stessa”* ⁽²⁴⁾.

La giurisprudenza si è poi pronunciata sul rapporto tra l'ambito comunicato e l'ampiezza del procedimento comparativo, inteso come determinazione dell'ambito di comparazione e di selezione del singolo posto di lavoro. La complessità della questione deriva in parte dal duplice richiamo operato dalla legge n. 223 del 1991 alle esigenze tecnico-produttive ed organizzative ⁽²⁵⁾ e, per altro verso, dalle implicazioni che la dimensione dell'ambito aziendale di riferimento comporta ⁽²⁶⁾. A tale ultimo proposito, la Cassazione ha affermato che *“essendo la riduzione di personale conseguente alla scelta del datore sulla dimensione quantitativamente e qualitativamente ottimale dell'impresa per addivenire al suo risanamento, dalla*

(22) Cass. 11 dicembre 2012, n. 22655, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, II, pag. 803, con nota di C. LOMBARDO; Cass. 9 marzo 2015, n. 4678, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 4-5, pag. 948; Cass. 11 dicembre 2014, n. 26104, in *Guida Dir.*, 2015, 5, pag. 67.

(23) Cass. 22 giugno 2012, n. 10424, in *Foro It.*, 2012, I, col. 2664, con nota di A. M. PERRINO.

(24) Cass. 11 dicembre 2019, n. 32387, in *DeJure*.

(25) Art. 5, comma 1, l. n. 223 del 1991: *“L'individuazione dei lavoratori da licenziare deve avvenire in relazione alle esigenze tecnico-produttive, ed organizzative del complesso aziendale, nel rispetto dei criteri previsti da contratti collettivi stipulati con i sindacati di cui all'articolo 4, comma 2, ovvero in mancanza di questi contratti nel rispetto dei seguenti criteri in concorso tra loro; a) carichi di famiglia; b) anzianità; c) esigenze tecnico produttive ed organizzative”*. La dicotomia è stata ricondotta in dottrina alla duplice funzione assegnata a tali esigenze: criterio per la determinazione dell'ambito di comparazione, da un lato, e, dall'altro, per la selezione del singolo posto di lavoro. Le due operazioni sono appunto ben distinte, costituendo la prima un dato originario che precede temporalmente e logicamente l'individuazione dei singoli lavoratori da licenziare. G. RIGANÒ, *L'accordo sindacale sui criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, 1, pag. 196; U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1994, pag. 232 e segg.; G. NATULLO, *La contrattazione collettiva sui criteri di scelta nei licenziamenti collettivi: funzioni, contenuti, struttura*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2002, pag. 498; E. GRAGNOLI, *La riduzione del personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, Padova, 2006, pag. 206; diverge qui la tesi minoritaria secondo la quale il richiamo di cui al primo comma dell'art. 5 servirebbe a stabilire un principio gerarchico nell'ambito dei criteri legali: Cass. 23 marzo 1998, n. 3057, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, pag. 197, con nota di R. MARRA.

(26) M. BORZAGA, *Sull'ambito spaziale di applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità in caso di licenziamento collettivo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, II, pag. 789; C. SUNNA, *I criteri di scelta*, in M. MISCIONE (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, Torino, 2007, pag. 531 e segg.

medesima scelta non si può prescindere quando si voglia determinare la platea del personale da selezionare". Tuttavia la Corte, nella medesima occasione, ha al contempo evidenziato la necessità di valorizzare anche il riferimento normativo alla dimensione complessiva dell'azienda, con l'intento *"di approntare una ulteriore garanzia contro il pericolo di discriminazioni a danno del singolo lavoratore, in cui tanto più facilmente si può incorrere quanto più si restringe l'ambito della selezione"* e con la dichiarata consapevolezza che *"l'intendimento di espungere dall'azienda i lavoratori più forti è meglio conseguibile ampliando al massimo l'area in cui operare la scelta"* ⁽²⁷⁾.

4. La giurisprudenza di Cassazione sull'ambito di comparazione tra lavoratori da licenziare.

La giurisprudenza rispecchia in parte l'ambivalenza appena evidenziata, ma sostanzialmente ammette che l'ambito di riferimento dei licenziamenti collettivi possa essere limitato ad una frazione del complesso aziendale.

Secondo l'orientamento più netto, proprio il primo riferimento alle esigenze tecnico-produttive di cui all'art. 5 legittimerebbe in modo chiaro la decisione del datore di lavoro di limitare la selezione dei lavoratori da licenziare ad una sola unità produttiva o settore aziendale: *"la lettera della legge non consente di dubitare che la riduzione o trasformazione di attività o di lavoro, ovvero la cessazione di attività, ed il connesso numero minimo di licenziamenti, può riguardare una singola unità produttiva"* ⁽²⁸⁾.

