

DIRITTI & LAVORO

FLASH

idee e strumenti per il sindacato



TANTI AUGURI!

*La riforma Fornero dell'art. 18 festeggia i suoi
primi 10 anni, con una sentenza della Consulta
che ne smonta un altro pezzo*

La Cassazione sul licenziamento collettivo
nei gruppi di impresa e sul danno da
reiterazione dei contratti a termine nella PA

La Corte di giustizia
sull'iscrizione all'INPS
del personale Ryanair

Il Tribunale di Vasto
su astreinte ex art. 416 bis c.p.c.
e condotta antisindacale

04 Maggio - Giugno 2022

04

**Il ritorno «discreto» della reintegrazione
(note a margine della sentenza n. 125/2022
della Corte costituzionale)**

di *Stefano Giubboni*

07

**Il risarcimento del danno per reiterazione
abusiva dei contratti a termine è un “minus”
rispetto alla conversione in contratto
a tempo indeterminato: nuove prospettive
di tutela per i precari della P.A.?**

di *Marco Tufo*

10

**Gruppi di imprese, centro unico di
imputazione e licenziamento collettivo:
il punto della Cassazione**

di *Letizia Martini*

13

**La misura dell'astreinte per indurre il
datore a negoziare con correttezza e
buona fede: il Tribunale di Vasto apre nuovi
scenari per l'applicazione dell'art. 416 bis
c.p.c. nelle controversie sindacali e di lavoro**

di *Giovanni Orlandini*

16

**La CGUE si pronuncia sul dumping
previdenziale di Ryanair:
una vittoria di Pirro?**

di *Maria Grazia Lombardi*

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.

Il ritorno «discreto» della reintegrazione (note a margine della sentenza n. 125/2022 della Corte costituzionale)

di
Stefano
Giubboni

I dieci anni trascorsi dall'entrata in vigore della legge n. 92/2012 sono un tempo certamente sufficiente per tracciare un primo bilancio applicativo, in particolare della «norma simbolo» su cui la riforma Fornero volle lasciare l'impronta più profonda, riscrivendo l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori con l'intendimento dichiarato di marginalizzare la tutela reintegratoria all'asserito fine di favorire un mercato del lavoro maggiormente inclusivo e dinamico. Chi scrive ha già avuto modo di fare i conti con quella intensa stagione di contro-riforme malfatte della disciplina del licenziamento, culminate nel *Jobs Act*, mettendone in risalto (in *Anni difficili. I licenziamenti in Italia in tempi di crisi*, Torino, 2020) quell'esito pernicioso per cui ci ritroviamo oggi a disporre di una normativa di kafkiana complessità, fondamentalmente ingiusta e irrazionale, oltre che - come era facilmente preconizzabile - del tutto disfunzionale rispetto all'obiettivo di rendere il mercato del lavoro italiano più efficiente e insieme più equo, come ci dimostrano impietosamente tutte le evidenze statistiche.

La recente sentenza della Corte costituzionale n. 125/2022 - l'ultima (ad oggi) di una lunga scia di pronunce sulla «nuova» disciplina dei licenziamenti - offre un'occasione preziosa per fare il punto sull'articolo 18 e sullo spazio che, nella complessa trama di rimedi che esso dipana, ancora conserva la tutela reale del posto di lavoro, ovvero lo specifico rimedio ripristinatorio che consiste nell'ordine di reintegrazione unito al risarcimento del danno (solo in certi casi integrale) subito dal lavoratore illegittimamente licenziato e alla ricostituzione della sua posizione contributiva: l'oggetto principe dell'ossessione controriformistica sia della legge Fornero che, ovviamente, del *Jobs Act*.

Nuovamente sollecitata dal giudice del lavoro di Ravenna, con la sentenza n. 125/2022 la Corte è tornata a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'articolo 18, settimo comma, secondo periodo, dello Statuto dei lavoratori, come novellato dalla legge n. 92/2012 e già profondamente inciso dalla precedente decisione n. 59/2021, nella parte in cui subordinava la somministrazione della tutela reintegratoria attenuata in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo alla condizione che la insussistenza del fatto posto a base del recesso fosse «manifesta». Se con la sentenza n. 59/2021 la Corte costituzionale aveva reso sempre obbligatoria, e non più facoltativa, la somministrazione di tale tutela in caso di accertamento giudiziale della insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per motivi oggettivi, con la più recente decisione essa completa la riconduzione a *recta ratio* del settimo comma dell'articolo 18, elidendo l'aggettivo qualificativo «manifesta».

Le ragioni che conducono la Corte a estendere la declaratoria di illegittimità costituzionale alla parola «manifesta» sono in buona parte sovrapponibili con quelle già finemente svolte nella sentenza 59/2021 e possono, in sintesi, essere così riassunte: «il requisito del carattere manifesto, in quanto riferito all'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento, è, anzitutto, indeterminato» (punto 9 del *Considerato in diritto*), rivelandosi «labile la definizione di un elemento di fattispecie, che richiede un apprezzamento imprevedibile e mutevole, senza alcuna indicazione utile a orientarne gli esiti» (punto 9.1); di conseguenza, esso «demanda al giudice una valutazione sformata di ogni criterio

direttivo e per di più priva di un plausibile fondamento empirico», giacché non solo «il riferimento alla manifesta insussistenza non racchiude alcun criterio idoneo a chiarirne il senso», ma «entra anche in tensione con un assetto normativo che conferisce rilievo al fatto e si prefigge in tal modo di valorizzare elementi oggettivi, in una prospettiva di immediato agevole riscontro» (punto 9.2), senza peraltro connettersi «razionalmente alla peculiarità delle diverse fattispecie di licenziamento» (punto 9.3).

Inoltre, «il presupposto in esame non ha alcuna attinenza con il disvalore del licenziamento intimato, che non è più grave, solo perché l'insussistenza del fatto posto in essere può essere agevolmente accertata in giudizio» (punto 10.1), risultando perciò «eccentrico nell'apparato dei rimedi, usualmente incentrato sulla diversa gravità dei vizi e non su una contingenza accidentale, legata alla linearità e alla celerità dell'accertamento» (punto 10.2). Infine, «nel far leva su un requisito indeterminato e per di più svincolato dal disvalore dell'illecito, la disposizione censurata si riflette sul processo e ne complica taluni passaggi, con un aggravio irragionevole e sproporzionato»; per cui - in definitiva - «l'irragionevolezza intrinseca della disciplina censurata risiede, pertanto, anche in uno squilibrio tra i fini enunciati e i mezzi in concreto prescelti».

3 La Corte costituzionale non avrebbe potuto essere più netta nel censurare l'irrimediabile irragionevolezza intrinseca (anche) di questo segmento della disposizione dell'attuale articolo 18 in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, stigmatizzandone il contrasto frontale con l'art. 3 della Costituzione.

Il combinato effetto delle sentenze 59/2021 e 125/2022 è notevole, poiché nell'area nella quale il legislatore del 2012 aveva per caparbia scelta ideologica voluto massimamente restringere la possibilità di ottenere la reintegrazione nel posto di lavoro, riducendola a stretta eccezione rispetto al rimedio di tipo puramente indennitario, la tutela reintegratoria si riespande, come per contrappasso, sino a diventare - in pratica - la regola tendenzialmente applicabile in ogni caso di licenziamento per motivo oggettivo di cui si accerti la carenza del presupposto giustificativo. Infatti, come la stessa Corte costituzionale ha voluto precisare in un importante passo della motivazione, a valenza per così dire «nomofilattica», della sentenza n. 125/2022, il fatto che è all'origine del licenziamento per giustificato motivo oggettivo include le ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa (art. 3 della legge n. 604/1966) «e, in via prioritaria, il nesso causale tra le scelte organizzative del datore di lavoro e il recesso dal contratto, che si configura come *extrema ratio*, per l'impossibilità di collocare altrove il lavoratore. Al fatto si devono dunque ricondurre l'effettività e la genuinità della scelta imprenditoriale» (punto 8 del *Considerato in diritto*).

Ne consegue che potranno rientrare «nell'area della tutela indennitaria le ipotesi in cui il licenziamento è illegittimo per aspetti che, pur condizionando la legittimità del licenziamento, esulano dal fatto giuridicamente rilevante, inteso in senso stretto. In tale ambito si colloca il mancato rispetto della buona fede e della correttezza che presiedono alla scelta dei lavoratori da licenziare, quando questi appartengano a personale omogeneo e fungibile (Corte di cassazione, sezione lavoro, sentenza 19 maggio 2021, n. 13643)» (così sempre il citato punto 8). Ma al di là di tali ipotesi, per quanto significative, di illegittimità del licenziamento plurimo per giustificato motivo oggettivo per violazione dei criteri di scelta dei lavoratori, tutte le altre situazioni in cui si accerti la insussistenza del presupposto giustificativo, *i.e.* dei ricordati elementi costitutivi del fatto posto a base del recesso, rientrano nell'area della tutela reintegratoria attenuata. Esse integrano, infatti, i vizi più gravi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, «che investono il nucleo stesso e le connotazioni salienti della scelta imprenditoriale, confluita nel recesso».

