

03 / 2022

DIRITTI & LAVORO

FLASH

idee e strumenti per il sindacato

LOTTA DI CLASSE

*La class action come possibile strumento di lotta collettiva.
Ma il Ministero della giustizia si mette di traverso.*



Gli accordi di prossimità
ex art. 8 davanti
alla Corte costituzionale

La Cassazione
su articolo 18
e diritto alla reintegra

La nuova legge
sulla libertà sindacale
dei militari

Il Tribunale di Vicenza
su disdetta e ultrattività
dei contratti collettivi

03

Aprile 2022

04

Gli accordi di prossimità tornano davanti alla Corte costituzionale: il Tribunale di Napoli solleva la questione di costituzionalità

di *Ivan Petrone*

07

La Cassazione amplia l'ambito di applicazione della reintegra e valorizza il ruolo della contrattazione collettiva

di *Francesca Bassetti*

10

L'azione di classe come possibile strumento di lotta collettiva. Ma il Ministero della Giustizia ne impedisce l'utilizzo ai sindacati

di *Carlo de Marchis Gomez*

14

**Libertà sindacale dei militari...
*et facta est lex!***

di *Giovanni Calvellini*

17

Un'interessante pronuncia del Tribunale di Vicenza in materia di efficacia, disdetta e ultrattività del contratto collettivo

di *Andrea Ranfagni*

DIRITTI & LAVORO

idee e strumenti per il sindacato

FLASH

A cura di

Centro Studi
"Diritti & Lavoro"

Direttore Scientifico

Prof. Giovanni Orlandini

Comitato di Redazione

Andrea Danilo Conte (PRESIDENTE)
Francesca Bassetti
Giovanni Calvellini
Giulia Frosecchi
Ivan Petrone
Andrea Ranfagni
Marco Tufo

Progetto grafico

Dario D'Ovidio

Contatti

Centro Studi
Diritti & Lavoro

Piazza dei Rossi, 1
50125 - Firenze

web: dirittilavoro.it

email: dirittilavoro@gmail.com

Questo periodico è iscritto al
Reg. Trib. n° 5725 del 07/05/2009

Crediti fotografici

Per le immagini senza crediti
l'editore ha ricercato con ogni
mezzo i titolari dei diritti fotografici
senza riuscire a reperirli.
È ovviamente a completa
disposizione per l'assolvimento di
quanto occorre nei loro confronti.

Gli accordi di prossimità tornano davanti alla Corte costituzionale: il Tribunale di Napoli solleva la questione di costituzionalità sull'art. 8 d.l. 138/11 per violazione dell'art. 39 Cost.

di
Ivan
Petrone

A più di 10 anni dalla sua entrata in vigore, torna davanti alla Corte costituzionale il famigerato art. 8 del d. l. n. 138/11 (convertito in L. 148/11), ovvero la disposizione che legittima la derogabilità in sede decentrata della legge e dei contratti collettivi nazionali attraverso la stipula dei c.d. accordi di prossimità. Ciò grazie all'ordinanza del 3 febbraio scorso con la quale la Corte d'Appello di Napoli ha sollevato una questione di legittimità costituzionale della norma per violazione degli art. 2 e 39, comma 1 e 4 Cost. L'art. 8, in vero, ha già superato un vaglio di costituzionalità, con la sentenza 221 del 2012; ma allora si è trattato di risolvere una questione relativa ad un conflitto di attribuzioni tra lo Stato e le regioni che, appunto, ritenevano invase proprie competenze attribuitele dall'art. 117 comma 1 Cost. Oggi invece la questione che la Corte è chiamata a risolvere tocca principi fondamentali dell'ordinamento: ovvero la libertà sindacale ed i principi costituzionali in materia di contrattazione collettiva.

Intorno alla contestata disposizione del 2011 si sono versati in questi anni fiumi di inchiostro, per denunciare le potenzialità disarticolanti dell'intero sistema di diritto del lavoro: grazie a questa norma, si è detto, si prospette-

rebbe una sorta di rivoluzione copernicana consistente nel superamento dell'idea stessa di inderogabilità delle leggi e dei contratti nazionali in materia di lavoro, conseguente, appunto, alla possibilità di introdurre trattamenti meno favorevoli a seconda delle esigenze delle singole aziende. Una prospettiva, questa, di "aziendalizzazione" del diritto del lavoro che contraddice la logica egualitaria e anticoncorrenziale che ha ispirato la materia sin dalle sue origini e che, proprio per questo, da molti è considerata incompatibile con i principi costituzionali posti a tutela dei diritti dei lavoratori. E' vero però che, per quanto la norma risulti distonica rispetto al modello di diritto del lavoro configurato dai Padri costituenti, identificare un chiaro e specifico profilo di incostituzionalità non si è dimostrata fino ad oggi operazione agevole. Non c'è dubbio, infatti, che la logica della derogabilità contrattata (anche a livello aziendale) ispiri da anni la legislazione del lavoro; basti richiamare l'art. 51 del d.lgs.81/15 che rinvia ai contratti collettivi di qualsiasi livello per legittimare le numerose deroghe *in peius* ammesse nel regolare i contratti di lavoro di natura temporanea. Rispetto a tali disposizioni, l'art. 8 si differenzerebbe solo per l'ampiezza del suo ambito di applicazione, tale da ricomprendere non già una singola ma-

teria, ma, potenzialmente, buona parte dei profili attinenti alle condizioni di lavoro; da ciò la difficoltà di cogliervi la violazione di puntuali disposizioni costituzionali. A difendere la costituzionalità della norma in questione, soccorre poi quanto essa stessa precisa in merito al fatto che le deroghe realizzabili per mezzo degli accordi di prossimità devono comunque avvenire nel “rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro” (comma 2 bis).

Non sorprende allora che la questione di costituzionalità sia stata sollevata in relazione al fatto che tale norma non si limiti a prevedere la derogabilità in sede decentrata della legge e dei CCNL, ma lo faccia assicurando al contratto collettivo di prossimità efficacia *erga omnes* e rendendolo così vincolante anche per le organizzazioni sindacali non firmatarie, nonché per i loro iscritti; ciò a condizione che sia stipulato da associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale o dalle rappresentanze sindacali presenti in azienda “sulla base di un criterio maggioritario”. L’efficacia *erga omnes* degli accordi di prossimità giustifica per la Corte d’Appello di Napoli i dubbi in merito al possibile contrasto, da una parte con la libertà sindacale sancita dall’art. 39 comma 1, dall’altra con i vincoli (in negativo) posti dal successivo comma 4 all’estensione *ex lege* dell’efficacia del contratto collettivo, in assenza di un’organica legge sindacale cui rinvia lo stesso disposto costituzionale.

La fondatezza di tali dubbi è ricavata dal giudice rimettente dal caso all’origine della controversia. Con l’appellata sentenza, infatti, il Tribunale di Napoli ha rigettato una richiesta di pagamento delle differenze retributive per scatti di anzianità, ferie e altri istituti retributivi negata ad alcuni lavoratori in virtù dell’applicazione di un accordo di prossimità firmato dal sindacato Cisl, in deroga al CCNL “leader” del settore (cioè firmato dai sindacati confederali). La Corte d’Appello riconosce la legittimità di tale deroga *in peius* operata sulla base dell’art. 8, considerando presenti i presupposti previsti dalla norma per riconoscere l’efficacia generale di tale accordo. Come infatti osserva il giudice partenopeo, non può negarsi la natura di sindacato maggiormente rappresentativo alla Cisl, mai disconosciuta dalla Cassazione e confermata dal fatto che detto sindacato si vede rappresentato nel “parlamentino” del CNEL.

Sul punto, in vero, qualche dubbio potrebbe sollevarsi circa la presenza dei presupposti richiesti dall’art.8 per attribuire efficacia *erga omnes* all’accordo collettivo, dal momento che il sindacato firmatario (la Cisl), se pur può considerarsi “maggiormente rappresentativo” (per i mo-

tivi indicati dalla Corte d’Appello), più difficilmente può meritare la qualifica di sindacato “comparativamente più rappresentativo”, se è vero che tale nozione (utilizzata dalla norma) implica una comparazione con gli altri sindacati, certamente più rappresentativi, presenti in azienda. Non solo, ma lo stesso contenuto dell’accordo oggetto della controversia potrebbe giustificare dubbi in merito alla sua riconducibilità alla norma contestata, dal momento che con esso sono stati regolati istituti retributivi, mentre la retribuzione non è inclusa tra le materie regolabili con gli accordi di prossimità (ex comma 2 dell’art. 8).

Ma tant’è: la riconducibilità dell’accordo *de quo* nell’alveo dell’art. 8 permette al giudice partenopeo di giustificare la verifica di costituzionalità della norma, in relazione ai commi 1 e 4 dell’art. 39 comma 1 Cost. Quanto al primo profilo di costituzionalità, esso deriva dal fatto che l’art. 8, attribuendo all’accordo di prossimità una forza prevalente rispetto al CCNL, finisce per ledere (rendendola “irrelevante”) “la libertà sindacale del singolo lavoratore di aderire ad un altro sindacato non firmatario”, giacché questi “dovrà accettare la disciplina contrattuale stabilita da un sindacato cui non appartiene e semmai in contrasto con le sue idee e interessi” (al punto da potersi ritenere violato anche l’art.2 Cost, “laddove garantisce lo sviluppo della personalità di ogni cittadino all’interno delle formazioni sociali di cui fa parte certamente il sindacato”); al contempo, la norma viola anche la libertà del sindacato non firmatario, il quale, pur se “maggiormente rappresentativo di quello firmatario dell’accordo di prossimità [e] firmatario a sua volta di un contratto collettivo nazionale...vedrebbe caducata la sua attività organizzativa a tutela dei suoi iscritti da un accordo firmato da un sindacato in azienda”.