La giurisprudenza assolutamente maggioritaria ammette tale limitazione, ma la qualifica in termini di eccezione rispetto al principio generale del coinvolgimento

(27) Cass. 24 gennaio 2002, n. 809, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, I, pag. 909, con nota di R. DIAMANTI, *L'ambito di applicazione dei criteri di scelta in materia di licenziamento collettivo*; e in *Giur. It.*, 2003, pag. 1155, con nota di M. VIZIOLI, *Sulla determinazione dell'ambito aziendale interessato alla riduzione di personale*. In tal senso anche la dottrina maggioritaria, vedi tra i molti: F. FOCARETA, *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1992, pag. 325. Cfr. in senso contrario L. VENTURA, secondo il quale se *"appare evidente che l'ampliamento dell'ambito comporta, in linea teorica, una più incisiva applicazione del principio della solidarietà sociale... è altrettanto vero che l'allargamento del numero dei lavoratori tra i quali deve essere operata la scelta rende ancora più difficile la comparazione e quindi... finisce per favorire l'esercizio di un potere discrezionale da parte del datore di lavoro"*. L. VENTURA, *Licenziamenti. II) Licenziamenti collettivi*, in *Enc. Giur. Trec.*, vol. XIX, Roma, 1991, pag. 28.

(28) Cass. 23 maggio 2008, n. 13381, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2008, 4, II, pag. 915, con nota di M. T. SALIMBENI, *La Cassazione ribadisce l'acausalità del licenziamento collettivo e una valenza attenuata degli obblighi procedurali ai fini della legittimità del provvedimento*. Cass. 29 dicembre 1998, n. 12879, in *DeJure*: *"Per quanto riguarda, dunque, la determinazione dell'ambito di attuazione del licenziamento collettivo per riduzione di personale e della individuazione dei licenziandi, deve tenersi conto, di tutti i lavoratori dell'azienda, salvo, ovviamente, che questa risulti ripartita in singole unità produttive, nel qual caso la comparazione valutativa dei dipendenti, ai fini della scelta del provvedimento, va effettuata in relazione agli addetti alle singole unità produttive oggetto del ridimensionamento"*.

dell'intera azienda. È legittimo dunque, secondo la Cassazione, che la scelta dei lavoratori venga effettuata nell'ambito di una singola unità produttiva (reparto, stabilimento, e/o singole lavorazioni o settori produttivi), ma solo in quanto ciò sia obbiettivamente giustificato dalle esigenze organizzative che hanno dato luogo alla riduzione di personale e non sia il frutto di una determinazione unilaterale ed arbitraria del datore di lavoro ⁽²⁹⁾. “*La comparazione dei lavoratori da avviare alla mobilità*”, ha statuito ad esempio la Cassazione, “*può essere effettuata avendo riguardo soltanto ai lavoratori addetti al settore o al ramo interessato dalla chiusura o dalla ristrutturazione e non a quelli addetti all'intero complesso organizzativo e produttivo, qualora si accerti che queste (chiusura o ristrutturazione) riguardino effettivamente in via esclusiva detto settore o ramo d'azienda*” ⁽³⁰⁾.

Diversamente opinando si darebbe la possibilità alla parte datoriale di finalizzare la scelta all'espulsione di determinati soggetti, in modo slegato da esigenze autenticamente tecnico-produttive ⁽³¹⁾. Ove vi siano oggettive esigenze aziendali che lo rendano necessario, la limitazione ad una singola attività o settore è coerente, secondo la Cassazione, con il principio di non discriminazione, sancito dall'art. 15 l. n. 300 del 1970, e con il principio di razionalità, che impone criteri di scelta caratterizzati da obiettività e generalità ⁽³²⁾. Una delimitazione unilaterale del datore di lavoro,

(29) Cass. 3 novembre 2008, n. 26376, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, 4, II, pag. 887, con nota di V. MIRAGLIA, *Sulla determinazione dell'ambito aziendale investito dalla riduzione di personale*; Cass. 23 giugno 2006, n. 14612, in *Mass. Giur. It.*, 2006, pag. 1296; Cass. 3 febbraio 2000, n. 1198, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, II, pag. 771, con nota di A. PILATI, *Sull'uso strumentale della procedura di mobilità al fine di sostituire lavoratori con mansioni fungibili*; Cass. 10 maggio 2003, n. 7169, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, pag. 168, con nota di L. PANAIOTTI, *Obblighi procedurali in materia di licenziamenti collettivi per cessazione di un ramo di azienda*; Cass. 4 novembre 1997, n. 10832, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 1998, pag. 366; Cass. 29 dicembre 1998, n. 12879, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, pag. 2658; Cass. 11 novembre 1998, n. 11387, in *Foro It.*, 1999, I, col. 885; Cass. 19 maggio 2005, n. 10590, in *Orient. Giur. Lav.*, 2005, I, pag. 408; Cass. 22 aprile 2005, n. 8474, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, pag. 4, in cui la Corte ha ritenuto ha ritenuto “esente da vizi la motivazione del giudice di merito, che aveva ritenuto corretta l'individuazione del criterio di scelta del personale da licenziare dipendente dalla compagnia che assicura sui treni il servizio di vagone letto ed appartenente alla categoria dei manutentori pulitori, in misura corrispondente all'intero ambito territoriale - come per il personale viaggiante - ma circoscritto all'ambito territoriale più ristretto di cento chilometri dalla sede dove si era verificata l'eccedenza di personale, perché il tipo di lavoro svolto non rendeva gli addetti fungibili sull'intero territorio nazionale, in quanto era necessario che la mansioni fossero svolte in loco”. Cass. 26 settembre 2000, n. 12711, in *Giust. Civ. Mass.*, 2000, 1997; Cass. 24 gennaio 2002, n. 809, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, I, pag. 909, con nota di R. DIAMANTI, *L'ambito di applicazione dei criteri di scelta in materia di licenziamento collettivo*; e in *Giur. It.*, 2003, pag. 1155, con nota di M. VIZIOLI, *Sulla determinazione dell'ambito aziendale interessato alla riduzione di personale*.