4 Dunque, su questo cruciale terreno, per effetto del duplice intervento della Corte costituzionale, il significato ascrivibile oggi alla previsione dell'articolo 18, come modificato dalla legge n. 92/2012, risulta in sostanza capovolto rispetto a quello divisato dall'improvvido riformatore; ciò che, tuttavia, determina anche la conseguenza - una delle tante, ma certo delle più significative, nell'incandescente magma d'irrazionalità della vigente disciplina dei licenziamenti - che i lavoratori assunti con il cosiddetto «contratto a tutele crescenti», cui è applicabile l'art. 3, comma 1, del decreto legislativo n. 23/2015, si trovano, allo stato, in una situazione pressoché opposta rispetto a quella dei colleghi assunti prima del 7 marzo 2015, giacché, al contrario di questi, che ormai possono di regola contare sul rimedio della reintegrazione in caso di illegittimità del licenziamento intimato per ragioni oggettive, avranno a disposizione unicamente l'indennizzo risarcitorio compreso tra un minimo di 6 e un massimo di 36 mensilità della retribuzione utile ai fini del calcolo del TFR.

Un'analoga, e parimenti ingiustificata, disparità di tutela si registra, d'altra parte, anche nell'area del licenziamento disciplinare. Dopo l'importante sentenza n. 11665/2022 della sezione lavoro della Corte di cassazione, infatti, i lavoratori cui si applica l'articolo 18 potranno godere della tutela reintegratoria attenuata tutte le volte in cui il fatto per il quale siano stati illegittimamente licenziati rientri tra le condotte punibili con una sanzione conservativa alla stregua delle previsioni del contratto collettivo applicabile, anche quando tali previsioni siano formulate in modo elastico,

secondo lo schema delle clausole generali, e in assenza, quindi, come per lo più avviene, di una precisa tipizzazione delle fattispecie illecite. Come ha limpidamente chiarito la Suprema Corte, superando l'opposto orientamento restrittivo della sua stessa giurisprudenza che richiedeva (del tutto irragionevolmente) una tale specifica tipizzazione, «nel contesto di un equilibrato componimento dei diversi interessi in gioco e della specialità dell'apparato di tutele previsto dal diritto del lavoro, il discrimine tra tutela reintegratoria e indennitaria collocato nella tipizzazione degli illeciti ad opera dei contratti collettivi o dei codici disciplinari non può escludere la possibilità di una interpretazione ed applicazione giudiziale delle clausole generali o elastiche finendo per comprimere lo spazio di una interpretazione estensiva al di là della volontà dello stesso legislatore del 2012 che ha indicato, quale presupposto per l'applicazione del comma 4 dell'art. 18, la circostanza che il fatto rientri *tra le condotte punibili con una sanzione conservativa*, ma non ha privato il giudice di tutti gli strumenti che la legge gli accorda per procedere alla sussunzione in concreto del fatto accertato nella fattispecie astratta prevista dalla norma collettiva che ben può presentare elementi costitutivi che necessitano di essere inverteci attraverso la concretizzazione del valore enucleato dalla norma elastica» (punto 18.14 della citata sentenza n. 11665/2022).

Questa possibilità è invece preclusa in radice al giudice nei casi in cui trovi applicazione l'art. 3, comma 2, del decreto legislativo n. 23/2015, che ammette la tutela reintegratoria solo nel caso di acclarata insussistenza del fatto disciplinare contestato al lavoratore assunto con il contratto a tutele crescenti. Sennonché tale preclusione, con la grave disparità di tutela che ne consegue a discapito dei lavoratori assunti a far data dal 7 marzo 2015, appare del tutto ingiustificata ed in contrasto con il principio di uguaglianza e ragionevolezza ex art. 3 della Costituzione.

5 La disciplina italiana dei licenziamenti uscita dalle controriforme del 2012 e del 2015 rimane dunque afflitta da incoerenze e disparità di tutela ingiuste e irragionevoli, contrastanti con i principi costituzionali e a ben vedere irrazionali persino dal punto di vista della razionalità strumentale dell'operatore economico.

A dieci anni dalla riformulazione dell'articolo 18 dello Statuto da parte della legge Fornero possiamo, però, almeno affermare che le principali storture del labirintico apparato rimediato introdotto dal malaccorto legislatore del 2012 sono state superate e che, grazie a una rigorosa applicazione del principio di ragionevolezza da parte della Corte costituzionale, lo spazio della tutela reintegratoria del posto di lavoro si è considerevolmente allargato. Ciò che, tuttavia, acuisce al contempo la discrasia tra il regime statutario e quello previsto dal *Jobs Act*. ■

FLASH

Il governo riconosce l'una tantum di 200 euro

Con il d.l. n. 50 del 17 maggio 2022 (rubricato "Misure urgenti in materia di politiche energetiche nazionali, produttività delle imprese e attrazione degli investimenti, nonché in materia di politiche sociali e di crisi ucraina") è stato introdotto il riconoscimento del cosiddetto una tantum di 200 euro in favore dei lavoratori dipendenti pubblici e privati, da erogarsi nel mese di luglio 2022 e ad opera del datore di lavoro. L'obiettivo sarebbe quello di aiutare le famiglie in difficoltà di fronte al rincaro dei prezzi energetici e non solo, anche se 200 euro, erogati una tantum, paiono veramente pochi. Sembra più che altro una misura volta a salvaguardare i consumi nel mese estivo, a rischio stante l'aumento dei prezzi. E' dunque l'ennesima misura volta "a smuovere" il mercato, quindi in realtà a vantaggio delle imprese del settore turistico. I destinatari di tale una tantum, come detto, sono tutti i lavoratori dipendenti, sia del settore pubblico che del settore privato, con eccezione dei lavoratori domestici, che quindi non sono beneficiari della misura in questione. Inoltre, è necessario che il lavoratore non sia titolare di trattamenti pensionistici a carico di qualsiasi forma previdenziale obbligatoria, di pensione o assegno sociale, di pensione o assegno per invalidi civili, ciechi e sordomuti, nonché di trattamenti di accompagnamento alla pensione. Per questi soggetti, comunque, il d.l. n. 50 del 17 maggio 2022 ha previsto in ogni caso l'erogazione dei 200 euro a patto che nel 2021 il reddito sia stato inferiore a 35.000 euro. Altro presupposto per poter beneficiare dei 200 euro è che il lavoratore dipendente abbia goduto, per almeno una mensilità e nei primi 4 mesi del 2022, dell'esonero contributivo (per i contributi a suo carico) pari allo 0,8 introdotto dalla Legge di Bilancio 2022 per tutto il 2022 e - si ricorda - valevole per tutti coloro aventi una retribuzione imponibile di non oltre € 2.692,00 mensili. La somma in questione è erogata in via automatica a seguito della dichiarazione del dipendente di non essere titolare delle prestazioni prima indicate, oltre che di reddito di cittadinanza. Con successivo d.l. n. 73/2022, comunque, il Governo ha precisato che per i dipendenti pubblici non c'è bisogno di tale dichiarazione in quanto procederà d'ufficio alle verifiche il MEF, mediante scambio di informazioni con l'INPS nel rispetto della normativa sulla privacy. La legge precisa poi che l'una tantum di 200 euro spetta ad ogni persona per una sola volta a prescindere dal numero di rapporti di lavoro di cui è titolare. Si precisa anche che trattasi di somme che non costituiscono reddito né ai fini previdenziali, né fiscali ed, altresì, impignorabili, oltre che non cedibili, né sequestrabili.



Il risarcimento del danno per reiterazione abusiva dei contratti a termine è un “minus” rispetto alla conversione in contratto a tempo indeterminato: nuove prospettive di tutela per i precari della P.A.?

1. Il caso di specie

Con la sentenza n. 15027 dell'11 maggio 2022 la Cassazione torna a pronunciarsi in ordine alla tutela del danno c.d. eurounitario da reiterazione abusiva dei contratti a termine nel pubblico impiego.

Nel caso di specie, alcuni lavoratori, provenienti dal bacino dei lavoratori socialmente utili, venivano successivamente assunti da un Comune, lavorando alle dipendenze dell'ente attraverso numerosi contratti a tempo determinato, a decorrere dall'anno 2001. Ricorrevano, dunque, di fronte al giudice del lavoro deducendo l'illegittimità dei termini apposti e chiedendo, per l'effetto, la conversione dei contratti a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato. Nei primi due gradi di giudizio la domanda veniva rigettata. In particolare, il rigetto della Corte di Appello era motivato dall'essere la domanda di conversione per superamento del termine dei 36 mesi nuova, basandosi la pretesa originaria sull'illegittima apposizione del termine, e dall'essere nuova anche la domanda relativa al risarcimento del danno da abusiva reiterazione dei contratti a tempo determinato, in quanto mai proposta in primo grado.