La violazione del comma 4 dell’art. 39 viene argomentata in maniera più articolata, in ragione della necessità di smentire l’interpretazione della norma per la quale l’*erga omnes* cui il disposto costituzionale si riferisce atterrebbe ai soli contratti nazionali; da cui la possibilità di attribuire *ex lege* efficacia generale a quelli aziendali - come appunto ha fatto il legislatore del 2011 - senza incappare nel vizio di incostituzionalità. Quest’interpretazione del comma 4 è sostenuta da una parte della dottrina, che valorizza (oltremodo) il riferimento in esso contenuto alla “categoria” quale ambito di applicazione dei contratti collettivi dotati di efficacia generale. Un’interpretazione che la Corte d’Appello respinge, non solo in ragione della ratio della norma costituzionale, che intende evitare che un’organizzazione sindacale possa “dettare le regole per tutte le altre”, al di fuori delle precise condizioni previste dalla norma stessa; ma anche in virtù di quanto espressamente affermato dalla

Corte costituzionale nella sentenza n. 268 del 1994, in merito al fatto che l'art. 39 si riferisce ai “*contratti collettivi normativi...destinati a regolare i rapporti (individuali) di lavoro di una o più categorie o di una o più singole aziende*”. A conferma dell'incostituzionalità dell'art. 8, concorre poi la “storica” sentenza 106 del 1962, con la quale fu censurata la c.d. legge Vigorelli che garantiva l'efficacia *erga omnes* per via di recepimento in decreti ministeriali dei contratti collettivi. Un simile meccanismo, ebbe a chiarire la Corte, può ritenersi compatibile con i vincoli posti dal IV comma dell'art. 39 solo se di natura transitoria, provvisoria ed eccezionale, e se funzionale a regolare una situazione passata, a tutela dell'interesse pubblico alla parità di trattamento dei lavoratori e dei datori: tutti requisiti, evidentemente, non presenti nell'art. 8.

Tra i suddetti requisiti “mancanti” nella norma contestata, la Corte d'Appello sottolinea in particolare quello della parità di trattamento, funzione questa assolta dalla contrattazione di categoria ed alla quale la Consulta riconosce rilievo di interesse pubblico. Viene così evidenziato il fatto che tramite l'art. 8 l'*erga omnes* è riconosciuto non già, appunto, per garantire il più possibile standard comuni di tutela del lavoro, nell'interesse delle stesse imprese ad operare a parità di condizioni nel mercato; ma per l'opposto fine di ottenere una “*disparità di trattamento, anche in peius, tra i lavoratori*”. Si tratta di una precisazione importante, che avrebbe perfino meritato maggior spazio, considerando i possibili effetti che un'eventuale dichiarazione di incostituzionalità potrebbe produrre al di là della questione

in oggetto. Il riferimento è ad un possibile intervento del legislatore in materia di rappresentanza sindacale, finalizzato a dare ordine al nostro sistema di contrattazione, da anni oggetto di confronto tra governo e parti sociali. E' vero che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 51/15, ha aperto la strada ad una legge che imponga il rispetto della parte economica del CCNL “leader” di un settore; ma appunto, resta aperta la questione in merito alla legittimità costituzionale di una legge che intendesse estendere l'efficacia del CCNL al di là dello stretto ambito retributivo. Con la precisazione sopra richiamata il giudice partenopeo sembra suggerire che il profilo censurabile dell'art. 8 non vada colto tanto nell'attribuzione in sé dell'efficacia *erga omnes* al contratto collettivo, quanto nel fatto che tale efficacia è riconosciuta al fine di consentire la deroga *in peius* dei diritti dei lavoratori sanciti a livello nazionale dalla legge o dal CCNL. I “paletti” costituzionali ad una legge in materia di contrattazione potrebbero allora cogliersi proprio nella diversa finalità perseguita con l'*erga omnes*, con la conseguenza di considerare ammissibile una legge che preveda tale effetto per assicurare la parità di trattamento tra i lavoratori nell'ambito del medesimo settore (salvo previsioni di miglior favore eventualmente fissate da altri contratti). Altrimenti, una mera declaratoria di incostituzionalità che non si focalizzi su tale profilo della norma contestata, prolungherebbe la sua ombra su qualsiasi altra normativa che intendesse perseguire la via dell'estensione *ex lege* dell'efficacia dei contratti collettivi. ■

FLASH

La Cassazione consolida il proprio orientamento favorevole agli appalti endo-aziendali

Due recenti ordinanze della Cassazione confermano il consolidarsi di un preoccupante orientamento in giurisprudenza teso a legittimare gli appalti endo-aziendali di servizi, anche se l'appaltatore è privo di una effettiva autonomia organizzativa nello svolgimento della sua attività e opera utilizzando strumenti e attrezzature proprie dell'appaltante. Se nel primo caso relativo ad un appalto di servizi infermieristici (deciso dalle S.U. con l'ordinanza n.7818 del 10 marzo), l'esistenza di una effettiva organizzazione imprenditoriale in capo all'appaltatore viene ricavata da indicatori più che opinabili (quali il numero dei dipendenti, il fatto di svolgere l'attività per più committenti e di fornire i dispositivi di protezione individuale ai lavoratori), nel secondo caso (deciso con l'ordinanza n.8567 del 16 marzo), i giudici di legittimità giungono alle stesse conclusioni in relazione ad un appalto di manutenzione ordinaria, pulizia e custodia di un impianto sportivo, valorizzando il fatto che l'appalto era stato oggetto di certificazione ai sensi degli artt. 75-81 d.lgs.276/03 che ne aveva attestato la genuinità. Il che conferma come il ricorso a tale istituto impedisca nei fatti l'accertamento sull'effettiva modalità di esecuzione dell'appalto. Entrambe le ordinanze dimostrano come il giudizio in merito alla genuinità dell'appalto condotto alla luce dell'art.29, d.lgs.276/03, nell'ambito dei servizi, finisca per sovrapporsi a quello relativo alla sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato ai sensi dell'art.2094 c.c. tra l'appaltante ed i dipendenti dell'appaltatore, dal momento che l'attività d'impresa richiesta a quest'ultimo si risolve nel mero esercizio dei poteri direttivi nei confronti dei lavoratori impiegati nell'appalto; e ciò per altro sulla base di criteri laschi, posto che l'integrazione dell'attività appaltata nel ciclo produttivo dell'appaltante giustifica, secondo i giudici di legittimità, l'esercizio di un suo intrusivo potere di controllo e di coordinamento (ai sensi dell'art.1662 c.c.). Come si legge nell'ordinanza del 10 marzo, infatti, “*la peculiarità del servizio lato sensu infermieristico oggetto di appalto richiedeva una più stringente necessità di controllo e coordinamento da parte della struttura sanitaria che ospitava gli ammalati in relazione al contenuto della prestazione resa dall'operatore socio sanitario; tanto, tuttavia, non implicava da parte della società “X” la effettiva e completa gestione del rapporto di lavoro in tutti gli altri aspetti in relazione ai quali si estrinseca la eterodirezione*”

La Cassazione amplia l'ambito di applicazione della reintegra e valorizza il ruolo della contrattazione collettiva

di
Francesca
Bassetti

Nel numero 5/2021 di questo Bollettino, commentando la felice ordinanza interlocutoria della Sesta Sezione della Corte di Cassazione, n. 14777 del 27.5.2021, ci siamo augurati che la Corte stesse cambiando orientamento in merito alle conseguenze da attribuire, nell'ambito della tutela di cui all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori (con disciplina che si applica dunque ai dipendenti di datori di lavoro che ne integrino i requisiti occupazionali), al licenziamento disciplinare illegittimo qualora la condotta del lavoratore sia punibile con una sanzione conservativa a norma del contratto collettivo (o del codice disciplinare).