(30) Cass. 23 maggio 2008, n. 13381, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2008, 4, II, pag. 915, con nota di M. T. SALIMBENI, *La Cassazione ribadisce l'acausalità del licenziamento collettivo e una valenza attenuata degli obblighi procedurali ai fini della legittimità del provvedimento*.

(31) Cass. 4 novembre 1997, n. 10832, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 1998, pag. 366.

(32) Cass. 23 giugno 2006, n. 14612, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, pag. 6; Cass. 19 maggio 2005, n. 10590, in *Orient. Giur. Lav.*, 2005, I, pag. 408; Cass. 9 settembre 2003 n. 13182, in *Not. Giur. Lav.*, 2004, pag. 232.

priva di obiettive esigenze tecnico-produttive che la giustifichino, sarebbe invece contraria al principio di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 Cod. Civ., nel cui rispetto la comparazione tra lavoratori deve essere effettuata ⁽³³⁾.

Non è dunque necessario che la comparazione investa l'intero complesso aziendale purché la restrizione sia giustificata da oggettive esigenze tecnico-produttive e purché, ha specificato da ultimo la Cassazione, tali esigenze siano *“coerenti con le indicazioni della comunicazione ex articolo 4, comma 3, della legge 223/1991, acquisite in sede di esame congiunto con le organizzazioni sindacali”* ⁽³⁴⁾.

La descritta giurisprudenza pare dunque negare la possibilità di definire in modo aprioristico l'ambito di applicazione dei licenziamenti collettivi, dovendosi dare rilievo, in una valutazione da operarsi caso per caso, al nesso di causalità intercorrente tra le ragioni che hanno determinato la decisione aziendale e l'ambito aziendale cui tali ragioni si riferiscono ⁽³⁵⁾. La Cassazione ha precisato, ad esempio, che: *“quando la riduzione del personale fosse necessitata dall'esistenza di una crisi che induca di ridurre genericamente i costi, non vi sarebbe, quanto meno in via teorica, alcun motivo di limitare la scelta ad uno dei settori dell'impresa, e quindi la selezione andrebbe operata in relazione al complesso aziendale”* ⁽³⁶⁾.

La maggior parte delle sentenze, pur ammettendo la possibilità di limitare l'ambito del licenziamento ad una singola unità o frazione, ritiene tuttavia si debba considerare un ulteriore elemento. In particolare, oltre a valutare il riferimento della ristrutturazione o ridimensionamento a tutta l'azienda o a una parte soltanto di essa, la Cassazione ritiene si debba valutare la fungibilità delle professionalità presenti nel settore interessato con quelle degli altri reparti o rami mantenuti in attività ⁽³⁷⁾. La Suprema Corte ha in più occasioni sanzionato la

(33) Cass. 15 giugno 2006, n. 13783, in *Not. Giur. Lav.*, 2006, 5, pag. 686. Sul principio di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 Cod. Civ., inteso come regola di equilibrata conciliazione dei conflittuali interessi delle parti: Cass. 1 settembre 2004, n. 17556, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, pag. 933.

(34) Cass. 5 ottobre 2020, n. 21306, in *Guida Dir.*, 43, 2020, pag. 29.

(35) In dottrina, a favore di tale valutazione: R. DE LUCA TAMAJO, O. MAZZOTTA, *Commento all'art. 5*, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2013, 5ª ed., pag. 1147 e segg.; U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1994, pag. 232 e segg.

(36) Trib. Roma 16 novembre 2017, in *Arg. Dir. Lav.*, 2018, 1, pag. 316, con nota di C. FAVRETTO, *Sulla delimitazione dell'ambito oggettivo di riferimento per i licenziamenti collettivi: comunicazione di avvio della procedura, area di comparazione ed efficacia dell'accordo collettivo*; Trib. Roma 16 novembre 2017 secondo il quale: la limitazione dell'ambito di riferimento è illegittima ove la riduzione del personale si raccolga *“ad una situazione di crisi, o comunque di non soddisfacente andamento, con riduzione di attività e perdita di competitività e redditività, presente anche nelle altre sedi”*; conforme anche Cass. 26 settembre 2016, n. 18847, in *DeJure*; Cass. 21 ottobre 2015, n. 21476, in *DeJure*; Cass. 24 gennaio 2002, n. 809, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, I, pag. 909, con nota di R. DIAMANTI, *L'ambito di applicazione dei criteri di scelta in materia di licenziamento collettivo*.