A seguito di ricorso per Cassazione da parte dei lavoratori, la Suprema Corte richiama i suoi principi consolidati in materia di impugnazione dei contratti a termine nel pubblico impiego.

Innanzitutto, gli Ermellini ricordano come nel settore pubblico operi senza eccezioni il divieto di conversione in contratto a tempo indeterminato quale conseguenza della violazione di norme imperative in materia di contratto a termine, avendo il dipendente a tempo determinato diritto solamente al risarcimento del danno, ex art. 36, comma 5, D.lgs. n. 165/2001. Tale divieto risulta giustificato, per la giurisprudenza di legittimità, dalla *ratio* di rispettare l'art. 97 Cost. non solo con riferimento alla regola dell'assunzione tramite concorso pubblico ma anche di dare piena attuazione al principio generale di buon andamento della P.A., che sarebbe pregiudicato ove si procedesse a immissioni in ruolo in assenza di valutazioni in ordine ai fabbisogni di personale e senza seguire le linee di programmazione nelle assunzioni, indispensabili al fine di garantire l'efficienza della P.A. stessa e il rispetto delle esigenze di contenimento, controllo e razionalizzazione della spesa pubblica.

Sebbene, dunque, il gravame relativo alla conversione

dei contratti a termine venga ritenuto infondato in terzo grado, la Suprema Corte ritiene invece fondato quello relativo alla richiesta di risarcimento del danno per reiterazione dei contratti a termine, risarcimento cui i ricorrenti, ex art. 36, comma 5, T.U.P.I., avevano diritto. E, sotto tale aspetto, è interessante vedere come gli Ermellini superano l'eccezione di controparte, accolta in secondo grado, secondo la quale tale domanda sarebbe stata nuova e, come tale, inammissibile.

2. La natura di “surrogatio legale” della tutela risarcitoria rispetto alla tutela in forma specifica

La Cassazione rammenta come la tutela in forma specifica prevista dall'ordinamento, in caso di reiterazione abusiva di contratti a tempo indeterminato o di superamento della durata massima di legge, sia la conversione dei contratti a termine in contratto a tempo indeterminato e ciò trova conferma nella stessa giurisprudenza di legittimità, atteso che, laddove venga chiesto il risarcimento del danno ex art. 36, comma 5, T.U.P.I. per violazione delle regole sul contratto a termine, la stabilizzazione del rapporto costituisce misura sanante e reintegratoria del danno subito, quando questa trovi causa direttamente nella successione o preesistenza dei precedenti rapporti a tempo determinato (fermo restando il diritto a ottenere il risarcimento di un danno ulteriore attraverso la sua prova in giudizio). Se, allora, la richiesta di conversione è tutela in forma specifica, la domanda del risarcimento successivamente proposta non è nuova, in quanto, secondo i principi mutuati dalla giurisprudenza civilistica, la tutela per equivalente è un “minus” o “surrogatio legale”, della prima, cosicché, anche nel caso in cui il giudice condannasse al risarcimento in presenza della richiesta di conversione non incorrerebbe nel vizio di ultrapetizione. Tale principio, peraltro, è *a fortiori* applicabile nell'ipotesi in cui la reintegrazione in forma specifica non sia praticabile, come in materia di reiterazione abusiva dei contratti a termine nel pubblico impiego, ove, salvo la P.A. non provveda a una stabilizzazione che trovi diretta causa nella reiterazione stessa, vi è, come visto, il divieto di conversione, ex art. 36, comma 5, T.U.P.I., nel rispetto dell'art. 97 Cost.

3. Il c.d. danno eurounitario per reiterazione abusiva di contratti a termine nella P.A.

La Cassazione specifica, peraltro, richiamando il proprio orientamento consolidato dalle Sezioni Unite del 2016, che

il danno risarcibile in oggetto è il c.d. danno eurounitario. E infatti, il danno di cui all'art. 36, comma 5, T.U.P.I. non è determinabile facendo ricorso ai criteri previsti per il licenziamento illegittimo - per la tutela reale e per quella obbligatoria - e ciò in quanto, in caso di reiterazione abusiva di contratti a tempo determinato nel pubblico impiego, il pregiudizio non attiene alla perdita di un posto di lavoro, a causa del divieto di cui alla disposizione richiamata di conversione del contratto a termine, come invece avverrebbe nel settore privato. Diversamente, il danno attiene alla violazione della disciplina UE in materia di contratti a tempo determinato e, nella specie, della clausola 5 dell'Accordo quadro sul lavoro a termine, allegato alla Direttiva n. 99/70, come interpretata dalla Corte di Lussemburgo, in particolare nel caso Papalia.

In quella occasione, la Corte di giustizia, nel rispondere al giudice a quo, il Tribunale di Aosta, che chiedeva se l'art. 36 T.U.P.I. fosse conforme alla clausola 5, vietando esso la conversione in contratto a tempo indeterminato e riconoscendo solo il diritto al risarcimento, statuiva il principio secondo cui tale clausola ostava a una normativa interna che, nell'ipotesi di successione abusiva di contratti a termine, prevedesse soltanto il diritto del dipendente di ottenere il risarcimento del danno che egli reputasse di aver sofferto, quando tale diritto fosse subordinato all'obbligo, gravante sul lavoratore, di fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego, nel caso in cui detto obbligo avesse l'effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento UE. E infatti, affermava la Corte di Giustizia, seppure la clausola 5 lasciava agli Stati membri la discrezionalità di decidere quale misura sanzionatoria, tra quelle di cui alla medesima clausola, attuare per contrastare l'utilizzo abusivo dei contratti a termine, bisognava comunque che le misure scelte avessero un carattere non soltanto proporzionato, ma anche sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle disposizioni UE a tutela dei lavoratori a tempo determinato. E una norma che prevedeva il solo risarcimento del danno, con onere della prova a carico del lavoratore, non era tale, rendendo eccessivamente difficoltoso al dipendente l'esercizio dei propri diritti.

Alla luce di ciò, essendo la Direttiva n. 99/70 una norma “interposta” ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost., la Cassazione optava per una interpretazione adeguatrice dell'art. 36 T.U.P.I. rispetto alla richiamata clausola 5, come interpretata dalla Corte di Giustizia, formulando il principio, a cui si conforma anche la sentenza in commento, secondo il quale ai fini del detto risarcimento deve applicarsi la tutela di cui all'abrogato art. 32, comma 5, l. n. 183/2010 (c.d. Collegato lavoro), oggi contenuta nell'art. 28, comma 2, D.lgs. n. 81/2015, il quale prevede

che “il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno a favore del lavoratore stabilendo un’indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto [n.d.r. ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto nel D.lgs. n. 81/2015], avuto riguardo ai criteri indicati nell’articolo 8 della legge n. 604 del 1966”. Per la Suprema Corte ciò sarebbe sufficiente a colmare quel “deficit di tutela” creatosi per aver il legislatore posto l’onere della prova del risarcimento del danno di cui al medesimo art. 36, comma 5, T.U.P.I. a carico del lavoratore, atteso che, ricorrendosi all’indennità *de qua*, il dipendente pubblico risulta esonerato dall’obbligo probatorio e, quindi, “agevolato” nella prova del danno, salvo comunque il diritto di dimostrare di aver subito eventualmente un danno maggiore per perdita di *chances* di lavoro. E, da questo punto di vista, non vi sarebbe alcun trattamento deteriore del lavoratore pubblico rispetto a quello privato, atteso che, mentre per quest’ultimo, che pur beneficia della conversione dei contratti a termine in contratto a tempo indeterminato, l’indennità risarcitoria ex Collegato lavoro ha una funzione contenitiva rispetto a un danno che, se provato secondo le regole civilistiche, risulterebbe superiore, per il lavoratore pubblico essa, come visto, ha funzione agevolativa, traducendosi in una presunzione assoluta dell’esistenza del danno, cui eventualmente potrà aggiungersi il danno ulteriore provato, possibilità quest’ultima invece preclusa al dipendente privato.