Come noto, infatti, il legislatore del 2012, con la legge n. 92, ha modificato l'art. 18 SL stabilendo che nel caso di sproporzione tra condotta del lavoratore e sanzione espulsiva il Giudice dichiara comunque risolto

il rapporto di lavoro alla data dell'illegittimo licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria che va da un minimo di 12 ad un massimo di 24 mensilità, con due eccezioni. La prima è il caso in cui il fatto contestato non sussista; la seconda, appunto, è il caso in cui il contratto collettivo o il codice disciplinare prevedano per la condotta del lavoratore una sanzione conservativa: in entrambi i casi il Giudice annulla il recesso ai sensi del c. 4 art. 18 SL, condanna il datore alla reintegrazione nel posto di lavoro ed al pagamento di un'indennità pari nel massimo a 12 mensilità.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione, fino all'ordinanza interlocutoria sopra citata, si era assestata su un'interpretazione assai restrittiva di questa ipotesi di reintegra: riconoscendola solo quando la condotta fosse compiutamente descritta dal contratto collettivo ed il fatto commesso

assolutamente corrispondente in ogni aspetto. Con il risultato che, ove le norme del contratto collettivo utilizzassero concetti generali quali "lievi irregolarità nell'esecuzione del lavoro", la reintegra non avrebbe mai potuto essere disposta, neppure per fatti dei quali il Giudice poteva apprezzare il lieve rilievo disciplinare, ma appunto non compiutamente descritti dalle parti collettive. Con il rischio, verificatosi, di escludere la reintegra per ipotesi più lievi di altre descritte dal contratto collettivo, per le quali avrebbe invece dovuto essere accordata (è il caso, ad esempio, del lavoratore addormentatosi a lavoro senza creare pericolo, non reintegrato perché la sanzione conservativa era prevista dal CCNL solo per l'allontanamento volontario: Cass. n. 12365/2019). Un sistema che sembrava a molti interpreti, incluso a chi scrive, urtare con i principi costituzionali di uguaglianza e di ragionevolezza, che devono inve-

ce essere garantiti da qualsiasi sistema di protezione dei lavoratori dal licenziamento illegittimo, principi ricordati dalla Corte Costituzionale nella sentenza 59/2021 (in materia di licenziamento economico per fatto insussistente). Ciò, anche considerando l'impossibilità oggettiva per le parti collettive di prevedere tutti i possibili inadempimenti non gravissimi che i lavoratori potrebbero commettere.

La sentenza 11665/2022 che qui si commenta segue il meritorio solco aperto dall'ordinanza interlocutoria 14777 del 27.5.21, che aveva rinviato la trattazione del caso all'esame della Corte in pubblica udienza, non ritenendo sussistenti i presupposti per la decisione in sede camerale, manifestando proprio l'opportunità ripensare l'orientamento interpretativo consolidatosi.

Il caso era quello di un comandante di guardie giurate licenziato per giusta causa in base a tre fatti: 1) una conversazione via chat con un collega, nella quale criticava i vertici aziendali; 2) non aver denunciato l'aggressione subita da una guardia giurata durante il servizio, dalla quale sarebbero risultate lesioni; 3) non aver trasmesso per 5 mesi alla Questura i turni del personale come invece previsto dalle direttive impartitegli. I Giudici di merito avevano già accertato: l'irrilevanza disciplinare del primo fatto; che il secondo episodio riguardava l'aggressione subita da un collega mentre era in servizio su un autobus di linea ma che si era concretizzata in un fatto di minima rilevanza; che dall'omessa segnalazione dei turni non era derivata alcuna segnalazione o contestazione

da parte dell'autorità pubblica e che dunque il fatto era irrilevante per l'impresa.

Il Tribunale, con ordinanza, aveva sancito la sproporzione tra condotte così accertate e recesso, dichiarando però risolto il rapporto ed accordando la tutela indennitaria. Lo stesso Tribunale, con sentenza all'esito dell'opposizione all'ordinanza, aveva invece reintegrato il lavoratore nel proprio posto di lavoro. La Corte d'appello, tuttavia, aveva nuovamente ribaltato la decisione, ritenendo la sanzione sproporzionata aveva dichiarato cessato il rapporto con diritto all'indennità, non rintracciando nel CCNL norme sufficientemente precise che riconnettersero alle condotte sanzioni conservative.

Il CCNL applicabile stabiliva che fossero comminati, tra le altre ipotesi: il rimprovero scritto per condotte caratterizzate da lieve irregolarità nell'adempimento; la multa per i casi di ritardo nell'inizio del servizio o per l'esecuzione del lavoro senza l'ordinaria diligenza; la sospensione per l'esecuzione del lavoro con negligenza grave ovvero omissione parzialmente del servizio. Ipotesi queste, come detto, ritenute dalla Corte d'Appello troppo generiche ed indefinite, perciò non tali da consentire l'applicazione della reintegra di cui al c. 4 art. 18 SL, in linea con l'interpretazione della norma fino a quel momento resa dalla Corte di Cassazione.

Tale orientamento è finalmente ripensato con la sentenza in commento, ove si osserva che *“se la finalità dell'art. 18 comma 4 dello Statuto dei lavoratori è quella di valorizzare l'autonomia colletti-*

va ed imporre la tutela reintegratoria nel caso di licenziamenti per comportamenti che il c.c.n.l. punisce con sanzione conservativa, allora questa funzione è svolta in misura del tutto analoga sia da fatti specificamente tipizzati, sia da quelli esposti in clausole generali o norme elastiche”. La Corte prende inoltre atto del fatto che la *“classificazione e catalogazione delle condotte è evenienza legata a fattori non prevedibili”*, tanto che spesso, fisiologicamente, i contratti collettivi devono ricorrere a clausole generali o norme di chiusura per far fronte alla *“impossibilità o comunque estrema difficoltà di procedere ad una catalogazione dettagliata ed esaustiva”* di tutte le condotte cui intendono connettere una sanzione conservativa. L'argomento opposto che pretendeva di valorizzare le scelte della contrattazione collettiva aderendo esclusivamente al suo dato letterale *“minimo”*, non tenendo conto di tale già segnalata oggettiva impossibilità/difficoltà, era del tutto forviante. La Corte finalmente afferma che *“ove si valorizzasse esclusivamente la tipizzazione delle fattispecie a scapito dell'utilizzo delle clausole generali o elastiche ... si finirebbe per andare in contrasto con la stessa volontà delle parti sociali che nell'aprire o chiudere la norma collettiva con una disposizione di contenuto generale hanno comunque inteso demandare all'interprete la sussunzione della condotta accertata nella nozione generale indicata dalla disposizione collettiva”*.

La Cassazione chiarisce, sempre ripensando l'orientamento precedente, che in tal modo il Giudice non sconfinava nel giudizio di proporzionalità tra condotta e sanzione (al mancato superamento del quale consegue la

tutela indennitaria), perché nell'interpretare clausole generali del contratto collettivo egli compie una operazione indispensabile all'applicazione della norma collettiva al caso concreto, senza un autonomo sindacato di proporzione. E d'altra parte, ove il fatto posto a base del recesso sia punito dal contratto collettivo con sanzione conservativa, il Giudice non potrà ritenere legittimo il recesso, in quanto le parti collettive possono anche decidere che condotte astrattamente integranti la giusta causa siano invece punite con sanzione conservativa (trattandosi di norma di miglior favore). Si comprende allora come il giudizio di proporzionalità resti fuori dall'operazione interpretativa in questo caso compiuta dal Giudice, avente invece ad oggetto l'accertamento della corrispondenza o meno tra fatto e clausola collettiva, anche generale.

L'altro argomento che aveva sostenuto il precedente orientamento, la prevedibilità per il datore di lavoro della sanzione, è superato attraverso un più corretto bilanciamento tra tale esigenza e la doverosa previsione di un apparato di tutela contro il licenziamento illegittimo coerente con i principi di ragionevolezza ed uguaglianza ricordati dalla già citata sentenza della Corte Costituzionale, infatti citata anche dalla Cassazione.

La Corte conclude dunque affermando che, nel porre il discrimine tra tutela reintegratoria ed indennitaria nella previsione di una sanzione conservativa da parte delle norme collettive o dei codici di condotta, il legislatore non ha privato il Giudice del potere di interpretare il contratto collettivo. Il Giudice dovrà verificare, in base alle circostanze del caso concreto, se il fatto posto in essere dal lavoratore sia riconducibile alle con-

dotte tipizzate da tali fonti anche ove tale tipizzazione sia operata attraverso clausole generali o elastiche e, nel caso di riscontro positivo, accordare la tutela reintegratoria.

La sentenza accoglie il ricorso del lavoratore e rinvia alla Corte d'Appello, affinché provveda a detta valutazione. Si tratta certamente di un passaggio in più verso una maggiore giustizia, formale e sostanziale. E' quanto mai importante che le parti sociali dotino i contratti di una adeguata gradazione delle sanzioni, poiché proprio su tale fronte si gioca la fondamentale differenza tra reintegra e perdita dell'impiego, con indennità, per il lavoratore ingiustamente licenziato.

E' bene ricordare, infine, che questa ipotesi di reintegra non è prevista dal DL 23/2015 (recante la disciplina del contratto di lavoro a tutele crescenti) e dunque non si applica ai lavoratori assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato dal 7.3.2015 in poi, a quelli cui il contratto a termine o di apprendistato sia stato convertito dopo tale data, nonché ai dipendenti di aziende che solo per effetto di assunzioni disposte dal 7.3.2015 in poi abbiano superato i limiti occupazionali di cui all'art. 18 SL, poiché anche in tale ultimo caso è esclusa l'applicazione di detta norma, in favore invece della disciplina di cui al DL 23/2015. ■



L'azione di classe come possibile strumento di lotta collettiva. Ma il Ministero della Giustizia ne impedisce l'utilizzo ai sindacati

È passato un lungo anno da quando, quasi in sordina e dopo tre rinvii è finalmente entrata in vigore la legge 12 aprile 2019 n. 31 che introduce, affrancandola dal codice dei consumatori, l'azione di classe nel sistema processuale italiano.