(37) Tra le ragioni ammesse a legittimare la riduzione dell'ambito di riferimento vi è appunto la necessità di ridurre il numero di lavoratori con professionalità autonome, specifiche e dotate di infun-

condotta del datore di lavoro che, in caso di soppressione di un singolo reparto o unità, limiti l'individuazione dei lavoratori da licenziare agli addetti a tale reparto, senza valutare se gli stessi fossero idonei ad occupare posizioni lavorative di altri reparti ⁽³⁸⁾ (idoneità che potrebbe derivare da acquisite esperienze o per pregresso e frequente svolgimento della propria attività in altri reparti dell'azienda ⁽³⁹⁾). A titolo esemplificativo: “*si può rilevare che ove il datore, nella comunicazione di cui all'art. 4, indicasse che tutto il personale in esubero è collocato all'interno di un unico reparto, essendo solo questo oggetto di soppressione o di ristrutturazione, non sarebbe giustificato limitare l'ambito di applicazione dei criteri di scelta a queglii stessi lavoratori nel caso in cui svolgessero mansioni assolutamente identiche a quelle ordinariamente svolte anche in altri reparti, salva la dimostrazione di ulteriori ragioni tecnico-produttive ed organizzative comportanti la limitazione della selezione*” ⁽⁴⁰⁾.

Ancora più netta la posizione da ultimo assunta dalla Cassazione, secondo cui la sussistenza di dette esigenze tecnico-produttive deve semplicemente escludersi “*ove i lavoratori da licenziare siano idonei - per acquisite esperienze e per pregresso e frequente svolgimento della propria attività in altri reparti dell'azienda con positivi risultati - ad occupare le posizioni lavorative di colleghi addetti ad altri reparti o sedi*” ⁽⁴¹⁾.

Al riconoscimento della possibilità di intendere il “complesso aziendale” nei termini appena descritti, fa da contraltare l'onere probatorio posto in capo alla parte datoriale: nell'evenienza in cui vi sia contestazione circa l'oggettiva limitazione di queste esigenze organizzative, è il datore di lavoro a dover provare l'esistenza di “situazioni oggettive incompatibili” con la comparazione complessiva (come l'infungibilità delle professionalità interessate) ⁽⁴²⁾. In ogni caso il datore di

gibilità rispetto a quelle rinvenibili in altre unità produttive/settori aziendali. Cass. 30 maggio 2019, n. 14800, in *DeJure*; Cass. 28 ottobre 2009, n. 22825, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 10, pag. 1507; Cass. 29 aprile 2009, n. 9991, in *Guida Dir.*, 2009, 22, pag. 64; Cass. 3 aprile 2006, n. 7752, in *Foro It.*, 2006, 10, I, col. 2760; Cass. 16 ottobre 2015, n. 21015, in *Dir. & Giust.*, 2015, 19 ottobre.

(38) Cass. 15 giugno 2006, n. 13783, in *Not. Giur. Lav.*, 2006, 5, pag. 686; Cass. 28 aprile 2006, n. 9888, in *Orient. Giur. Lav.*, 2006, 2, I, pag. 413; Cass. 12 maggio 2006, n. 11034, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, pag. 5; Cass. 15 febbraio 2001, n. 2188, in *Foro It.*, I, col. 1566; Cass. 10 maggio 2003, n. 7169, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, pag. 168, con nota di L. PANAIOTTI, *Obblighi procedurali in materia di licenziamenti collettivi per cessazione di un ramo di azienda*; Cass. 24 gennaio 2002, n. 809, in *Not. Giur. Lav.*, 2002, pag. 566, con nota di R. DEL PUNTA, *L'ambito di applicazione dei criteri di scelta nel licenziamento collettivo*; Cass. 9 novembre 2016, n. 22788, in *DeJure*.

(39) Cass. 15 giugno 2006, n. 13783, in *Not. Giur. Lav.*, 2006, 5, pag. 686.

(40) Cass. 24 gennaio 2002, n. 809, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, I, pag. 909, con nota di R. DIAMANTI, *L'ambito di applicazione dei criteri di scelta in materia di licenziamento collettivo*.

(41) Cass. 14 ottobre 2020, n. 22217, in *Ilgiuslavorista*; Cass. 17 gennaio 2020, n. 981, in *DeJure*.

(42) Cass. 5 ottobre 2020, n. 21306, in *Guida Dir.*, 43, 2020, pag. 29; Cass. 11 luglio 2013, n. 17177, in *Guida Dir.*, 2013, 33, pag. 52; Cass. 10 luglio 2013, n. 17119, in *Guida Dir.*, 2013, 32, pag. 48; Cass. 5 maggio 2011, n. 9711, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 5, pag. 686; Cass. 3 novembre 2008, n. 26376, in *Riv. It. Dir.*

lavoro non può addurre quale motivazione la mera dislocazione territoriale delle unità o dei settori produttivi, in quanto l'argomento sarebbe estraneo alla *voluntas legis*, quale chiaramente desumibile dal tenore testuale dell'articolo 5⁽⁴³⁾.

