

R.G. n. 5797/2018

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI MILANO
Sezione del lavoro

Il Giudice del lavoro del Tribunale di Milano, Luigi Pazienza, a seguito della udienza di discussione del 19.05.2021;

pronunzia la seguente

SENTENZA

nella controversia individuale di lavoro

Tra

, rappresentata e difesa dagli Avv. C. De Marchis, C. Correnti, D. Graziani e G. Pividori;

E

“FALLIMENTO CONSULMARKETING s.p.a.”, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv. c. Morpurgo e A. Menicatti

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con ricorso ex art. 1, comma 51, L. n. 92/2012 depositato in data 1.06.2018 , nel proporre opposizione avverso l'ordinanza del Tribunale di Milano – Sezione Lavoro del 18.05.2018 , con la quale, a conclusione della fase sommaria del giudizio, veniva dichiarata



la inammissibilità delle domande formulate, ha convenuto nuovamente la Consulmarketing s.p.a. chiedendo di riformare l'ordinanza resa dal Tribunale di Milano e formulando le seguenti conclusioni: " In via preliminare dichiarare ammissibile e procedibile il ricorso ex art. 1, co 48 promosso dall'opponente, ritenere l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 18 legge 20 maggio 1970 n. 300 al licenziamento della Sig.ra [redacted] per i motivi di cui al ricorso in opposizione, se del caso, voglia sospendere il presente giudizio al fine trasmettere il fascicolo di causa alla cancelleria della Corte Costituzionale ritenuta rilevante e non manifestamente infondata la prospettata questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, 2° co del d.lgs 4 marzo 2016 n. 23 nella parte in cui in forma ingiustificata ed in violazione dei principi e dei criteri direttivi della legge delega, contenuti nell'art. 1, 7° co della legge 183/2014, e, quindi, in violazione degli artt. 3, 4, 35, 75 e 76 Cost., si dispone l'esclusione dalla tutela generale avverso i licenziamenti costituita dall'art. 18 legge 20 maggio 1970 n. 300, applicabile per effetto della trasformazione del rapporto, ai lavoratori subordinati già occupati con contratti di lavoro a tempo determinato, instaurati in data antecedente alla data di entrata in vigore della legge, aventi un diritto alla prelazione nelle assunzioni a tempo indeterminato e per l'effetto, ritenuta la nullità e/o l'illegittimità e comunque l'inefficacia del licenziamento intimato alla parte opponente per i motivi di cui al ricorso per l'effetto disporre nei confronti della società convenuta la reintegra nel posto di lavoro ai sensi dell'art. 2, 1° co del d.lgs 23/15 della [redacted] condannando altresì la Consulmarketing s.p.a. al pagamento in favore della parte opponente dell'indennizzo nella misura massima di giustizia della retribuzione globale di fatto. In via subordinata, ritenuta la nullità e/o l'illegittimità e comunque l'inefficacia del licenziamento intimato alla [redacted] per i motivi di cui al ricorso, ferma la risoluzione del rapporto di lavoro, condannare la Consulmarketing s.p.a. al pagamento in favore della parte istante dell'indennizzo nella misura massima di 24 mensilità o nella diversa misura di giustizia della retribuzione globale di fatto. In via subordinata e disposta, se del caso, la conversione del rito Ritenuta la nullità e/o l'illegittimità e comunque



l'inefficacia del licenziamento intimato alla parte opponente per i motivi di cui al ricorso per l'effetto disporre, se del caso previa disapplicazione della norma interna incompatibile con la direttiva 98/69/CE nei confronti della società convenuta la reintegra nel posto di lavoro della [redacted] condannando altresì la Consulmarketing s.p.a. al pagamento in favore della parte istante dell'indennizzo nella misura massima di giustizia della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto. In via ulteriormente gradata, ritenuta la nullità e/o l'illegittimità e comunque l'inefficacia del licenziamento intimato alla [redacted] per i motivi di cui al ricorso per l'effetto, ferma la risoluzione del rapporto di lavoro, condannare la Consulmarketing s.p.a. al pagamento in favore della parte istante dell'indennizzo nella misura adeguata di giustizia nella misura dalla cessazione del rapporto alla effettiva cessazione dello stato di disoccupazione o comunque nella misura massima di 24 mensilità o nella diversa misura di giustizia della retribuzione globale di fatto e, se del caso, nella misura prevista dal combinato disposto degli artt. 3 e 10 del d.lgs 4 marzo 2015 n. 23".