Il nuovo istituto ha una vocazione universalistica in quanto consente di promuovere il giudizio di classe in presenza di una condotta lesiva di diritti individuali omogenei senza predeterminare l'ambito di riferimento.

Sebbene con un notevole ritardo rispetto ad altri sistemi giudiziari e in particolare a quello statunitense, che ne rappresenta il modello, dove è prevista sin dal 1842, l'azione di classe entra finalmente nel sistema delle tutele collettive limitate, sino all'entrata in vigore della legge 31/19, solo a specifiche tipiche fattispecie.

La *class action* italiana presenta tuttavia notevoli differenze rispetto al modello di oltreoceano dove le caratteristiche dell'azione ne determinano una efficacia dirompente che costringe colossi economici già dalla fase della *cd certification* (equivalente al preliminare giudizio di ammissibilità previsto nell'art. 840 ter c.p.c.) a ricercare con le parti ricorrenti accordi transattivi spesso di importi rilevanti.

Il principale limite dell'azione di classe nelle sue due articolazioni di rimedio risarcitorio/restitutorio (840 bis c.p.c.) e di azione inibitoria di condotte omissive o commissive (840 sexiesdecies c.p.c.) discende dall'opzione *cd opt-in* adottata dal legislatore che non consente di estendere automaticamente gli effetti della decisione a tutti i titolari del diritto leso che non abbiano partecipato al giudizio

come, viceversa avviene negli USA che adottano il modello *cd opt-out* nel quale, in mancanza di dissenso, la sentenza trova diretta applicazione a tutti i titolari del diritto leso.

Il procedimento che caratterizza le due azioni collettive è contenuto nel titolo VIII bis del codice di rito, introdotto dalla legge 31/2019 che introduce una dettagliata regolamentazione dell'azione risarcitoria collettiva che a seguire si descrive nei suoi tratti fondamentali.

L'azione risarcitoria o restitutoria collettiva, regolata dagli artt. 840 bis c.p.c. e seguenti, si articola in un complesso procedimento avviato da un titolare di un diritto omogeneo leso ovvero da una associazione od organizzazione iscritta ad un apposito albo tenuto presso il Ministero della Giustizia.

Il giudizio si suddivide in tre fasi distinte. La prima è finalizzata ad accertare l'ammissibilità dell'azione imponendo al magistrato sin dall'inizio della causa di verificare l'idoneità del ricorrente a promuovere il giudizio di classe, la non manifesta infondatezza della pretesa dedotta, la riconducibilità ad un diritto omogeneo della rivendicazione promossa e l'assenza di una causa di conflitto di interesse in capo al soggetto che agisce. A tale vaglio preliminare segue la pubblicazione dell'ordinanza di ammissibilità nel portale del Ministero della Giustizia dedicato alle azioni di classe che apre la fase di accertamento della fondatezza della domanda nella quale possono "aderire", senza, tuttavia, assumere la qualità di parte e con limitate facoltà processuali altri titolari del diritto che si assume leso.

Con l'accoglimento della domanda e con la condanna risarcitoria o restitutoria dell'autore della condotta ille-

gittima plurioffensiva si apre la terza fase di adesione dei titolari di diritti omogenei che in un termine prestabilito possono intervenire presentando, senza necessità di un difensore, la documentazione previamente indicata dal giudice nella sentenza tenuta anche a definire i caratteri dei diritti omogenei lesi.

Il vaglio dei diritti omogenei degli aderenti viene, infine, affidato ad un giudice delegato che si avvale dell'opera di un rappresentante degli aderenti al quale necessariamente deve essere conferito incarico nella disamina delle richieste.

Il cd "progetto" delle domande contenenti le richieste dei diritti omogenei presentate determina, all'esito di un procedimento in contraddittorio, un pronunciamento di accoglimento o rigetto da parte del giudice delegato.

A tale procedimento, fino ad oggi mai in concreto attivato, si affianca l'azione di inibitoria collettiva disciplinata dall'art. 840 sexiesdecies c.p.c. la cui procedura è solo tratteggiata dalla norma che si limita a richiamare il rito camerale e le norme applicabili della procedura della fase di accertamento del precedente giudizio collettivo risarcitorio/restitutorio.

Il procedimento presenta caratteri meno delineati ed è finalizzato a reprimere atti o comportamenti illegittimi con l'adozione di un ordine che dispone la cessazione di una condotta omissiva o commissiva o il ripetersi della stessa. Con la sentenza di condanna il Tribunale può imporre l'*astreinte* ex art. 614 bis c.p.c., fino ad ora irragionevolmente esclusa nelle controversie di lavoro, e adottare, sulla falsariga del procedimento per la repressione delle condotte antisindacali, le misure idonee ad eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate.

Le due azioni sommariamente descritte costituiscono una occasione di riflessione sulle potenzialità di detti strumenti che aprono la via alle azioni collettive in materia lavoro sebbene l'azione di condanna, limitata al solo risarcimento, rischi di depotenziare in partenza lo strumento inibendo la possibilità di azioni collettive di condanna a contenuto retributivo.

Sebbene ad oggi non siano molte le azioni pubblicate sul portale del Ministero della Giustizia (https://pst.giustizia.it/PST/it/pst_2_16.wp), l'azione di classe, sin dal suo primo apparire e nonostante le limitazioni che ne condizionano l'esperibilità ai soli comportamenti attuati a decorrere dalla sua entrata in vigore, ha trovato prevalente applicazione tra le controversie di lavoro.

L'azione inibitoria, per la sua struttura e oggettiva snellezza, che la rende affine al ricorso ex art. 28 stat. lav., è stata utilizzata per avviare ben 4 azioni di classe prettamente giuslavoristiche innanzi al Tribunale di Roma e Milano.

Non è un caso, infatti, che sin da subito l'azione di clas-

se sia stata utilizzata per promuovere giudizi in contenziosi lavoristici caratterizzati da un forte conflitto sociale che ha catalizzato un consenso diffuso sulle questioni dibattute.

La prima azione, promossa unitariamente dalle tre organizzazioni confederali, si inseriva, infatti, in una complessa vicenda politico - sindacale che vedeva contrapposti i sindacati e l'amministrazione di Roma Capitale afferente ad una rilevante massa di lavoratori ex LSU impiegati con contratti di *part time* di poche ore negli appalti mense scolastiche. A tale azione è seguito un successivo giudizio, attualmente pendente innanzi al Tribunale di Milano, promosso dalle organizzazioni sindacali Filcams, Nidil e Filt Cgil nei confronti di una nota multinazionale del *food delivery* per disapplicare il contratto collettivo Ugl Rider.

La vicenda, che riguarda il trattamento economico dei *rider*, ha assunto una oggettiva rilevanza che va ben oltre l'azione giudiziaria in quanto la vertenza collettiva assume i connotati di una vera e propria lotta organizzata per il miglioramento delle condizioni economiche e normative rivendicate da un gruppo di lavoratori.

La nota vicenda Alitalia e il controverso subentro nelle attività di volo della compagnia di bandiera della nuova azienda costituita dal Ministero dello Sviluppo Economico, ITA Airways, monopolizza, infine, le ultime due azioni inibitorie promosse per discriminazione di genere nelle politiche di selezione e per accertare il diritto a proseguire il rapporto di lavoro alle dipendenze della nuova società per effetto della rivendicata cessione di ramo di azienda.

Delle quattro azioni ben tre sono state avviate da organizzazioni che statutariamente tutelano i diritti rivendicati e tale circostanza dimostra che le potenzialità dello strumento collettivo sono state immediatamente colte dalle organizzazioni sindacali e dagli enti che tradizionalmente curano gli interessi collettivi in ambito lavoristico.

Il contenzioso lavoristico, caratterizzato da una naturale *mass litigation* e da una esigenza di aggregazione proprio in ragione dei diritti omogenei suscettibili di essere lesi da un medesimo comportamento plurioffensivo rappresenta, pertanto, il naturale ambito nel quale l'azione di classe può svilupparsi per divenire - come di recente affermato - un valido strumento per un uso strategico di lotta collettiva finalizzata all'aggregazione e alla rivitalizzazione di forme partecipative per la rivendicazione di diritti.

La globalizzazione dell'economia ha prodotto a sua volta inevitabili effetti anche nel mercato del lavoro caratterizzato dall'emergere di colossi economici e da nuovi modelli gestionali standardizzati agevolati dall'economia digitale che consente di imporre ad una platea indistinta e disaggregata condizioni economiche prive di una effettiva contrattazione e abusi negoziali rispetto ai quali l'azione

individuale risulta del tutto inadeguata.

In questo contesto l'azione di classe assume un ruolo fondamentale.

Una tutela efficace effettivamente dissuasiva di condotte lesive di diritti sociali, coerente con l'esigenza di assicurare il superamento degli ostacoli (anche sul piano giudiziario) di ordine economico e sociale impone gioco-forza di superare una dicotomia individuale nella quale il soggetto processualmente debole è lasciato "solo" di fronte ad iniziative processuali che lo espongono imponendogli, costi, sacrifici e scelte che spesso determinano una scelta abdicativa del diritto leso.