4. Nuove speranze per la stabilizzazione dei lavoratori a termine nel pubblico impiego?

Se ci limitiamo a leggere la pronuncia in commento unicamente in relazione alla specifica vicenda processuale, il principio enunciato dalla Cassazione appare salvifico nei confronti del lavoratore “precario” della P.A.: a fronte di una domanda di conversione dei contratti a termine, il giudice accorda la tutela risarcitoria, chiesta solamente in appello, considerandola “inclusa” in quella in forma specifica ed evitando così il rigetto integrale della domanda, attesa l’ “inconvertibilità” dei contratti a termine pubblici. Tuttavia, se invece collochiamo la sentenza nel contesto del travagliato percorso delle assunzioni a termine nel pubblico impiego, essa non fa che confermare la netta preferenza dei giudici interni per la sola tutela risarcitoria nel settore pubblico a discapito della conversione in contratto a tempo indeterminato. Ebbene, ad avviso di chi scrive, si tratta di una posizione (come già più volte ribadito in altre occasioni) non condivisibile, in quanto fondata sull’idea

che il risarcimento del danno, sebbene in parte presunto nella sua esistenza, equivalga alla stabilizzazione, la quale nel settore pubblico sarebbe sostanzialmente impossibile, dovendosi rispettare i principi del concorso pubblico e del buon andamento della P.A., ex art. 97 Cost. In queste poche righe ci limitiamo semplicemente a osservare che in casi come quello di specie, ove i lavoratori hanno prestato la propria opera per la P.A. per più di 36 mesi, ossia per anni (in particolare, risulta che i ricorrenti avessero lavorato per il Comune resistente dal 2001), le competenze dei dipendenti, necessarie a superare un concorso pubblico nello specifico settore di impiego, sono già state testate e accertate a sufficienza e la loro assunzione a tempo indeterminato è da considerarsi pienamente rispettosa dell’art. 97 Cost., visto che la P.A. ha già di fatto valutato il proprio fabbisogno di personale, avendo inserito stabilmente e durevolmente tali dipendenti nel proprio organico, anche se attraverso la reiterazione di contratti a termine. Peraltro, va registrato come la Corte di giustizia, in una recente pronuncia (commentata nel numero 02/2022 di questa rivista) in materia di precariato scolastico dei docenti italiani di religione, abbia espresso, con riferimento al settore pubblico, la propria preferenza per la conversione automatica dei contratti a termine in contratti a tempo indeterminato, perché misura maggiormente efficace e dissuasiva rispetto ad altre, quali, *in primis*, il risarcimento del danno. Ciò potrebbe dar luogo a nuove prospettive in ordine alla valutazione della costituzionalità dell’art. 36, comma 5, T.U.P.I. rispetto all’art. 117, comma 1, Cost., atteso che, alla luce di tale apertura della Corte di Lussemburgo, un’interpretazione adeguatrice della prima disposizione richiamata non sarebbe più possibile, non potendosi più sostenere l’equivalenza, in casi come quello *de quo*, del risarcimento del danno rispetto alla conversione dei contratti a termine in contratti a tempo indeterminato. Del resto, è la stessa Corte di Cassazione, nella sentenza in commento, a confermare la non equivalenza tra i due rimedi in oggetto, poggiando la sua decisione sul fatto che il risarcimento costituisce un “minus” rispetto alla conversione, da cui la sua minor dissuasività ed efficacia, come dimostrato dai reiterati abusi dei contratti a termine a cui la P.A. ci ha da tempo abituati. ■

Gruppi di imprese, centro unico di imputazione e licenziamento collettivo: il punto della Cassazione

di
Letizia
Martini

Con la recente sentenza n. 13207/2022 la Suprema corte di Cassazione è intervenuta su un tema di estrema attualità che riguarda la possibilità di estendere i criteri di scelta dei lavoratori in esubero nell'ambito di una procedura di licenziamento collettivo allorché fra tutte le imprese del gruppo o comunque fra più imprese sia ravvisabile un unico centro di imputazione giuridica, prescindendo dal fatto che i dipendenti siano di fatto dipendenti dell'una piuttosto che dell'altra impresa.

L'argomento è di estremo interesse in quanto, soprattutto dalla metà degli anni 90, le imprese di medio-grandi dimensioni hanno iniziato formalmente a "smembrarsi" in imprese di più piccole, con intenti non sempre leciti e non sempre corrispondenti a reali esigenze del gruppo, quanto piuttosto al fine di sottrarsi ai vincoli imposti dalla normativa vigente a tutela dei lavoratori.

Per comprendere la portata dalla

sentenza in commento non si può prescindere dai criteri elaborati dalla più recente giurisprudenza per l'individuazione di un centro unico di imputazione del rapporto di lavoro.

Il centro unico di imputazione del rapporto di lavoro o dei rapporti giuridici, pur in presenza di imprese formalmente distinte in quanto dotate di propria ragione sociale e partita iva, secondo i canoni affermati sia dalla giurisprudenza di merito che di legittimità, si viene a configurare allorché i dipendenti, pur formalmente assunti dalle diverse imprese, in realtà, prestino la loro attività in modo promiscuo per l'una o per l'altra, al punto che è talvolta per loro stessi difficile anche individuare chi sia il loro datore di lavoro sostanziale.

Premesso che la qualificazione di un gruppo di imprese come un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro è un concetto di elaborazione giurisprudenziale, proprio la giurisprudenza di merito e di legittimità ha individuato degli elementi dalla cui ricorrenza possa

desumersi che, al di là dell'apparenza giuridica risultante dalle visure camerali, si tratti di un'unica impresa, al fine di prevenire abusi conseguenti a fittizi smembramenti di società che di fatto restano e mantengono la loro "unicità" iniziale.

Secondo la giurisprudenza, se il collegamento economico funzionale tra imprese di un medesimo gruppo non è di per sé sufficiente a far venire meno l'autonomia giuridica delle diverse società che compongono il gruppo, sono stati tuttavia valorizzati elementi di fatto nei rapporti fra le diverse società che "dissolvono" questa autonomia formale per confermare invece l'esistenza di una unica società cui le diverse imprese fanno capo, fino a perdere completamente la suddetta autonomia e tornare ad essere, nonostante l'apparenza giuridica, un'unica entità e dunque un unico centro di imputazione anche dei rapporti di lavoro che a dette (formalmente distinte società) fanno capo.

Gli elementi da cui ravvisare una unicità di imputazione del rapporto

di lavoro possono essere elementi fattuali, quali l'utilizzo degli stessi locali, l'ubicazione della sede legale nel medesimo posto, gli indirizzi mail e i numeri di telefono comuni tra i dipendenti o diversi fra di loro solo per l'interno finale, indipendentemente dall'impresa per cui lavorano, la stessa unicità degli assetti societari e dunque del capitale, la sussistenza di un unico coordinamento delle risorse e quindi un unico coordinamento amministrativo e l'impartizione delle direttive finalizzate al perseguimento di interessi comuni.

Ma soprattutto, l'elemento che è stato più valorizzato è senz'altro l'uso promiscuo dei dipendenti, che prestano la loro attività indipendentemente per l'una o per l'altra società (Cass. 31519/2019), senza alcuna formalizzazione di questo uso comune o anche mediante istituti, di per sé leciti, che, però, letti, nell'insieme degli altri elementi sopra evidenziati, possano indurre a pensare che se ne faccia un uso distorto in frode alla legge ed ai limiti in cui essa lo consente. Primo fra tutti questi strumenti è quello del distacco che nella giurisprudenza di merito è stato letto come uno strumento finalizzato ad abbassare *“il costo del personale in virtù delle più vantaggiose condizioni di impiego praticate dall'azienda acquisita dove il personale viene distaccato”*, tanto da costituire una operazione integrante gli estremi di *“una vera e propria compenetrazione di mezzi e attività talmente penetrante e articolata da essere sintomatica di un unico centro di imputazione del lavoro”* (Corte d'Appello Milano 7 novembre 2019); ed ancora più avanti si spinge il Tribunale di Teramo n. 39 del 10 gennaio 2018 che ha ritenuto che il distacco dei dipendenti fra le società

del medesimo gruppo si *“dovesse ritenere indicatore di una integrazione tra le imprese del gruppo tale da far ravvisare un unico centro imputazione dei rapporti di lavoro”* soprattutto ove protrattosi per un periodo molto lungo (vale la pena ricordare che secondo l'art. 30 del D. Lgs. 276/2003 il distacco caratterizzato dall'interesse di soddisfare un interesse del distaccante e deve avere natura temporanea, pena la sua illegittimità).

Ci si è chiesti se tutti gli elementi sopra evidenziati debbano coesistere affinché si possa parlare di un centro imputazione di un unico rapporto di lavoro o giuridico, ma alla domanda si è dato risposta negativa, tendendo a valorizzare soprattutto la promiscuità dell'impiego del personale quale elemento che, anche di per sé solo, può determinare la qualificazione di più imprese giuridicamente distinte come un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro, con le conseguenti applicazioni delle norme imperative che si applicano alle imprese il cui numero dei dipendenti è quello risultante dalla somma dei dipendenti delle imprese in cui quegli elementi siano ravvisabili.

La giurisprudenza di merito e di legittimità è, dunque, concorde nel ritenere che sussista un unico centro di imputazione giuridica e quindi la correlativa riferibilità alla società capogruppo dei rapporti di lavoratori in presenza degli elementi sopra evidenziati (Cass. n. 267/2019, Cass. 13809/2017, Cass. n. 3482/2013, Cass. n. 22927/2005 e Cass. n. 4274/2003).

La sentenza n. 13207/2022 non fa che applicare i principi sopra enunciati confermando la sentenza della Corte di Appello di Cagliari che, a propria volta, aveva confermato la decisione di primo grado, nella parte

in cui aveva dichiarato l'illegittimità del licenziamento intimato ad una lavoratrice in esito ad un procedura di licenziamento collettivo, attivata dalla formale datrice di lavoro, ritenendo sussistente un unico centro di imputazione con la società capogruppo tale per cui la procedura e l'applicazione dei criteri di scelta avrebbero dovuto riguardare tutti i dipendenti, anche quelli della *“società madre”*. La Corte d'Appello di Sassari riformava però la sentenza di prime cure, limitando la tutela a quella meramente indennitaria, anziché a quella reintegratoria disposta dal Tribunale.