Resta inoltre la necessità di verificare l'effettiva identità ed autonomia del settore aziendale indicato come ambito di comparazione. Al proposito si rileva che la Cassazione ha più volte identificato come unità produttiva *“un'articolazione autonoma dell'impresa avente, sotto il profilo funzionale o finalistico, idoneità ad esplicare, in tutto o in parte, l'attività di produzione di beni o servizi dell'impresa, della quale costituisce, quindi, una componente organizzativa connotata da indipendenza tecnica e amministrativa, in maniera che in essa si possa concludere almeno una frazione dell'attività produttiva aziendale”*⁽⁴⁴⁾. Si tratta in ogni caso di un accertamento che non dà luogo a giudicato agli effetti di un successivo giudizio, atteso il carattere di mera pregiudizialità logica dello stesso⁽⁴⁵⁾.

Oltre al frazionamento e alla delimitazione interna, la Cassazione si è pronunciata anche in merito all'articolazione decentrata dell'attività d'impresa. In particolare, con riguardo alle procedure attuate nell'ambito di gruppi di impresa, la Corte di Cassazione ritiene che ove più imprese formalmente distinte utilizzino contemporaneamente le prestazioni degli stessi lavoratori e abbiano un unico centro decisionale, la comunicazione preventiva e l'individuazione dei criteri di

Lav., 2009, 4, II, pag. 887, con nota di V. MIRAGLIA, *Sulla determinazione dell'ambito aziendale investito dalla riduzione di personale*; Cass. 12 maggio 2006, n. 11034, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, pag. 5, in cui si evidenzia che: *“subito dopo l'intimato licenziamento la società aveva assunto quindici nuovi dipendenti senza fornire la prova che ciascuno dei neoassunti fosse in possesso di titoli di studio o di altro equipollente titolo idoneo a comprovare particolari cognizioni specialistiche richieste dalle mansioni da svolgere”*. Cass. 28 giugno 2006, n. 1485, in *DeJure*; Cass. 23 giugno 2006, n. 14612, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, pag. 6; Cass. 6 luglio 1990, n. 7105, in *Mass. Giur. Lav.*, 91, pag. 1037. In dottrina, M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5 delle l. 223/1991*, op. cit., pag. 924.

(43) Cass. 26 settembre 2016, n. 18847, in *DeJure*; Cass. 9 novembre 2016, n. 22788, in *DeJure*; Cass. 10 luglio 2013, n. 17119, in *Guida Dir.*, 2013, 32, pag. 48; Cass. 22 aprile 2005, n. 8474, in *Not. Giur. Lav.*, 2005, pag. 777.

(44) Cass. 3 novembre 2008, n. 26376, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, 4, II, pag. 887, con nota di V. MIRAGLIA, *Sulla determinazione dell'ambito aziendale investito dalla riduzione di personale*; Cass. 22 marzo 2005, n. 6117, in *Dir. Rel. ind.*, 2007, 1, pag. 224. Anche Cass. 9 agosto 2002, n. 12121, in *Not. Giur. Lav.*, 2003, pag. 22, secondo la quale unità produttiva è definita *“come la più consistente e vasta entità aziendale (rispetto alle sedi, stabilimenti, filiali, uffici), che, eventualmente articolata in organismi minori, si caratterizza per sostanziali condizioni imprenditoriali di indipendenza tecnica ed amministrativa, tali che in essa si esaurisce per intero, o per una parte rilevante, il ciclo produttivo dell'impresa”*.

(45) Cass. 3 novembre 2008, n. 26376: *“in tema di licenziamento collettivo per riduzione di personale, il giudicato formatosi sulla natura di unità produttiva di una struttura organizzata dell'impresa non svolge alcun effetto nell'ambito di un successivo giudizio, tra parti diverse, atteso il carattere di mera pregiudizialità logica di detto accertamento”*; Cass. 3 novembre 2008, n. 26376, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, 4, II, pag. 887, con nota di V. MIRAGLIA.

scelta devono essere valutati con riguardo a tutte le imprese complessivamente considerate quale un'unica organizzazione imprenditoriale ⁽⁴⁶⁾.

Secondo tale consolidata linea interpretativa il collegamento economico-funzionale tra società del medesimo gruppo non è di per sé sufficiente a far ritenere che gli obblighi derivanti dalla l. n. 223 del 1991 debbano applicarsi nell'ambito dell'intero gruppo, tale situazione è stata invece ravvisata ogni volta che vi sia una simulazione o una preordinazione in frode alla legge del frazionamento di un'unica attività fra i vari soggetti, accertata tramite la rilevazione di una serie di requisiti individuati dalla Suprema Corte ⁽⁴⁷⁾.

Si ritiene ad esempio che più società che gestiscano congiuntamente un'unica azienda, con organi direttivi in comune (socio accomandatario e procuratore speciale) e che utilizzino i dipendenti "*indifferentemente per i vari servizi e spostati di anno in anno, da una società all'altra*" configurino un centro unitario di imputazione, costituendo complessivamente il campo di applicazione per la disciplina sui licenziamenti collettivi ⁽⁴⁸⁾.

5. Segue. Le differenze con l'ipotesi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Si è detto che, secondo la Suprema Corte, il controllo sulla delimitazione dell'ambito di applicazione del licenziamento collettivo è funzionale ad evitare che l'individuazione del lavoratore in esubero possa dipendere dalla scelta meramente arbitraria del datore di lavoro, funzionale dunque a garantire una tutela contro il pericolo di discriminazioni e una corretta applicazione dei criteri di scelta.