La prospettiva si sposta pertanto inevitabilmente dalla dimensione individuale della tutela alla dimensione collettiva assicurata dalla "organizzazione o un'associazione senza scopo di lucro i cui obiettivi statutari comprendano la tutela dei predetti diritti" iscritte ad un elenco tenuto presso il Ministero di Giustizia.

Entrambe le azioni consentono, infatti, l'attivazione del giudizio da parte di soggetti collettivi idonei a sostenere le rivendicazioni di una classe in ragione dei requisiti trattenuti dall'art. 196 ter c.p.c. disp. att. che consentono l'iscrizione nell'elenco delle organizzazioni ed associazioni legittimate a promuovere le azioni di classe.

Le azioni di classe divengono in quest'ottica un nuovo efficace strumento di politica giudiziaria nella disponibilità del sindacato.

La nuova prospettiva rischia tuttavia di morire sul nascere.

Il recente decreto ministeriale 17 febbraio 2022 n. 27 pubblicato in gazzetta ufficiale lo scorso 12 aprile, nell'introdurre l'albo degli enti legittimati a promuovere azioni di classe attuando i requisiti previsti dall'art. 196 ter c.p.c. disp. att. c.p.c. con un colpo di spugna ha "disinnescato" ogni possibilità di sviluppo "collettivo" delle azioni di classe in ambito giuslavoristico impedendo con un prerequisito qualificatorio alle organizzazioni sindacali di potersi iscriversi all'albo.

L'art. 1 lett. c) del decreto ministeriale stabilisce, infatti che le organizzazioni e le associazioni che possono ottenere l'iscrizione sono gli enti iscritti nel registro nazionale del terzo settore disciplinato dal d.lgs 117/17 che espressamente esclude le organizzazioni sindacali.

Tale delimitazione viene "giustificata" dalla relazione illustrativa al regolamento trasmessa dall'ufficio legislativo del Ministero della Giustizia sul seguente presupposto: "L'espressione costituisce un evidente riferimento agli enti del "cd terzo settore" disciplinati dal decreto legislativo 3 luglio 2017 n. 117 e, definiti nel dettaglio dall'art. 4 del suddetto decreto. La definizione contenuta nel regolamento, quindi, **esplicita un univoco dato della norma primaria riprendendo dalla**

medesima anche il presupposto dell'assenza di finalità di lucro dettato dalla legge n. 31 del 2019".

IL riferimento in realtà è tutt'altro che evidente dal momento che gli enti del terzo settore non vengono mai menzionati né nella legge 31/2019 né durante il dibattito parlamentare.

I lavori preparatori non evocano mai una legittimazione limitata ai soli enti del terzo settore ed anzi evidenziano la volontà di estendere la facoltà di promuovere il giudizio a qualunque associazione che sia idonea a garantire una efficace azione di tutela collettiva.

Nella relazione di accompagnamento alla proposta di legge n. 791, atti Camera, nella quale non si fa alcun riferimento al terzo settore, si precisa, infatti: "L'azione sarà sempre esperibile in relazione a «diritti individuali omogenei» (e non anche in relazione ad «interessi collettivi», come previsto nel vigente articolo 140-bis del codice del consumo) da ciascun componente della classe, anche mediante associazioni o comitati volti alla tutela dei suddetti diritti."

Il richiamo ai "comitati" scomparirà a seguito di emendamenti approvati durante l'iter legislativo durante il quale si introdurrà anche l'obbligo di iscrizione ad un albo previa verifica di requisiti perfettamente applicabili anche alle associazioni sindacali.

I requisiti introdotti con l'art. 196 ter dip. att. c.p.c. sono infatti: la verifica delle finalità programmatiche, l'adeguatezza a rappresentare e tutelare i diritti omogenei azionati, la stabilità e la continuità delle associazioni e delle organizzazioni e la verifica delle fonti di finanziamento al fine di escludere una finalità di lucro.

Con l'illegittima previsione regolamentare il settore del lavoro sia subordinato che autonomo che etero organizzato o professionale, economicamente dipendente, pur destinatario di norme a tutela dei diritti che giustificano una esigenza di tutela collettiva avverso fenomeni di lesioni di diritti omogenei, rimane, pertanto, del tutto orbato della possibilità di promuovere azioni di classe tramite le proprie rappresentanze che statutariamente svolgono una efficace e capillare assistenza dei diritti individuali degli soggetti rappresentati con consolidata storica esperienza e stabile organizzazione.

L'esclusione del sindacato appare pertanto del tutto irragionevole ed illegittima in quanto secondo il regolamento possono richiedere l'iscrizione gli enti del terzo settore che perseguono anche la tutela dei diritti sociali, del lavoro e persino sindacale (cfr. art. 5 del d.lgs 17/17 lett. o) e gli enti che operano per la "promozione e tutela dei diritti umani, civili, **sociali** e politici".

A parità di requisiti, alle organizzazioni sindacali, per il solo fatto di essere una associazione sindacale, impossibilitata *ex lege* ad essere un soggetto del terzo settore, l'art.

1 lett. c) del regolamento impedisce l'iscrizione e - conseguentemente - la possibilità di esercitare un'azione efficace a salvaguardia di diritti individuali che statutariamente tutela.

L'organizzazione sindacale è, pertanto, irragionevolmente esclusa sebbene persino dotata di comparata maggiore rappresentatività individuata sulla base di indici analoghi a quelli previsti dal regolamento ministeriale (articolazione e diffusione sul territorio, storicità dell'azione sindacale, attività di assistenza di diritti omogenei, forme di rappresentanza democratica ed elettiva, attività di assistenza e consulenza per gli iscritti e i terzi, adozione di iniziative pubbliche, trasparenza contabile ecc.).

La scelta del regolamento si discosta infine dalle recenti politiche legislative che esprimono una innegabile volontà di attribuire una legittimazione agli enti esponenziali di "classi" privilegiando una tutela collettiva nella prospettiva ben colta dalla cassazione in recenti arresti nei quali si afferma "la legittimazione ad agire in capo ad un soggetto collettivo non rappresenta una eccezione ma una regola funzionale

all'esigenza di apprestare tutela, attraverso un rimedio di natura inibitoria ad una serie indeterminata di soggetti per contrastare il rischio di una lesione avente natura diffusiva e che perciò deve essere, per quanto possibile, prevenuta e circoscritta nella propria portata offensiva" (Cassazione, 7 novembre 2019 n. 28745).

Nella speranza che il regolamento venga impugnato per l'evidente violazione di legge e sviamento di potere che lo caratterizza, la breve descrizione della *class action* lavoristica può concludersi segnalando il paradossale effetto che ha generato l'irragionevole preclusione all'albo imposta alle organizzazioni sindacali.

Mentre a Bruxelles, proprio in questi giorni, la proposta di direttiva sui lavoratori delle piattaforme digitali introduce all'art. 14 la legittimazione delle "trade unions" ai fini di assicurare una tutela effettiva dei diritti omogenei lesi dalle multinazionali della *gig economy*, il Ministero della Giustizia contemporaneamente nega l'accesso alla "giustizia" alle organizzazioni sindacali che, per prime in Italia, hanno promosso proprio quell'azione di classe che l'Unione Europea vuole estendere a tutti i paesi membri. ■

FLASH

Prima condanna di ITA per comportamento discriminatorio nelle assunzioni da ex Alitalia

Dal Tribunale del lavoro di Roma arriva una prima condanna di ITA Airways per comportamento discriminatorio nei confronti di due assistenti di volo ex dipendenti Alitalia impiegate nella base di Fiumicino, non assunte perché in stato di gravidanza. "Prima", perché c'è da ritenere che altre ne seguiranno, visto che il carattere a dir poco opaco del passaggio alla neocostituita società a partecipazione pubblica di (parte) del personale già in servizio presso la vecchia compagnia di bandiera ha dato origine a diverse azioni in giudizio destinate ad essere decise a breve (a partire dalla *class action* di cui tratta De Marchis in questo numero, in discussione il 19 maggio). D'altra parte, le condotte discriminatorie adottate da ITA nelle procedure di assunzione, pubblicamente denunciate dalle donne che le stanno subendo, sono diventate ormai un caso politico. Nel decidere il ricorso ex art. 38, d.lgs. 198/06 con il decreto del 23 marzo scorso, il Giudice romano respinge in primo luogo l'eccezione di inammissibilità della società resistente fondata sul fatto che le procedure di selezione del personale di ITA sarebbero ancora in una fase iniziale; eccezione del tutto infondata, sia perché in realtà il piano assunzionale concordato con le oo.ss. è già stato attuato per oltre la metà, sia perché comunque non sarebbe ammissibile condizionare l'accesso alla tutela d'urgenza garantita dall'art. 38 del Codice delle pari opportunità ad una decisione rimessa esclusivamente alla volontà del datore (qual è appunto il completamento del piano assunzionale). La condanna di ITA per comportamento antidiscriminatorio si fonda sui consolidati principi di origine euro-unitaria, per i quali il divieto di discriminazione si estende anche agli atti preassuntivi del datore di lavoro; principi recepiti espressamente dall'art.27 del d.lgs. 198/06 che vieta "qualsiasi discriminazione per quanto riguarda l'accesso al lavoro compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione". Gli elementi di fatto forniti dalle ricorrenti dimostrano l'esistenza della discriminazione connessa al loro stato di gravidanza; tra questi, in particolare, la presenza di altre donne nel medesimo stato escluse dalla selezione. Né ITA ha fornito alcuna prova capace di smentire tale conclusione, a nulla rilevando l'argomento della mancata conoscenza dello stato di gravidanza, dal momento che la sussistenza di una discriminazione non dipende dalla prova dell'intento discriminatorio di chi la commette. D'altra parte, per contraddire le ricorrenti sarebbe bastato provare di aver assunto una donna in stato di gravidanza: fatto che, evidentemente, ITA non ha potuto dimostrare. Esclusa la possibilità di imporre con decreto l'assunzione delle lavoratrici (in vero, in eccessivo ossequio alla libertà d'iniziativa economica sancita dall'art. 41 Cost.), la società è stata condannata a risarcire il danno da perdita di chance quantificato in 15 mensilità di retribuzione. Tale importo acquista per il giudice anche carattere dissuasivo: essendo quantificato sulla base dei mesi nei quali le lavoratrici sarebbero state assenti dal lavoro a causa del loro status, esso infatti coincide con il vantaggio che ITA avrebbe ottenuto evitando di assumere le lavoratrici in gravidanza.