La Corte di Cassazione con l'ordinanza 13207/2022, qui in commento, ha rilevato come la Corte di merito avesse confermato la valutazione di prime cure circa la configurabilità di un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro fra la società di cui era formalmente dipendente la lavoratrice in regime di distacco e la società capogruppo, formalmente distaccante.

Riteneva la Corte di Cassazione che fosse assolutamente condivisibile l'orientamento già espresso in numerosi precedenti pronunciamenti per cui non era censurabile il ragionamento del Giudice di merito che aveva ravvisato *“che gli elementi di collegamento fra le società avessero travalicato, per caratteristiche e finalità, le connotazioni di una mera sinergia per sconfinare in una compenetrazione di mezzi e attività, sintomatica della sostanziale unicità soggettiva, ai fini per cui è causa.”*. Riteneva altresì la Suprema Corte che sulla base di plurimi elementi probatori la Corte di merito aveva fatto piena *“applicazione dei principi affermati in materia da questa S.C (Cass. n. 1507/2021, Cass. n.*

267/2019, Cass. N. 7704/2018, Cass. n. 19023 del 2017, Cass. n. 13809/2017, Cass. n. 26346/2016, Cass. n. 3482/2013” in relazione alla qualificazione della sostanziale unicità della struttura aziendale, non valorizzando la mera apparenza della pluralità dei soggetti giuridici a fronte di una unica sottostante organizzazione di impresa, intesa come unico centro datoriale.

Ha ritenuto quindi la Suprema Corte che la “compenetrazione tra le strutture aziendali formalmente facenti capo a distinte società, implica la riferibilità della prestazione di lavoro ad un soggetto sostanzialmente unitario e questo accertamento assorbe il requisito promiscuo dei lavoratori da parte delle due società e consente di superare il dato formale rappresentato dal titolo giuridico in base al quale i dipendenti della (società coinvolta nella procedura di licenziamento collettivo) venivano utilizzati da quest’ultima, vale a dire il distacco ed il job posting”.

Concludeva la Corte che la conseguenza “ineludibile” dell’applicazione del principio testè enunciato, unitamente a tutti gli altri elementi caratterizzanti la sostanziale unicità del centro di imputazione giuridica di società formalmente distinte evidenziati dalle sentenze richiamate nella medesima sentenza, non poteva che essere la configurabilità “in concreto di un unico soggetto datoriale” e quindi “la necessità che la procedura (di licenziamento collettivo n.d.a.) attivata dalla società” che definiremmo “satellite” rispetto a quella capogruppo, “coinvolgesse i lavoratori in organico non solo alla detta società ma anche alla società Air Italy cioè tutti i lavoratori dell’unico complesso aziendale risultante dalla integrazione delle due società, non essendo ritualmente

dedotti e comprovati i presupposti per la delimitazione della platea dei lavoratori da licenziare al solo organico della società (satellite n.d.a), per cui la Corte di merito ha valutato l’applicazione dei criteri di scelta rispetto all’intero e unitario complesso aziendale, in aderenza al consolidato orientamento di legittimità”.

Confermava quindi l’illegittimità della procedura rigettando anche la censura sull’applicazione della tutela indennitaria.

Ci sia consentito osservare come la decisione 13207/2022 della Suprema Corte si inserisca in un orientamento ormai consolidato che ha preso atto di una situazione, come detto, ormai altamente diffusa, per cui grandi società si smembrano creandone di più piccole (il cui capitale è tendenzialmente posseduto dalla capogruppo o da altre società da essa controllate) per sottrarsi a norme imperative che hanno come fondamento il numero dei dipendenti o per abbassare il costo della manodopera, applicando contratti collettivi con trattamenti economici e normativi deteriori rispetto a quelli della società artificialmente frammentata; situazione in cui i dipendenti vengono spesso “distaccati” presso la società più piccola per rimanere, però, di fatto inseriti nella organizzazione della società più grande che ha proceduto alla creazione di società di comodo.

Questa pronuncia della Cassazione consente di ritenere che tale fittizia frammentazione, in presenza di elementi da cui si evince invece la sussistenza di un unico centro di imputazione dei rapporti giuridici, non possa in alcun modo esonerare la società che ha creato società di comodo applicandovi proprio personale con “distacchi”

o job posting, dall’osservanza della procedura prevista per i licenziamenti collettivi (così come, per quanto la fattispecie non sia esaminata dalla sentenza in commento, non possa pregiudicare la rivendicazione di un rapporto individuale di lavoro in capo al soggetto formalmente distaccante o appaltante, ma di fatto effettivo datore di lavoro da parte del singolo lavoratore), imponendo che i criteri di scelta debbano essere applicati con riferimento a tutti i dipendenti delle società, pena l’illegittimità del licenziamento ed il conseguente diritto alla tutela indennitaria.

Non possiamo che condividere gli approdi cui è pervenuta anche questa sentenza, auspicando che i controlli sulla effettiva autonomia e indipendenza delle società, specie di quella infragruppo, non sia demandata meramente al controllo giudiziale, ma anche a controlli ispettivi che possano accertare la reale ed effettiva autonomia fra le società aventi rapporti economici così “compenetrati”, al punto che il lavoratore non sa da chi è di fatto dipendente, in modo da escluderne anche la formale autonomia giuridica. ■

La misura dell'astreinte per indurre il datore a negoziare con correttezza e buona fede: il Tribunale di Vasto apre nuovi scenari per l'applicazione dell'art. 416 bis c.p.c. nelle controversie sindacali e di lavoro

di
Giovanni
Orlandini

Tra le tante storture imputabili alla recente legislazione in materia di lavoro c'è senz'altro da considerare la particolare ideosincrasia mostrata dal legislatore verso gli strumenti atti a garantire un'effettiva tutela giurisdizionale ai lavoratori subordinati. Se la riforma dell'art. 92 c.p.c. ha aggravato oltre modo il costo della giustizia a carico del lavoratore (con conseguente gravissimo pregiudizio all'effettività dei suoi diritti), è recentissimo il decreto del Ministero della giustizia che, attuando indebitamente l'art. 196 *ter* c.p.c. disp. att., preclude al sindacato la possibilità di ricorrere all'azione di classe per tutelare interessi omogenei dei lavoratori. Questa logica di "sfavore" nei confronti del lavoratore subordinato sfiora però il parossismo nel caso dell'art. 614 *bis* c.p.c., norma che, come noto, prevede uno strumento generale di coercizione indiretta degli obblighi di fare infungibili e di non fare conseguenti ad un provvedimento giudiziale di condanna (c.d. *astreinte*). La nuova disposizione, introdotta nel 2009 nel codice di procedura civile, da una parte infatti prevede che il giudice, previa richiesta della parte, unitamente al provvedimento di condanna, ordini al soggetto inadempiente di pagare una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento, al fine di indurre l'obbligato a adempiervi; dall'altra esclude espressamente l'applicabilità di tale strumento processuale alle "controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409 c.p.c.". Con il che si sono privati i lavoratori di uno strumento che proprio negli

obblighi di fare infungibili del datore potrebbe avere uno dei suoi campi elettivi di applicazione: basti pensare al suo utilizzo per ovviare comportamenti omissivi dell'obbligo di reintegra in caso di licenziamento illegittimo o per contrastare il demansionamento.

Di estremo interesse appare dunque la decisione del Tribunale di Vasto che, con decreto *ex art.* 28 SL del 16 maggio scorso, in apparente contrasto con la lettera della legge, utilizza lo strumento dell'*astreinte* per indurre il datore ad ottemperare ad un decreto di condanna per comportamento antisindacale, aprendo così scenari inediti per l'effettività della tutela giurisdizionale dell'azione sindacale e, in prospettiva, dei diritti dei lavoratori in generale.

La decisione merita attenzione anche per quanto attiene ai profili sostanziali della vicenda, ovvero per quanto vi si afferma in relazione alla configurazione della condotta antisindacale nel caso di specie. La controversia traeva origine dalla stipula di un rinnovo di accordo integrativo "separato", siglato da una società cooperativa con UILTuCS e Fisascat-CISL Abruzzo senza che la Filcams e i suoi rappresentanti aziendali fossero stati convocati per partecipare alle trattative. Ad un primo ricorso *ex articolo* 28 attivato dalla Filcams per contestare l'esclusione dal tavolo negoziale, aveva fatto seguito un accordo in sede di conciliazione con il quale la società si era impegnata a riaprire le trattative coinvolgendo la sigla sindacale originariamente esclusa e "ad avviare un confronto di rinnovo sulla base dei principi di correttezza e buona fede". Proprio considerando gli obblighi assunti con tale accordo, il

giudice di Vasto conclude per il carattere antisindacale della condotta successivamente tenuta dalla società convenuta; giacché da una parte questa si è limitata a proporre alla Filcams la mera adesione all'accordo separato, senza dunque riaprire effettivamente alcuna negoziazione su di una possibile modifica dello stesso; dall'altra, nella persona del suo Presidente, ha posto in essere una serie di comportamenti intimidatori, tesi a creare frizioni tra la Filcams ed i suoi iscritti, onde indebolire e disincentivare l'attività negoziale della prima.