La medesima *ratio* ha guidato la giurisprudenza nell'elaborazione del cosiddetto obbligo di *repêchage*, per il quale il datore di lavoro che licenzi per giustificato motivo oggettivo deve dimostrare di non poter ragionevolmente utilizzare il dipendente interessato in altre mansioni (equivalenti o, con il limite del rispetto della dignità del lavoratore, inferiori ⁽⁴⁹⁾). Il datore di lavoro ha dunque l'onere di allegare

(46) Cass. 9 gennaio 2019, n. 267, in *Rivistalabor*; Cass. 24 marzo 2003, n. 4274, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2003, pag. 779, con nota di S. MUGGIA.

(47) La giurisprudenza di Cassazione ha individuato una serie di requisiti per l'accertamento della sussistenza di tale "unico centro di imputazione del rapporto di lavoro", accertamento che deve rilevare l'esistenza dei seguenti requisiti: a) unicità della struttura organizzativa e produttiva; b) integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo e il correlativo interesse comune; c) coordinamento tecnico e amministrativo - finanziario tale da individuare un unico soggetto direttivo che faccia confluire le diverse attività delle singole imprese verso uno scopo comune; d) utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte delle varie società titolari delle distinte imprese, nel senso che la stessa sia svolta in modo indifferenziato e contemporaneamente in favore dei vari imprenditori. Cfr. tra le molte: Cass. 31 luglio 2017, n. 19023, in *CED Cass.*, 2017; Cass. 20 dicembre 2016, in *Pluris-Cedam*.

(48) Cass. 24 marzo 2003, n. 4274, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2003, pag. 779, con nota di S. MUGGIA.

(49) Cass., Sez. Un., 7 agosto 1998, n. 7755, in *Lav. Giur.*, 1999, pag. 429, con nota di G. MANNACIO; Cass. 9 novembre 2016, n. 22798, in *Leggi d'Italia*; Cass. 16 maggio 2016, n. 10018, in *CED Cass.*, 2016. Più recente

e dimostrare l'effettiva sussistenza di una ragione inerente l'attività produttiva, l'organizzazione o il funzionamento dell'azienda nonché l'impossibilità di una differente utilizzazione del lavoratore in mansioni diverse da quelle precedentemente svolte⁽⁵⁰⁾. In tal senso la Cassazione ha evidenziato che: *“l'impossibilità di reimpiego del lavoratore in mansioni diverse costituisce elemento che, inespreso a livello normativo, trova giustificazione sia nella tutela costituzionale del lavoro che nel carattere necessariamente effettivo e non pretestuoso della scelta datoriale, che non può essere condizionata da finalità espulsive legate alla persona del lavoratore”*⁽⁵¹⁾.

L'analogia di *ratio* tra i criteri elaborati dalla giurisprudenza in materia di delimitazione dell'ambito di operatività dei licenziamenti collettivi e l'obbligo di *repêchage* nel licenziamento per g.m.o., induce ad un confronto sui rispettivi ambiti di applicazione.

Con riguardo alle società che presentino più unità produttive, secondo parte della giurisprudenza l'obbligo di *repêchage* comprende anche sedi o unità produttive diverse da quelle cui era addetto il lavoratore licenziando⁽⁵²⁾, ma a tal fine è necessario vi sia stata la disponibilità dello stesso all'eventuale trasferimento⁽⁵³⁾. In tal caso: *“il datore di lavoro assolverà l'onere della prova sullo stesso gravante dimostrando, nei limiti delle allegazioni della controparte, o la indisponibilità dei*

l'orientamento secondo il quale l'obbligo di *repêchage* con riferimento alle mansioni inferiori richiede comunque la compatibilità tra le eventuali posizioni disponibili con il bagaglio professionale del lavoratore. Cass. 3 dicembre 2019, n. 31521, in *Labor.it*, 18 gennaio 2020, con nota di S. RENZI; Cass. 11 novembre 2019, n. 29099, in *DeJure*; Cass. 13 agosto 2008, n. 21579, *Riv. It. Dir. Lav.*, III, pag. 664, con nota di S. VARVA.

(50) *Ex plurimis*: Cass. 22 marzo 2016, n. 5592, in *Lav. Giur.*, 2016, 8-9, pag. 794, con nota di C. ROMEO; Cass. 13 giugno 2016, n. 12101, in *Giur. It.*, 2017, 2, pag. 412, con nota di M. MEGNA; Cass. 11 ottobre 2016, n. 20436, in *Giur. It.*, 2017, 2, pag. 415, con nota di M. MEGNA; Cass. 5 gennaio 2017, n. 160, in *CED Cass.*, 2017; Cass. 19 aprile 2017, n. 9869, in *Leggi d'Italia*; Cass. 22 novembre 2017, n. 27792, in *Leggi d'Italia*.

(51) Cass. 2 novembre 2020, n. 24195, in *Quot. Giur.*, 2020; Cass. 20 ottobre 2017, n. 24882, in *Lav. Giur.*, 2018, 2, pag. 202.