Libertà sindacale dei militari... *et facta est lex!*

di
Giovanni
Calvellini

Legge fu! A distanza di quattro anni dalla sentenza della Corte costituzionale (Corte cost. 17.6.2018, n. 120) che, ribaltando l'esito di un proprio precedente (Corte cost. 17.12.1999, n. 449), ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto - sancito dall'art. 1475 comma 2 del Codice dell'ordinamento militare - di costituire associazioni professionali a carattere sindacale tra militari, è stata approvata finalmente la legge recante la disciplina sull'esercizio della libertà sindacale del personale delle forze armate e delle forze di polizia a ordinamento militare, la quale, nel momento in cui si scrive, è in attesa di essere pubblicata in Gazzetta Ufficiale.

L'intervento legislativo non ha inteso regolare i soli aspetti minimali oggetto di richiamo da parte della Corte costituzionale (divieto di affiliazione a sindacati non militari, divieto di sciopero, criteri di legittimità dello statuto dell'associazione, limiti alle competenze della stessa), ma si è posto il più ambizioso obiettivo di introdurre una sorta di statuto a tutela della libertà e dell'azione sindacale nel settore militare. Nel complesso, però, la disciplina in esame si presenta differenziata e più restrittiva non solo - com'è ovvio - rispetto a quella vigente per il lavoro pubblico contrattualizzato, bensì anche, sebbene in minor misura, in confronto ai regimi operanti per le forze di polizia a ordinamento civile; segno che per il legislatore la specialità

delle funzioni esercitate in ambito militare continua a esigere una disciplina dell'esercizio della libertà sindacale che non si limiti ad adattare le regole dettate in proposito per Polizia di Stato e Polizia Penitenziaria, ma rappresenti un *corpus* normativo autonomo e differenziato. E ciò anche laddove quella specialità sembra attenuarsi, come nel caso dei militari addetti ad attività di polizia (Guardia di Finanza e Carabinieri, anche Forestali). Certo, la Corte costituzionale, nella pronuncia del 2018, ha ribadito la specificità dell'ordinamento militare, ma questo non pare precludere - anzi, per certi versi, imporrebbe - una gradualità nelle restrizioni all'esercizio della libertà sindacale da parte del personale militare rapportata alle funzioni esercitate e quindi al livello di similarità delle stesse a quelle svolte dai corpi di polizia a ordinamento civile.

Ebbene, al di là di questi rilievi che fanno emergere punti di frizione della nuova disciplina con l'art. 3 Cost. sotto il profilo della ragionevolezza della disparità di trattamento introdotta, la legge in esame - come si diceva - sottopone l'esercizio della libertà sindacale da parte dei militari a numerose e significative restrizioni sin dal momento costitutivo. L'esercizio delle attività sindacali da parte delle associazioni tra militari a tal fine formate, infatti, è subordinato all'iscrizione in apposito albo, disposta a seguito di verifica del ministero competente circa il

rispetto dei requisiti previsti dalla legge per lo statuto. In altre parole, l'associazione è costituita, ma ne è paralizzata l'operatività per il perseguimento del fine istituzionale che si è data. L'avvio dell'attività sindacale e della raccolta dei contributi sindacali diviene infatti possibile soltanto una volta che abbia avuto esito positivo il controllo sullo statuto, volto ad accertare nel merito il rispetto dei canoni prescritti dalla legge. Tra questi si possono segnalare esemplificativamente - a dimostrazione del carattere penetrante della verifica - la neutralità e l'estraneità dell'associazione alle competizioni politiche, ai partiti e ai movimenti politici, l'assenza di finalità contrarie ai doveri derivanti dal giuramento prestato dai militari e il divieto (non solo di affiliarsi, ma anche) di avere relazioni di carattere organizzativo o convenzionale con sindacati non militari. Va aggiunto, peraltro, che il potere ministeriale non si esaurisce dopo l'iscrizione nell'albo, ma contraddistingue un'attività di supervisione che deve essere svolta lungo tutta la vita dell'associazione. Il ministero competente è infatti chiamato ad accertare con cadenza triennale la permanenza dei requisiti previsti dalla legge, nonché a sottoporre a verifica ogni modifica statutaria.

Una volta ammessa all'operatività, l'associazione è anzitutto titolare di diritti di consultazione, può cioè presentare osservazioni o chiedere di essere sentita o ricevuta da Parlamento, Governo e organi di vertice dell'amministrazione militare in relazione a tematiche afferenti alle pari opportunità, alle prerogative sindacali in materia di protezione della salute e della sicurezza dei militari e alle materie sulle quali la legge ammette che possa svolgersi contrattazione collettiva. Ma la vera novità introdotta è proprio quest'ultima: al riconoscimento della natura sindacale consegue, infatti, la transizione dal sistema istituzionale di concertazione attraverso gli organismi di rappresentanza istituzionale dei militari (i COCER, i COIR e i COBAR) a quello sindacale di contrattazione collettiva. La novella attribuisce alle associazioni di cui sia accertata la rappresentatività i poteri negoziali ai fini della contrattazione nazionale di comparto e a livello di amministrazione. La parte pubblica e quella sindacale conducono delle trattative che sfociano in vere e proprie ipotesi di accordi sindacali, le quali poi, a seguito di verifica delle coperture finanziarie e di esame delle eventuali osservazioni delle organizzazioni sindacali dissenzienti, sono approvati dal Consiglio dei Ministri e infine recepite in distinti decreti del Presidente della Repubblica concernenti rispettiva-

mente il personale delle forze armate e il personale delle forze di polizia a ordinamento militare.

Sono da considerarsi "rappresentative a livello nazionale" le associazioni che raggiungano un numero di iscritti almeno pari al 4% (se trattasi di associazione costituita nell'ambito di una sola forza) o al 3% (nell'ipotesi di associazione interforze) del personale complessivo della singola forza. A queste organizzazioni, oltre ai citati poteri negoziali ai fini della contrattazione collettiva, la legge riconosce - tra l'altro - la disponibilità di locali da adibire a ufficio, distacchi e permessi sindacali retribuiti, permessi e aspettative sindacali non retribuiti e diritti di informazione.

Non è previsto alcun organismo di rappresentanza del personale militare nei luoghi di lavoro. La rappresentanza territoriale è affidata alle articolazioni periferiche delle associazioni eventualmente previste dagli statuti delle stesse. Nessun ruolo negoziale è attribuito a tali strutture decentrate e le loro competenze sono definite dagli statuti nell'ambito delle seguenti materie: informazione e consultazione degli iscritti; esercizio delle prerogative sindacali in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro; rispetto e applicazione della contrattazione nazionale. Inoltre, quando esse afferiscono alle associazioni rappresentative sul piano nazionale, possono relazionarsi con le articolazioni di ciascuna amministrazione militare a livello areale con riferimento alle tematiche di competenza sindacale aventi esclusiva rilevanza locale.

Connesso all'argomento di cui si è appena detto - e in particolare alle prerogative delle rappresentanze territoriali in punto di informazione e consultazione degli iscritti - è il riconoscimento del diritto di assemblea. I militari, infatti, fuori dal servizio, nonché durante l'orario di servizio nei limiti di dieci ore, possono riunirsi in luoghi aperti al pubblico (senza uniforme) o messi a disposizione dall'amministrazione (anche in uniforme) per discutere di «materie di competenza delle associazioni professionali a carattere sindacale tra militari».

In queste ultime, le cariche sono esclusivamente elettive. L'elettorato passivo è però circoscritto ai militari in servizio effettivo che abbiano compiuto almeno cinque anni di servizio e ai militari in ausiliaria iscritti all'associazione stessa. Sono naturalmente previste cause di ineleggibilità e limiti alla durata e alla successione dei mandati. I rappresentanti delle organizzazioni sindacali militari svolgono l'attività sindacale fuori dall'orario di servizio. Deve

aggiungersi, però, che - come si è già accennato - la legge in esame contempla anche distacchi e permessi sindacali retribuiti, nonché permessi e aspettative sindacali non retribuiti in favore delle associazioni riconosciute rappresentative sul piano nazionale.