All'accertamento del carattere antisindacale della condotta, consegue dunque la condanna della società ad adempiere agli impegni assunti in sede conciliativa; ovvero a riaprire la trattativa assumendo una condotta conforme ai principi di buona fede e correttezza. Il che, per il giudice vastese, significa, nello specifico, consentire al sindacato originariamente escluso dalle trattative *“di illustrare, anche alle altre sigle sindacali, le proprie richieste e le relative motivazioni”*; nonché *“nel caso di discordanze tra le posizioni... motivare in maniera puntuale le ragioni delle proprie posizioni”*. Proprio nella declinazione in termini così incisivi degli obblighi di correttezza e buona fede a carico del datore in sede di negoziazione si coglie il profilo sostanziale che merita più attenzione della decisione in commento, perché con essa si prospetta un'inedita valorizzazione dell'uso delle clausole generali per contrastare condotte datoriali solo *“formalmente”* rispettose della libertà sindacale. E' vero però che la portata innovativa della decisione, su questo piano, si riduce considerando che a queste conclusioni il giudice di Vasto giunge sulla base della lettera del verbale di conciliazione, che appunto agli obblighi di correttezza e buona fede faceva esplicito riferimento; e non già invocando tali obblighi come principi generali cui il datore deve sempre attenersi nelle relazioni con le controparti sindacali. Anzi, proprio il fondamento contrattuale degli obblighi assunti dalla società permette al giudice di superare l'obiezione della resistente per cui non sussisterebbe alcuna condotta antisindacale in caso di rifiuto a trattare con una determinata sigla sindacale. Insomma, la presenza dell'accordo di conciliazione non consente di generalizzare l'obbligo di trattare con correttezza e buona fede per contrastare il rifiuto di negoziare con una specifica organizzazione sindacale, al di là delle ipotesi in cui tale obbligo sia stato assunto in sede convenzionale; facendo così seguito alle aperture in tal senso contenute nella celebre sentenza 231/2013 della Corte costituzionale.

Ma, come premesso, il profilo più innovativo della decisione in commento si coglie sul piano strettamente processuale. Per garantire l'effettivo adempimento degli obblighi assunti con l'accordo di conciliazione, infatti, il giudice condanna la società *“a corrispondere alla FILCAMS CGIL una somma pari a 300 euro per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione dell'obbligo di riapertura delle trattative”*; ciò sulla base dell'art. 614 bis c. p.c., ravvisandone *“la sussistenza dei presupposti per la relativa operatività”*. Affermazione, quest'ultima, che può apparire sorprendente dal momento

che, come premesso, nella norma del codice di procedura civile è espressamente prevista la sua inapplicabilità alle controversie di lavoro.

Manca una motivazione che spieghi come, nonostante la preclusione di legge, il giudice sia giunto a considerare sussistenti i presupposti per l'operatività della norma nel caso di specie. E' evidente, tuttavia, l'implicita ammissione che una controversia per condotta antisindacale ex art. 28 non sarebbe riconducibile alla nozione di *“controversie di lavoro”* cui l'art. 614 bis si riferisce; e, d'altra parte, il procedimento per condotta antisindacale non è riconducibile alle controversie di cui all'art. 409 c.p.c., norma richiamata dall'art. 614 bis (seppur, sembra, al solo fine di identificare la fattispecie della collaborazione coordinata e continuativa). Quella del giudice vastese è dunque una conclusione più che condivisibile, giacché il procedimento ex art. 28 dello Statuto è funzionale a tutelare gli interessi ed i diritti di cui è titolare il sindacato, e solo indirettamente ed eventualmente produce i suoi effetti sui rapporti di lavoro (in virtù del possibile carattere plurioffensivo della condotta censurata). Certo è che una simile condivisibile lettura della norma rende ancora più fondati i dubbi di incostituzionalità della stessa avanzati dalla dottrina sia lavorista che processualista: non si vede infatti perché il ricorso all'*astreinte* debba continuare a restare precluso al singolo lavoratore e concesso al sindacato; considerando, per altro, che a quest'ultimo l'art. 28 garantisce già uno strumento di coercizione indiretta, consistente nella sanzione penale dell'art. 650 c.p.

I dubbi di incostituzionalità della norma non sono certo fuggiti dalle deboli contro-argomentazioni avanzate da una parte (in vero minoritaria) della dottrina e fucacemente emerse in giurisprudenza. Opinabile appare in particolare la giustificazione addotta dal Tribunale di Milano per negare la rimessione davanti alla Corte costituzionale della norma in questione (sentenza del 19 dicembre 2018). Secondo il giudice meneghino *“la disposizione non risulta porsi in contrasto con l'assetto costituzionale dovendosi a tal fine rammentare che l'ordinamento attribuisce una specifica rilevanza costituzionale a entrambe le posizioni giuridiche soggettive coinvolte nel rapporto di lavoro, tutela specifica che non risulta conciliabile con la previsione in commento”*: un argomento, questo, avallato da chi rinviene nell'art. 41 Cost. la giustificazione ultima della preclusione ai lavoratori subordinati dell'*astreinte*. In sostanza sarebbe costituzionalmente giustificato negare ai lavoratori subordinati l'accesso allo strumento di coercizione indiretta per preservare l'imprenditore dai costi potenzialmente ingenti che tale strumento può comportare. Ma si tratta, con ogni evidenza, di un argomento implausibile, dal momento che con esso si sovverte la *ratio* di fondo dell'intero sistema di tutele lavoristiche il quale, anche sul piano processuale, dovrebbero fondarsi sul riconoscimento del lavoratore come parte debole del rapporto. Non si vede infatti perché l'attenzione alle esigenze dell'impresa dovrebbe valere solo a danno del lavoratore e non valere quando gli obblighi conseguenti ad una condanna

devono essere adempiuti nei confronti di qualsiasi altro creditore. Come da più parti osservato in dottrina, ciò che giustifica l'esclusione dell'*astreinte* è la presenza di elementi di coinvolgimento personale dell'obbligazione, non ammettendosi strumenti di coercizione della libertà individuale; ma non sussistendo alcun elemento del genere nelle obbligazioni di fare del datore di lavoro, attenendo queste al suo patrimonio e non alla sua persona, ne deriva la chiara irragionevolezza della disparità di trattamento con le altre obbligazioni dello stesso genere.

La lesione del principio di uguaglianza della norma diventa poi ancora più evidente se si considera che la preclusione riguarda le sole controversie di lavoro subordinato o parasubordinato, ma non quelle relative al lavoro autonomo *tout court*. Con il risultato, davvero paradossale, non solo di assicurare una tutela processuale più favorevole per i lavoratori contrattualmente più forti, ma anche di rendere possibile il ricorso alla coercizione indiretta da parte del committente, per ottenere l'esecuzione in forma specifica di obblighi che attengono non già al patrimonio, ma alla persona del debitore-lavoratore.

Abenvedere, la Corte costituzionale ha già implicitamente riconosciuto che la scelta del legislatore del 2009 privi in maniera irragionevole i lavoratori di un fondamentale strumento processuale. Lo ha fatto nella sentenza n. 29/2019 con la quale ha avallato l'interpretazione delle Sezioni Unite della Cassazione in merito alla qualificazione dell'obbligo di reintegrazione patrimoniale conseguente

ad una condanna per interposizione illecita, in termini di retribuzione e non di risarcimento (Cass. S.U. n. 2990/18); un'interpretazione "*costituzionalmente orientata*", che permette al lavoratore di ottenere un effetto equivalente all'*astreinte* a fronte del rifiuto illegittimo del datore di ricevere la prestazione, ovviando appunto in questo modo agli effetti evidentemente iniqui della deroga prevista dall'art. 416 bis c.p.c.

D'altra parte, le (pur timide) aperture della Corte costituzionale nei confronti dei danni punitivi nell'ambito delle controversie di lavoro, percepibili anche nelle sentenze attinenti alla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo, rendono *a fortiori* ammissibili strumenti di coercizione indiretta finalizzati ad ottenere una tutela in forma specifica nelle controversie di lavoro. Se infatti lo scopo di deterrenza è per la Corte legittimamente valorizzabile in sede di quantificazione del danno subito dal lavoratore, la stessa finalità non può non valere a legittimare uno strumento teso ad evitare che il danno si produca.