(52) Cass. 23 gennaio 2003 n. 1008, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, pag. 158; Cass. 18 aprile 1991, n. 4164, in *Not. Giur. Lav.*, 1991, pag. 488; Cass. 7 luglio 1992, n. 8254, in *Giust. Civ. Mass.*, 1992, 7; Cass. 28 novembre 1992, n. 12746, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 1993, pag. 407; Cass. 4 settembre 1997 n. 8505, in *Dir. Lav.*, 1998, II, pag. 178, secondo cui in caso di impresa edile la prova deve riguardare tutti i cantieri; Cass. 21 febbraio 1998, n. 1891, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, pag. 399.

(53) Cass. 13 giugno 2016, n. 12101, in *Giur. It.*, 2017, 2, pag. 412, con nota di M. MEGNA; *“È illegittimo il licenziamento di un lavoratore per giustificato motivo oggettivo qualora, pur essendo dimostrata l'avvenuta chiusura della sede periferica alla quale il dipendente era addetto, l'azienda abbia violato l'obbligo di repêchage attraverso il contemporaneo affidamento di mansioni analoghe presso la sede centrale ad un consulente esterno”*. Trib. Milano 20 dicembre 2001, in *Dir. & Lav.*, 2002, pag. 433, con nota di A. BORDONE, *Unità produttiva e regime del licenziamento*; Cass. 3 giugno 1994, n. 5401, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 1995, pag. 190; Cass. 23 ottobre 1996, n. 9204, in *Lav. Giur.*, 1997, pag. 426; Cass. 5 maggio 2003, n. 7717, in *Orient. Giur. Lav.*, 2003, I, pag. 409: *«La dimostrazione dell'impossibilità di un'altra utilizzazione del lavoratore licenziato deve concernere tutte le sedi dell'attività aziendale, essendo sufficiente la limitazione alla sede cui era addetto il lavoratore licenziato solo nell'ipotesi preliminare di rifiuto del medesimo a trasferirsi altrove»*.

posti lavorativi o di avere prospettato al lavoratore (...) il trasferimento senza ottenere il suo consenso” ⁽⁵⁴⁾.

Non mancano tuttavia sentenze di segno opposto, in cui la Cassazione, talvolta facendo leva sulla diversità ontologica tra licenziamenti collettivi e licenziamento per g.m.o.⁽⁵⁵⁾, ha ritenuto di limitare la verifica delle posizioni disponibili alla medesima unità produttiva del lavoratore licenziando ⁽⁵⁶⁾.

Nel caso in cui invece il lavoratore adibito ad un determinato settore venga licenziato, il datore di lavoro è comunque tenuto a dimostrare di non poterlo reimpiegare in altro ufficio o settore dell'azienda ⁽⁵⁷⁾.

In materia di collegamento societario, invece, va evidenziato che la Cassazione ha da ultimo confermato l'orientamento formatosi, secondo il quale - con riferimento al gruppo di imprese - l'obbligo di *repêchage* non si estende alle altre società del gruppo salvo il caso in cui la disaggregazione reticolare abbia intenti elusivi: *“quando ci si trovi di fronte a un gruppo di società, i rapporti di lavoro dei dipendenti vanno imputati rispettivamente alle società che ne sono titolari, a meno che non sia riscontrabile un'utilizzazione impropria – quando vi sia una simulazione o una preordinazione in frode alla legge – dello schema societario, e pur esistendo di fatto un unico centro d'imputazione del rapporto di lavoro* ⁽⁵⁸⁾ *lo stesso sia solo apparentemente frazionato in più imprese”* ⁽⁵⁹⁾.

Si noti che parte della giurisprudenza prescinde dall'intento elusivo, inteso quale profilo patologico del collegamento negoziale, limitandosi ad accertare l'esistenza di un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro, riscontrabile ove vi sia l'integrazione funzionale ed economica tra società, l'esistenza di un comune coordinamento fra le stesse e lo svolgimento di un'attività lavorativa

(54) Cass. 16 maggio 2016, n. 10018, in *Dir. Giust.*, 17 maggio 2016, con nota di I. LEVERON.

(55) Così Cass. 21 dicembre 2016, n. 26467, in *Lav. Giur.*, 2017, n. 5, pag. 480, con nota di R. NUNIN, *Licenziamento individuale per motivo oggettivo e rilievo del patto di demansionamento*: “l'obbligo di comparazione può porsi soltanto nelle ipotesi di licenziamento collettivo, nelle quali la legislazione si ispira alla esigenza di garantire il minore impatto sociale possibile della riduzione del personale”.

(56) Cass. 10 agosto 2016, n. 16897, in *Guida Dir.*, 2016, 43, pag. 63.

(57) “La motivazione censurata è, quindi, insufficiente ai fini della verifica della sussistenza delle condizioni atte a far ritenere adempiuto l'onere probatorio avente ad oggetto l'obbligo datoriale di cercare di utilizzare il dipendente in altro posto di lavoro per il disimpegno delle stesse mansioni o di altre equivalenti all'interno dell'impresa, per cui lascia irrisolta la questione legittimamente sollevata dal lavoratore in merito alla concreta possibilità di essere eventualmente adibito in altro ruolo in tutto il ramo tecnico o nel predetto ufficio di industrializzazione del prodotto, settori lavorativi, questi, rispetto ai quali egli aveva manifestato la sua disponibilità per un reimpiego”. Cass. 24 maggio 2011, n. 11356, in *Dir. Giust.*, 1 giugno 2011.