Il descritto sistema di diritti e prerogative sindacali del singolo militare e delle associazioni professionali a carattere sindacale tra militari è presidiato da una tutela giurisdizionale devoluta al giudice amministrativo. Il contenzioso avente ad oggetto l'accertamento della natura antisindacale di provvedimenti dell'amministrazione militare è trattato con il rito abbreviato ex art. 119 cod. proc. amm., rispetto al quale la legittimazione attiva dell'associazione sussiste solamente in presenza di un interesse diretto nella controversia. Essa, peraltro, se ritiene che le sia stato opposto un diniego ingiustificato dei diritti e delle prerogative sindacali previsti dalla legge appena approvata, può promuovere un previo tentativo di conciliazione presso una delle commissioni (centrale o locali) appositamente istituite in sede ministeriale.

Ciò detto in merito alla previsione del citato strumento di risoluzione bonaria delle controversie, è quanto meno opinabile la decisione del legislatore di devolvere al giudice amministrativo la giurisdizione in materia di condotte antisindacali in ambito militare, nonché alla scelta di far

ricorso del rito abbreviato del processo amministrativo. Da tempo la giurisprudenza si esprime convintamente a favore dell'applicabilità dell'art. 28 St.lav. e nel senso di una sorta di giurisdizione esclusiva per materia del giudice ordinario su questo tipo di controversie, anche qualora esse afferiscano a un rapporto di impiego ancora in regime di diritto pubblico. La novella, allora, muovendosi in direzione contraria al diritto vivente che ragionevolmente riconosce il carattere generale per il lavoro pubblico del dettato dell'art. 63, c. 3, d.lgs. n. 165/2001, conferma ancora una volta che il tempo che il legislatore si è preso prima di dare seguito alla decisione della Consulta del 2018 non è servito per riflettere appieno sull'impatto sistematico e sulle conseguenze pratiche della nuova disciplina. ■

FLASH

La Cassazione penale chiarisce i presupposti del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro

Con sentenza n. 7861 del 4 marzo 2022, la IV sezione penale della Corte di Cassazione ha fornito importanti chiarimenti per identificare i reati di intermediazione illecita (il c.d. caporalato commesso dall' "intermediario") e di sfruttamento del lavoro (commesso dal datore) di cui all'art. 603-bis del codice penale, precisando ulteriormente quanto già affermato nella precedente sentenza n. 45615 dell'11 novembre 2021. Perché siano integrate le due ipotesi di reato (che, si ricorda, il legislatore del 2016 ha novellato ampliandone l'ambito di applicazione) devono sussistere i due elementi costitutivi identificati dalla norma del codice penale nella "condizione di sfruttamento" del lavoratore e nell' "approfittamento dello stato di bisogno" da parte dell'autore del reato. Riguardo al primo elemento della fattispecie, la condizione di sfruttamento può sussistere anche nei confronti di un solo lavoratore e può essere ricavata dal giudice dalla sussistenza di uno solo degli indici elencati dal comma 3, da ritenersi non tassativi (la reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato; la reiterata violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie; la sussistenza di violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro; la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti). Quanto all'approfittamento dello stato di bisogno, da una parte non è necessaria la presenza di uno stato di necessità tale da annullare la volontà del lavoratore (presupposto invece del reato di lavoro forzato incriminato dall'art. 600 c.p.), essendo sufficiente riscontrare una situazione di grave difficoltà, anche temporanea, in grado di limitare la volontà della vittima, inducendola ad accettare condizioni particolarmente svantaggiose; dall'altra è comunque richiesta la prova del dolo (anche in forma eventuale) dell'autore del reato, ovvero della sua volontà di trarre vantaggio dalla condizione di bisogno del lavoratore. La stessa Corte riconosce però come sia ben difficile che tale elemento soggettivo della fattispecie manchi, in presenza di condizioni "oggettive" di sfruttamento del lavoratore.

Un'interessante pronuncia del Tribunale di Vicenza in materia di efficacia, disdetta e ultrattività del contratto collettivo

di
Andrea
Ranfagni

Una recente decisione del Tribunale di Vicenza, Sezione Lavoro, resa nell'ambito di un procedimento ex art. 28, l. n. 300/1970 (Decreto del 23 marzo 2022), ha riportato alla luce alcune tra le più rilevanti questioni di diritto sindacale presenti nel nostro Paese, frutto di una disciplina che da sempre presenta lacune, colmate dai Giudici, in assenza di interventi legislativi. Lacune, che, come noto, derivano dalla mancata attuazione dei precetti contenuti nei commi 2-4 dell'art. 39 della Costituzione.

La decisione in commento possiamo dire che tocchi 4 grandi "temi" di diritto sindacale, ovvero quello dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi, quello della obbligatorietà della parte economica del CCNL, quello della disdetta/ultrattività dei contratti ed, infine, quello della possibilità, da parte del datore di lavoro, di sostituire un contratto collettivo con un altro.

Possiamo sin da subito dire che le decisioni prese dal Giudice vicentino paiono in linea con gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali prevalenti nel nostro ordinamento da tempo. Pare però interessante, proprio per i temi trattati, ripercorrere la decisione, facendo il punto sulla "disciplina" giurisprudenziale in materia.

Il caso affrontato dal Tribunale di Vicenza

La decisione del Giudice del Lavoro di Vicenza nasce da un ricorso ex art. 28, Statuto dei lavoratori, presentato da Filctem CGIL, Femca CISL e Uiltec UIL, le quali sostenevano l'antisindacalità del comportamento tenuto da due aziende del vicentino per non aver le stesse consentito, ai sindacati, la convocazione dell'assemblea sindacale tra i lavoratori ai sensi dell'art. 64, CCNL UNIC e, a monte, per avere le stesse aziende iniziato ad applicare, da un certo periodo in poi, un diverso CCNL (il CCNL Federconcia), non firmato da CGIL, CISL e UIL.

Le associazioni ricorrenti aggiungevano che la negazione dell'assemblea era avvenuta con contestuale comunicazione, fatta in data 8 ottobre 2021, di applicazione del diverso CCNL Federconcia, ma che fino a tale momento era stato applicato il CCNL UNIC, circostanza, quest'ultima, contestata però dalle aziende convenute, le quali evidenziavano altresì di non essere mai state iscritte alle Associazioni datoriali firmatarie di tale CCNL, essendo invece iscritti a Federconcia.

L'efficacia soggettiva del contratto collettivo e l'obbligatorietà della parte economica

La prima questione di diritto sindacale affrontata dal Tribunale di Vicenza attiene all'efficacia soggettiva del contratto collettivo, quindi all'individuazione dei soggetti a cui può ritenersi applicabile.

Di fronte, infatti, alla pretesa dei sindacati ricorrenti di applicare la normativa del CCNL UNIC, le aziende convenute

avevano eccetto, come detto, di non essere iscritte alle associazioni datoriali firmatarie, quindi, di non poter ritenersi vincolate a tale contratto.

Come noto, infatti, l'art. 39 della Costituzione ha previsto la possibilità che i contratti collettivi acquisiscano efficacia "erga omnes" solo a condizione che i sindacati e le associazioni datoriali firmatarie siano dotate di "personalità giuridica". Circostanza, quest'ultima, che implicherebbe il dover seguire una serie di procedure per la loro costituzione e registrazione, oltre ad un controllo dello Stato più incisivo in merito all'operato, nonché l'adozione di un ordinamento interno a base democratica.

Mancando una legge che attribuisca loro efficacia generalizzata, i contratti collettivi hanno la natura di normali contratti "di diritto comune", ovvero contratti privati, che, come tali, vincolano solo le organizzazioni stipulanti ed i loro iscritti.

E' spettato così ai Giudici nel tempo ricercare meccanismi per estendere l'efficacia del contratto collettivo a più soggetti possibili.

Si è così ritenuto che il contratto collettivo possa trovare applicazione anche ai non iscritti, ove emerga una adesione al medesimo che può essere "esplicita" (ad esempio formalizzata nel contratto di assunzione) o anche "implicita", vale a dire per fatti concludenti, cioè tenendo un comportamento di applicazione prolungata del contratto o di una parte di esso tale da ritenere che le parti vi abbiano aderito (cfr., tra le tante, Cassazione, Sezione Lavoro, n. 18408/2015).

Proprio quest'ultimo è il principio che il Tribunale di Vicenza ha applicato nel caso in esame.

Nel corso del giudizio, infatti, era emerso che, come sostenuto dalle convenute, queste non erano iscritte alle associazioni datoriali firmatarie. Tuttavia, siccome dalla documentazione in atti era emerso che almeno una delle due aziende convenute aveva applicato il CCNL UNIC per un lungo periodo, almeno sino ad ottobre 2021, si è ritenuto che detto CCNL dovesse trovare applicazione in virtù del meccanismo dell'adesione implicita.

Da segnalare come nel giungere a tale conclusione, il Tribunale di Vicenza ha avuto modo di ricordare come un'analisi finalizzata a valutare se un'azienda ha aderito "implicitamente" ad un contratto collettivo deve prescindere dal verificare l'applicazione di eventuali istituti retributivi, in quanto ciò potrebbe dipendere dal solo necessario rispetto dell'art. 36 della Costituzione.