Si costituiva in giudizio la Consulmarketing s.p.a. chiedendo il rigetto delle domande.

A seguito della interruzione del processo per il fallimento della resistente, il giudizio veniva riassunto nei confronti della "Fallimento Consulmarketing spa", la quale si costituiva in giudizio chiedendo il rigetto delle domande della

A seguito della sospensione del giudizio per il rinvio pregiudiziale operato dal Tribunale in favore della Corte di Giustizia Europea con ordinanza del 5.08.2019, il giudizio veniva riassunto nuovamente dalla difesa della ricorrente successivamente alla pubblicazione della pronuncia della Corte di Giustizia del 17.03.2021.

Si costituiva in giudizio il Fallimento Consulmarketing insistendo nel rigetto delle domande.



Le domande della ricorrente dirette alla declaratoria di illegittimità del licenziamento nell'ottica della reintegrazione attenuata sono fondate e meritano di essere accolte.

Il primo profilo interpretativo sul quale occorre deliberare è rappresentato dal tipo di tutela da applicare alla vicenda in esame: infatti il giudice di prime cure ha ritenuto applicabile al caso che ci occupa la disciplina del Jobs Act, nonostante la circostanza che la ricorrente al momento del licenziamento, a seguito di una trasformazione volontaria del rapporto a termine in rapporto a tempo indeterminato perfezionata successivamente al 7 marzo 2015, fosse titolare di un contratto a tempo indeterminato con decorrenza iniziale a partire dal 2013.

Nella vicenda in esame vengono in rilievo principi e profili di diritto comunitario e di diritto costituzionale che sono ben intrecciati. Il compito del Giudice nazionale è quello di costruire, nel rispetto della autonomia dei singoli ordinamenti, un percorso ermeneutico che in relazione al caso concreto riesca a coniugare nel modo migliore i principi comunitari, le direttive comunitarie, le norme costituzionali e la normativa nazionale nell'ottica del rapporto collaborativo che deve caratterizzare i giudici nazionali ed europei.

Le disposizioni normative rilevanti ai fini della decisione

La prima disposizione normativa che rileva è prevista dal secondo comma dell'art. 1 del decreto legislativo n. 23/2015 che così statuisce: "Le disposizioni di cui al presente decreto si applicano anche nei casi di conversione, successiva all'entrata in vigore del presente decreto, di contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato".

L'art. 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione statuisce che *"tutte le persone sono uguali davanti alla legge"* intendendosi per "legge" il complesso di norme che caratterizzano il sistema normativo dell'Unione. Il principio *de quo* deve, quindi, trovare piena applicazione con riferimento ai licenziamenti collettivi: i lavoratori che prestano attività in forza di identiche



tipologie contrattuali vengono sottoposti allo stesso tempo ad una procedura selettiva nella quale rilevano professionalità omogenee e criteri oggettivi selettivi che trovano applicazione nella medesima azienda in una stessa frazione temporale. Un fattore che deve essere considerato ai fini di assicurare un omogeneo trattamento è rappresentato, relativamente alla fattispecie rimessa al vaglio di questo Giudicante, dall'esigenza di ritenere che l'esperienza lavorativa di un lavoratore assunto con contratto di lavoro a termine non venga trattata in forma diversa rispetto ad un lavoratore assunto a tempo indeterminato. Tale principio è espressamente sancito chiaramente dall'art. 4 della direttiva 99/70/CE.