C'è dunque da sperare che la decisione in commento apra la strada ad una futura rimessione dell'art. 416 bis c.p.c. alla Corte costituzionale, in modo da permettere ai Giudici delle leggi di eliminare dall'ordinamento un *vulnus* al principio di uguaglianza il cui significato politico è condensato nel laconico commento con cui Andrea Proto Pisani qualificò l'opzione del legislatore del 2009: "*una scelta tipicamente classista*". ■

FLASH

Se la Corte costituzionale finisce (come datore) davanti al giudice del lavoro: l'inedito esito di una controversia sindacale

Sta prendendo una piega a dir poco sorprendente una controversia che vede opposta la Cgil e (nientemeno che) la Corte costituzionale, vertente sulla supposta violazione da parte di quest'ultima dei diritti di informazione e consultazione sindacale. La questione si iscrive in un peculiarissimo quadro normativo che caratterizza il rapporto di lavoro dei dipendenti della Corte, i quali (analogamente a quanto avviene per i dipendenti del Parlamento) sono assoggettati ad un regime speciale definito da atti adottati dalla stessa Corte, sul cui rispetto vigila un Collegio interno di primo e di secondo grado (c.d. autodichia). A tale collegio si è rivolta la Cgil contestando alla Corte di aver proceduto alla revisione del regolamento dei servizi e del personale (che, in attuazione della L. 87/53 disciplina appunto i rapporti di lavoro dei suoi dipendenti) senza averla informata e consultata con i tempi e le modalità debite per permetterle di incidere sul processo decisionale, come prevista da un Protocollo sulle relazioni sindacali del 2005 firmato dal Presidente della stessa Corte. Il regolamento che istituisce il Collegio giudicante gli attribuisce però solo competenze in merito a provvedimenti relativi al personale, e non prevede un'azione analoga a quella dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori per contestare condotte antisindacali (e in generale, non consente ricorsi avverso comportamenti commissivi o omissivi non tradotti in provvedimenti). Per questo motivo, nel rivolgersi al Collegio la ricorrente ha chiesto che questo adotti un'interpretazione adeguatrice del regolamento che permetta di sopperire a tale lacuna, in sé lesiva sia della libertà sindacale sancita dall'art. 39 Cost. sia del generale principio della tutela giurisdizionale dei propri diritti garantito dall'art. 24 Cost.; oppure, nel caso ritenesse non percorribile la via interpretativa, che sollevi davanti alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale delle norme che negano la tutela giurisdizionale dei diritti del sindacato (ovvero della l. 87/53 e dei regolamenti interni che ne costituiscono attuazione). Il Collegio non ha accolto né l'una né l'altra richiesta e non ha neppure deciso nel merito la controversia in senso avverso alla ricorrente. Si è infatti sorprendentemente dichiarato incompetente ed ha declinato la propria giurisdizione a favore del giudice del lavoro, riconoscendo che i regolamenti interni della Corte, nel limitare le sue competenze agli atti relativi al personale, escludono le relazioni sindacali dall'ambito di applicazione dell'autodichia. Se il sindacato ritiene lese le sue prerogative dalla condotta della Corte, dunque, ben può rivolgersi al giudice del lavoro ricorrendo sulla base dell'art. 28 dello Statuto. D'altra parte non sussistono i presupposti per un giudizio di costituzionalità, non potendo questo riguardare atti "interni" della Corte che (come il regolamento sul personale) sono espressione della sua autonomia. La partita dunque non è chiusa; anzi è appena cominciata. Spetterà al giudice del lavoro risolvere questa controversia anomala e del tutto inedita, che espone i Giudici delle leggi al rischio di una imbarazzante censura per condotta antisindacale.

La CGUE si pronuncia sul dumping previdenziale di Ryanair: una vittoria di Pirro?

di
Maria Grazia
Lombardi

La Corte di Giustizia torna a pronunciarsi sulla legislazione applicabile ai lavoratori assunti da compagnie aeree - nella specie Ryanair - e il cui rapporto di lavoro, di conseguenza, presenti elementi di internazionalità. L'occasione del giudicato in commento è il rinvio pregiudiziale da parte della Corte di Cassazione, all'esito di un ricorso presentato da INPS e INAIL avverso sentenza d'appello che aveva escluso l'applicabilità della legislazione previdenziale italiana. La vicenda processuale, riedizione di alcune cause simili che in tutta Europa hanno opposto istituzioni nazionali (e lavoratori) alla compagnia irlandese, presenta tuttavia elementi di novità relativi alla rilevanza delle certificazioni E101 rispetto al più ampio tema della legislazione previdenziale applicabile ed a dispetto del focus motivazionale che - a partire dall'ordinanza di rimessione della Cassazione, per giungere all'argomentazione della corte di Lussemburgo - sembra lasciare in ombra tale aspetto.

A parte quello approdato in corte di Giustizia, numerosi ricorsi giurisdizionali si sono susseguiti negli ultimi anni a seguito di una complessa attività ispettiva, condotta, a partire da massive operazioni iniziate circa dieci anni fa, in diversi aeroporti sul territorio nazionale, e di conseguenza dagli esiti caratterizzati da vistose oscillazioni giurisprudenziali in una materia ancora fluida dal punto di vista interpretativo.

Scontate alcune differenze di impostazione, il *thema decidendum* delle varie azioni in giudizio è sempre stato quello dell'individuazione della legislazione applicabile ai

lavoratori di cui si discute, ed a prescindere dal fatto che le azioni nei confronti della compagnia, nel caso italiano e a differenza di quanto accaduto in altri stati UE, siano state intentate da enti di vigilanza (INL, INPS e INAIL), piuttosto che da lavoratori. La richiesta di Ryanair relativa all'applicazione del diritto irlandese ai rapporti di lavoro dei dipendenti coinvolti nei vari accertamenti ispettivi in parola, soprattutto in proiezione assicurativa, si è sempre basata sul principio "*lex loci laboris*", regola generale vigente in materia previdenziale e derogata solo in casi eccezionali (per esempio in caso di distacco, in cui i contributi continuano ad essere versati nello stato d'origine del lavoratore e non nello Stato dove egli presta temporaneamente la propria attività), sul presupposto che il luogo di lavoro sia l'Irlanda (e, più precisamente, gli aeromobili immatricolati in Irlanda e considerati territorio irlandese ai sensi della normativa internazionale che regola l'aviazione civile).

Le fonti che disciplinano la materia sono costituite da alcuni regolamenti in materia previdenziale, in primo luogo il Reg. CEE 1408/71 "*relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della comunità*", ai sensi del quale la legislazione generalmente applicabile è quella dello Stato membro sul territorio del quale l'interessato esercita la sua attività subordinata o autonoma, e nel caso di lavoratori dipendenti da imprese che esercitano trasporto per via aerea si applica il diritto dello stato di bandiera della compagnia, salvo deroghe "in

situazioni specifiche che giustifichino un altro criterio di pertinenza". Le due deroghe specificamente considerate dal Regolamento sono possibili quando i lavoratori dipendano da una succursale o da una rappresentanza permanente dell'impresa in questione in territorio italiano, o quando gli stessi siano occupati prevalentemente nel territorio dello Stato membro nel quale risiedono.

Le Corti pronunciate sui contenziosi aperti in Italia - con alcune eccezioni - non hanno riconosciuto operanti le deroghe all'applicabilità della legislazione del Paese di stabilimento previste dal citato regolamento. In particolare, di questo avviso è anche la Corte d'Appello di Brescia, nella sentenza poi impugnata in Cassazione e alla base del rinvio pregiudiziale.

Il merito della controversia riguardava la pretesa di INPS e INAIL, all'esito di alcune ispezioni, che 219 dipendenti della Ryanair, assegnati alla base di servizio presso l'aeroporto di Orio al Serio (BG), dovessero essere assicurati in Italia (e che quindi fossero dovuti i contributi previdenziali all'INPS, per il periodo compreso tra il giugno 2006 e il febbraio 2010, e i premi assicurativi a favore di INAIL per il periodo compreso tra il 25 gennaio 2008 e il 25 gennaio 2013). Ryanair aveva contestato tale pretesa, producendo - tardivamente rispetto alla richiesta degli enti italiani - certificati E101 rilasciati dall'istituzione irlandese competente, attestanti che la legislazione previdenziale irlandese era applicabile ai dipendenti ivi indicati. Il giudice di appello investito della controversia, e chiamato dunque ad esaminare detti certificati, in primo luogo ne ha accettato la produzione tardiva sul presupposto della decisività di tale documentazione ai fini della decisione della controversia, per constatare successivamente che essi non coprivano tutti i 219 dipendenti della Ryanair assegnati all'aeroporto di Orio al Serio per tutti i periodi interessati, e affrontare la questione della legislazione applicabile solo in riferimento ai dipendenti sprovvisti di E101. In merito, la corte d'appello ha escluso nel caso di specie che ricorressero i criteri di collegamento per determinare l'applicazione della legislazione italiana, in quanto Ryanair non avrebbe avuto in Italia quella "succursale" o "rappresentanza permanente" per fissare l'obbligo assicurativo in Italia, e tantomeno una "base di servizio" ai sensi del Regolamento 3922/91 (riguardato come fonte di armonizzazione di regole tecniche relative al settore aereo e solo dopo esteso all'ambito previdenziale in virtù di una fonte successiva, il reg. 883/2004, come modificato dal Reg. 465/2012). Pertanto, secondo il giudice di appello, si sarebbe dovuta applicare la legislazione irlandese.