Come noto, infatti, la Giurisprudenza ha sempre affermato che il principale parametro per valutare se un lavoratore dipendente percepisce una "giusta" retribuzione, come richiesto dall'art. 36 Cost., è rappresentato dalla retribuzione mensile (comprensiva, di norma, dei minimi tabellari, gli scatti d'anzianità, l'ex contingenza e la 13^a mensilità), fissata dal CCNL di categoria, ovvero relativo al settore in cui opera quella determinata azienda, sottoscritto dai sindacati maggiormente rappresentativi. Ed è questo, peraltro, un altro meccanismo per estendere l'efficacia dei contratti collettivi a soggetti diversi dagli stipulanti, per recuperare in qualche modo quell'efficacia erga omnes assente a causa della mancata applicazione della seconda parte dell'art. 39, Cost.

Per la precisione, comunque, occorre ricordare che, secondo l'orientamento della Giurisprudenza prevalente, la retribuzione fissata dai CCNL è solo il parametro più idoneo utilizzato dal giudice per stabilire se è rispettato o meno l'art. 36, Costituzione. Tant'è che vi sono recenti decisioni (si veda, ad esempio, Sentenza Tribunale di Torino n. 1128 del 9 agosto 2019 o Tribunale di Milano n. 2626 del 2 dicembre 2021) con le quali è stata ritenuta non rispettosa dell'art. 36, Costituzione, la parte economica del CCNL Istituti Vigilanza, anche se sottoscritto da CGIL, CISL e UIL, proprio perché fissava una retribuzione troppo bassa, anche confrontandola con altri CCNL astrattamente applicabili.

Il Tribunale di Vicenza, comunque, nella decisione in commento correttamente ritiene di non dover verificare tanto l'applicazione della parte economica, quanto di quella normativa. Verificando così che una delle due società convenute aveva applicato la parte relativa alle sanzioni disciplinari del CCNL UNIC ed altresì - circostanza ritenuta particolarmente significativa - che aveva firmato un contratto aziendale che si ispirava apertamente al CCNL UNIC, dandone applicazione, ha ritenuto che vi fosse stata una adesione "implicita" al medesimo ed ha concluso per la vincolatività dello stesso a prescindere dall'essere l'azienda iscritta ad un'associazione datoriale firmataria di un altro CCNL.

La possibilità di sostituire un contratto collettivo con un altro, tra disdetta e ultrattività

Gli altri due temi rilevanti affrontati dalla decisione del Tribunale di Vicenza in commento attengono alla possibilità per il datore di lavoro di sostituire, ad un certo punto del rapporto di lavoro, un contratto collettivo con un altro, quindi alla possibilità di disdetta e alla ultrattività del contratto collettivo.

Come anticipato, infatti, nel caso esaminato dal Giudice vicentino, entrambe le aziende convenute affermavano di aver comunicato, ad ottobre 2021, alle OO.SS. ricorrenti l'applicazione di un nuovo contratto collettivo, ovvero il CCNL Federconcia. In ogni caso, quindi, considerando i fatti di causa (l'indizione dell'assemblea) avvenuti in un periodo successivo alla suddetta data, la loro condotta doveva ritenersi legittima, in quanto, comunque, dall'ottobre 2021, appunto, era pacifica l'applicazione di un diverso contratto.

Sul punto, i sindacati ricorrenti avevano replicato l'impossibilità di procedere ad una sostituzione del contratto collettivo, almeno fino alla scadenza di quello precedentemente applicato.

Proprio quest'ultima argomentazione è stata accolta dal Tribunale di Vicenza, evidenziando come il CCNL UNIC fosse scaduto prima dell'ottobre 2021, ovvero il 31 ottobre 2019, ma aveva mantenuto la propria efficacia (sempre prima dell'ottobre 2021) in forza dell'art. 71, rubricato "Decorrenza e durata", secondo il quale "Il contratto, nella sua globalità, si intenderà successivamente rinnovato di anno in anno qualora non venga data disdetta sei mesi prima della scadenza con lettera raccomandata con ricevuta di ritorno. In caso di disdetta resterà in vigore sino a che non verrà sostituito dal successivo".

Quella appena citata è una classica clausola di ultrattività del contratto collettivo, frequentemente inserita, che garantisce appunto il mantenimento dell'efficacia del contratto sia nel caso di scadenza naturale senza disdetta, che comporta il rinnovo automatico, sia nel caso di disdetta, con mantenimento dell'efficacia sino alla sostituzione.

Da segnalare sul punto, come la Giurisprudenza prevalente (cfr. Cassazione, Sezioni Unite, n. 11325/2005) abbia sempre ritenuto che un contratto collettivo, una volta scaduto, perde la sua efficacia senza possibilità che possa trovare applicazione l'art. 2074 cc (secondo cui "il contratto collettivo, anche quando è stato denunziato, continua a produrre i suoi effetti dopo la scadenza, fino a che sia intervenuto un nuovo regolamento collettivo"), stante sempre la natura "privatistica" del contratto collettivo e riferendosi tale disposizione ai contratti collettivi "corporativi" vigenti all'epoca in cui fu emanato il codice civile, ovvero durante il regime fascista.

Questo non significa, ovviamente, che poi i contratti collettivi, come nei fatti avviene (ed il CCNL UNIC ne è un esempio), non possano prevedere tali clausole che recuperano così, per via convenzionale, quanto previsto dal codice civile.

Ritornando sulla decisione del Tribunale di Vicenza, come detto, si è ritenuto che nel caso di specie dovesse trovare applicazione l'art. 71, CCNL UNIC ed, in particolare, la sua prima parte ovvero quella relativa alla disdetta, senza la quale il CCNL si rinnova automaticamente.

In particolare, nell'applicare tale disposizione il giudice del lavoro ha avuto modo di affermare che nel caso di azienda iscritta all'associazione datoriale firmataria del contratto collettivo, la corretta applicazione della disdetta passa, oltre che per il rispetto dei tempi per effettuare la stessa, anche dal fatto che la medesima disdetta avvenga ad opera non solo dell'azienda ma anche dell'associazione datoriale firmataria cui è iscritta. Se un'azienda, invece, non è iscritta, ma, come nel caso in esame del Giudice del Lavoro di Vicenza, si è comunque vincolata al contratto collettivo in maniera "tacita", quindi applicandolo nei fatti, per evitare il rinnovo automatico deve anch'essa procedere alla disdetta nei tempi fissati dal CCNL, con comunicazione da fare alle OO.SS..

Tutto ciò non era avvenuto nel caso esaminato, posto che la prima comunicazione di "svincolo" dal CCNL era stata fatta solo ad ottobre 2021, quindi successivamente all'avvenuto rinnovo automatico (come detto il CCNL UNIC era infatti scaduto il 31 ottobre 2019).

Il Tribunale di Vicenza, quindi, ha concluso che l'azienda convenuta che ha applicato il CCNL UNIC (e quindi si era vincolata al medesimo) deve continuare ad applicare il medesimo sino alla successiva scadenza, ovvero sino al 30 giugno 2023. E ciò, appunto, a causa della mancata tempestiva disdetta del medesimo ai sensi dell'art. 71, CCNL UNIC. Da qui l'antisindacalità, della condotta tenuta, perché contraria al CCNL che doveva essere applicato, a prescindere da quanto comunicato ad ottobre 2021.

Per completezza, si ricorda un altro principio rilevante in materia più volte affermato dalla giurisprudenza, ovvero che un CCNL avente un termine di scadenza (come avviene di norma) non può essere oggetto di recesso, se non per "giusta causa", prima della scadenza. Principio, questo, traslato dal diritto civile sempre sul presupposto che il contratto collettivo è un contratto di diritto comune.

Da ciò discende che ogni operazione di sostituzione di un CCNL può avvenire solo dopo che è scaduto il CCNL precedentemente applicato.

Sempre sul punto, poi, occorre ricordare che la giurisprudenza ha affermato che la sostituzione alla scadenza prescinde da clausole di "ultrattività" che prorogano l'efficacia in caso di disdetta; come, appunto, prevede l'art. 71, CCNL UNIC, nell'ultimo periodo quando afferma che "In caso di disdetta resterà in vigore sino a che non verrà sostituito dal successivo" (si veda, sul punto, Cassazione, Sezione Lavoro, n. 21537/2019).

Quest'ultimo principio non collima - come già chiarito - con quanto affermato dal Tribunale di Vicenza, poiché un conto è il rinnovo automatico senza disdetta, altro il permanere dell'efficacia nel caso di disdetta. Ciò che ha applicato il Giudice vicentino, quindi, è l'art. 71, primo periodo, del CCNL UNIC, che, come detto, prevede l'obbligo di procedere a disdetta prima della scadenza al fine di evitare il rinnovo.

In conclusione, la decisione in commento costituisce un ottimo esempio di applicazione dei principali principi che regolano l'efficacia e la vincolatività dei contratti collettivi, da tempo affermati dalla Giurisprudenza, ma che, come detto inizialmente, mettono in luce le lacune legislative del diritto sindacale italiano dovute alla mancata applicazione dell'art. 39 della Costituzione. ■