(58) I requisiti di identificazione dell'unico centro di imputazione del rapporto di lavoro non differiscono rispetto a quelli già indicati in materia di applicazione della disciplina del licenziamento collettivo nei gruppi di imprese.

(59) Cass. 24 gennaio 2020, n. 1656, in *Eur. Lav.*, 27 febbraio 2020, con nota di E. BASILE; Cass. 13 novembre 2018, n. 29179, in *Dir. Prat. Lav.*, 2019, 6, pag. 343, con nota di A. LORO.

svolta indifferenziatamente e contemporaneamente per tutte le società appartenenti al gruppo. L'obbligo di *repêchage* va dunque riferito a tutte le imprese del gruppo *“qualora lo stesso dipendente presti servizio contemporaneamente a favore di diversi datori di lavoro, titolari di distinte imprese, e l'attività sia svolta in modo indifferenziato, così che in essa non possa distinguersi quale parte sia stata svolta nell'interesse di un datore e quale nell'interesse degli altri”* ⁽⁶⁰⁾.

Ci si potrebbe chiedere se, ove sussistano i requisiti per l'imputazione del rapporto di lavoro al gruppo unitariamente inteso, abbia rilevanza il consenso del lavoratore al trasferimento presso altra impresa del gruppo. La Cassazione ha al proposito precisato che: *“il mero rifiuto del lavoratore di passare alle dipendenze di un terzo non può, di per sé solo, in assenza della prova della impossibilità di occupazione all'interno della impresa datrice di lavoro, giustificare il licenziamento”* ⁽⁶¹⁾.

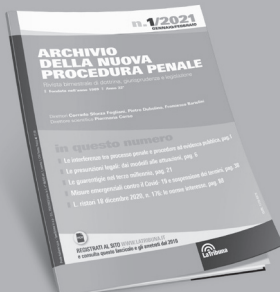
Alla luce di quanto evidenziato, si può dunque affermare che l'allargamento dell'ambito di applicazione del *repêchage* (con obbligo di dimostrare l'impossibilità di impiegare il lavoratore in tutte le società del gruppo) e di applicazione della disciplina sui licenziamenti collettivi (con obbligo di comunicazione e di applicazione del licenziamento a tutte le società del gruppo, salvo adeguata motivazione) si basa su criteri analoghi, indipendentemente dalla lettura in senso patologico di tale configurazione reticolare.

(60) Cass. 16 gennaio 2014, n. 798, in *Dir. Prat. Lav.*, 2014, 10, pag. 500; nonché, *ex plurimis*, Cass. 13 ottobre 2015, n. 20544, in *DeJure*; Cass. 20 ottobre 2000, n. 13904, in *Mass. Giur. It.*, 2000.

(61) Cass. 28 agosto 2003, n. 12645, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, pag. 7.

I periodici de La Tribuna

Gli strumenti indispensabili per il professionista



ARCHIVIO DELLA NUOVA PROCEDURA PENALE

Direttore Scientifico:

Piermaria Corso

L'approfondimento di tutta la disciplina processuale-penalistica corredata dalle massime della Corte di Cassazione

Abbonamento annuale

Euro 100,00



ARCHIVIO GIURIDICO DELLA CIRCOLAZIONE DELLE ASSICURAZIONI E DELLA RESPONSABILITÀ

Direttori:

Corrado Sforza Fogliani,

Giorgio Gallone

Dottrina, giurisprudenza, leggi e prassi sulla circolazione stradale e sulla assicurazione RCA

Abbonamento annuale

Euro 100,00



RIVISTA PENALE

Direttore Responsabile:

Paolo Appella

Da oltre 140 anni la rivista più prestigiosa del settore. Tutte le decisioni della Cassazione, la dottrina più autorevole, le norme più aggiornate

Abbonamento annuale

Euro 100,00



ARCHIVIO DELLE LOCAZIONI DEL CONDOMINIO E DELL'IMMOBILIARE

Direttore Scientifico:

Corrado Sforza Fogliani

Tutto quello che c'è da sapere sul diritto immobiliare

Abbonamento annuale

Euro 100,00



RIVISTA DEL DIRITTO DI FAMIGLIA E DELLE SUCCESSIONI

Direttori scientifici:

Matteo Santini, Luigi Viola,

Valerio de Gioia

Dottrina e giurisprudenza di legittimità e di merito

Abbonamento annuale

Euro 100,00



ADL ARGOMENTI DI DIRITTO DEL LAVORO

Direttori:

Mattia Persiani, Franco Carinci

Da 25 anni un prezioso strumento per il professionista

Abbonamento annuale

Euro 120,00

Servizio gratuito ed esclusivo di aggiornamento on line sul sito www.latribuna.it

L'abbonamento è comprensivo dell'archivio on line dei fascicoli a partire dal 2010 su www.latribuna.it

(per la rivista ADL solo a partire dal 2019)