La corte di Cassazione, investita del ricorso avverso tale decisione, ha perciò coinvolto il giudice comunitario, nella convinzione (punto 12 dell'ordinanza di rimessione) che

oltre alla sussistenza del criterio di collegamento della succursale o rappresentanza permanente (ex art. 14, punto 2, lett. a), i), Reg. 1408/71), andasse vagliata la ricorrenza in concreto anche quello dell'occupazione prevalente del lavoratore all'interno di uno stato in cui l'impresa datrice di lavoro non abbia tale sede secondaria (ex art. 14, punto 2, lett. a), ii), Reg. 1408/71), non esaminato dalla corte d'appello di Brescia. È interessante notare come la prospettazione del rinvio pregiudiziale faccia perno proprio sull'interpretazione della nozione di "occupazione prevalente" di un lavoratore sul territorio di un determinato stato membro, revocando in dubbio che essa possa coincidere con la nazionalità dell'aereo, dato che la disposizione è costruita come eccezione rispetto al criterio del luogo in cui il datore di lavoro ha la propria sede e pertanto "andrebbe interpretata come [...] luogo in cui avviene la parte pregnante dell'attività di lavoro, escludendo quella resa a bordo dell'aereo", e tale eccezione è collegata alla finalità di far prevalere sul criterio di collegamento del luogo in cui il datore di lavoro ha la propria sede, quella del luogo in cui effettivamente si realizzano gli aspetti essenziali della prestazione lavorativa, "soluzione che meglio garantisce l'effettivo controllo da parte degli enti preposti sul rispetto delle misure di sicurezza sociale, la loro piena operatività e la migliore fruizione delle prestazioni sociali da parte degli interessati" (punto 18 ordinanza di rimessione). La Cassazione chiede pertanto alla CGUE se la nozione di persona occupata prevalentemente nel territorio dello Stato membro nel quale risiede può interpretarsi analogamente a quella di "luogo in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività" ai sensi del Reg. (CE) 44/2001 (art. 19, punto 2, lett a), dettato in materia di cooperazione giudiziaria in materia civile, giurisdizionale e di materia di contratti individuali di lavoro e che, elemento cruciale dell'argomentazione della Corte italiana, la CGUE ha valorizzato costantemente nella giurisprudenza relativa alla legislazione applicabile al personale di volo. (Nogueira e a. (C168/16 e C169/16, EU:C:2017:688, punto 57), Schlecker, C64/12, EU:C:2013:551, punto 31).

"Non viene, qui, in rilievo la questione della vincolatività dei certificati E101", afferma la Cassazione, consapevole di un indirizzo giurisprudenziale (e regolativo, per la verità - cfr. punto 20 della sentenza e fonti ivi cit.) estremamente rigido in materia, che dall'esistenza di tali certificazioni deduce in modo diretto e formalistico il radicamento della posizione previdenziale in un determinato stato, senza indagini ulteriori, eventualmente rinviate ad un momento successivo alla contestazione di tali certificati innanzi agli organi competenti. Ma il tentativo piuttosto palese di spostare il focus della discussione sulla disciplina sostanziale non poteva che fallire rispetto alla posizione oltranzista della Corte di giustizia sul valore da riconoscere

ai certificati in parola. E infatti la stessa conduce la propria analisi sul diritto applicabile solo rispetto ai lavoratori non coperti da E101, dando per scontato che per quelli iscritti in Irlanda si applichi la legislazione irlandese.

L'intelligente prospettazione del giudice del rinvio, che attraverso la valorizzazione della nozione di "persona occupata prevalentemente nel territorio dello Stato membro nel quale risiede" e della relativa giurisprudenza UE, richiama l'indirizzo favorevole in tal caso all'applicazione della legislazione dello stato di occupazione prevalente, viene ricondotta dalla Corte di Giustizia al piano più ampio della legislazione previdenziale applicabile, sul presupposto che spetti alla Corte *"trarre, dall'insieme degli elementi forniti dal giudice nazionale e, in particolare, dalla motivazione della decisione di rinvio, gli elementi del diritto dell'Unione che richiedono un'interpretazione, tenuto conto dell'oggetto della controversia"* (punti 47 e 48). Da tale punto in poi, l'iter argomentativo seguito dalla corte si dipana in modo piano dalle fonti euro-unitarie, in una meticolosa disamina della successione fra di esse. In primo luogo, dunque, e per quanto concerne i periodi disciplinati dal regolamento n. 1408/71, rammentando come l'applicazione di tale disposizione richiede che siano soddisfatte due condizioni cumulative, vale a dire, da un lato, che la compagnia aerea interessata disponga di una succursale o di una rappresentanza permanente in uno Stato membro diverso da quello in cui essa ha la propria sede e, dall'altro, che la persona di cui trattasi sia alle dipendenze di tale entità. E' a questo punto interessante la precisazione della Corte riguardo in riferimento alla prima delle condizioni richiamate, identificata giusta una sovrapposizione fra le nozioni di «succursale» e di «rappresentanza permanente», da intendere entrambe come riferite a una *"forma di stabilimento secondario che presenti carattere di stabilità e continuità al fine di esercitare un'attività economica effettiva e che disponga, a tal fine, di mezzi materiali e umani organizzati nonché di una certa autonomia rispetto allo stabilimento principale"*.

Quanto alla seconda condizione, la Corte ha sottolineato che il rapporto di lavoro del personale di volo di una compagnia aerea presenta un collegamento significativo con il luogo a partire dal quale tale personale adempie principalmente le sue obbligazioni nei confronti del datore di lavoro e cioè, rispetto ai fatti di causa, la cd. "crew room", il locale destinato ad accogliere l'equipaggio della Ryanair.

Per quanto poi concerne i periodi disciplinati dal regolamento n. 883/2004, la Corte ricorda il principio secondo il quale la persona che di norma esercita un'attività subordinata in due o più Stati membri è soggetta alla legislazione dello Stato membro di residenza, qualora essa eserciti una parte sostanziale della sua attività in tale Stato membro. La Corte precisa che, per determinare se una parte

sostanziale delle attività sia svolta in uno Stato membro, si tiene conto, nel caso di un'attività subordinata, dell'orario di lavoro e/o della retribuzione e che ciò non si verifica se tali criteri sono soddisfatti in misura inferiore al 25%.

Di conseguenza la Corte giudica che qualora, durante i periodi in questione, i dipendenti della Ryanair assegnati all'aeroporto d'Orio al Serio non coperti dai certificati E101 abbiano svolto una parte sostanziale della loro attività in Italia, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare, si applica la legislazione previdenziale italiana. Pertanto, ove tale verifica dia esito negativo, la legislazione italiana non sarà comunque applicabile.

Infine, la Corte ricorda che, dal 2012, il regolamento n. 883/2004 prevede una nuova norma, secondo la quale l'attività di un membro dell'equipaggio di condotta o di cabina, che presta servizi di trasporto passeggeri, è considerata come attività svolta nello Stato membro in cui si trova la base di servizio, *"la quale consiste nel luogo designato dall'operatore per il membro dell'equipaggio, in cui quest'ultimo inizia e conclude normalmente un periodo di servizio o una serie di periodi di servizio e in cui, in circostanze normali, l'operatore non è tenuto ad alloggiare tale membro dell'equipaggio"*. Di conseguenza, la Corte giudica che il locale destinato ad accogliere l'equipaggio della Ryanair di stanza presso l'aeroporto d'Orio al Serio costituisce una base di servizio, di modo che, conclude, *"i dipendenti della Ryanair non coperti dai certificati E101 ivi assegnati sono soggetti, in forza del regolamento n. 883/2004, alla legislazione previdenziale italiana"*. E' evidente nelle argomentazioni conclusive la distanza fra il piano sostanziale - le norme citate affermano inequivocabilmente l'applicazione della legislazione dello stato in cui si trova la base di servizio - e la soluzione formalistica accolta, in virtù della quale la legislazione previdenziale applicabile prescinde completamente dalla realtà dei fatti e risulta sostanzialmente determinata dalla volontà delle istituzioni previdenziali nazionali che rilascino i certificati E101, e almeno fino a quando tali certificazioni non siano ritirate. Cio' è particolarmente evidente se solo si pensi al fatto che i dipendenti Ryanair coperti dalle certificazioni, e quelli per cui tali certificati non sono stati prodotti, svolgevano presumibilmente le stesse attività, negli stessi luoghi, e con modalità simili - dato che una differenziazione sostanziale sarebbe stata valorizzata, altrimenti, nell'iter giurisdizionale approdato in corte di Giustizia. Ciò nonostante, il loro trattamento previdenziale, la misura dei loro obblighi e dei loro diritti, più che dipendere da considerazioni sostanziali pure accolte nei regolamenti dell'Unione sulla sicurezza sociale, poggiano sulle decisioni degli enti di previdenza nazionale. ■