Secondo la giurisprudenza dell'Unione il principio di non discriminazione per i lavoratori assunti a termine esclude, *"in generale ed in termini non equivoci"*, qualsiasi *disparità di trattamento non obiettivamente giustificata nei confronti dei lavoratori a tempo determinato, "sicché la stessa ha carattere incondizionato e può essere fatta valere dal singolo dinanzi al giudice nazionale, che ha l'obbligo di applicare il diritto dell'Unione e di tutelare i diritti che quest'ultimo attribuisce, disapplicando, se necessario, qualsiasi contraria disposizione del diritto interno"* (Corte di Giustizia 8 settembre 2011, C-177/10; Corte di Giustizia 15 aprile 2008, C- 268/06; Corte di Giustizia 13 settembre 2007, C-307/05). Il dedotto principio di non discriminazione non può essere interpretato in modo restrittivo, né assume una rilevanza ai fini della diversità di trattamento la natura del datore di lavoro, poichè la disparità *"può essere giustificata solo da elementi precisi e concreti di differenziazione che contraddistinguano le modalità di lavoro e che attengano alla natura ed alle caratteristiche delle mansioni espletate"* (Corte di Giustizia 18 ottobre 2012, cause riunite C-302/11 e C-305/11). Nella procedura di licenziamento collettivo le mansioni comparate nello stesso procedimento sono omogenee e l'anzianità lavorativa non può quindi essere diversamente valutata con riferimento alla sanzione applicabile a seconda del tipo contrattuale. La presente controversia afferisce ad un licenziamento collettivo rispetto al quale trovano applicazione gli art. 1, secondo comma e 10 del D.lgs 4 marzo 2015 n. 23.



Alla ricorrente , infatti, originariamente assunta con un contratto di lavoro a termine in data antecedente al 7 marzo, ossia in data 14 gennaio 2013, è stata disposta una trasformazione del contratto di lavoro a termine in rapporto di lavoro a tempo indeterminato in data successiva, con conseguente applicazione della disciplina del cd. contratto di lavoro a tutele crescenti.

La data di costituzione del rapporto determinerebbe l'applicazione del regime previsto dall'art. 18 Stat. Lav., in quanto antecedente al 7 marzo 2015: tuttavia la circostanza che il rapporto di lavoro sia stato trasformato a tempo indeterminato in data 31.03.2015, ossia in una data successiva al 7 marzo 2015 comporterebbe l'applicazione della nuova normativa in forza della previsione del secondo comma dell'art. 1 che estende ai rapporti di lavoro trasformati il campo di applicazione della nuova disciplina.

Il riferimento temporale introdotto dal d.lgs. 23/15 rileva direttamente ai fini della decisione della controversia, in quanto la data di costituzione del rapporto e la conversione del rapporto determinano la scelta del regime normativo applicabile.

I licenziamenti collettivi sono sottoposti dall'art. 10 del d.lgs 23/15 ad un regime sanzionatorio meramente indennitario e oggettivamente differente in senso peggiorativo rispetto a quello previsto dall'art. 5, 3° co. della legge 23 luglio 1991 n. 223, novellato dalla legge 92/12, che contempla in particolare per la ipotesi di violazione d ei criteri di scelta la reintegrazione nel posto di lavoro ed il risarcimento del danno sino ad un massimo di dodici mensilità, oltre il versamento dei contributi. Assume, pertanto, rilevanza nella prospettiva della coesistenza di due regimi con riferimento a tale tipologia di licenziamento il vaglio della conformità del nuovo regime meramente indennitario con il diritto dell'Unione e con la Costituzione.

I numerosi profili di contrasto, sia sotto il profilo della adeguatezza ed effettività della tutela avverso il danno subito dalla perdita del posto di lavoro sia di ragionevolezza della



coesistenza di due regime sanzionatori, incidono sul giudizio di aderenza ai parametri costituzionali e del diritto comunitario necessario ai fini della selezione del sistema di tutela applicabile al licenziamento intimato alla . L'evoluzione normativa sui modelli sanzionatori in caso di licenziamenti collettivi ha determinato, allo stato attuale, la coesistenza di tre regimi profondamente diversi tra loro, che in astratto possono trovare contestuale applicazione in una medesima procedura di licenziamento collettivo.

Per i rapporti di lavoro a tempo indeterminato costituiti fino al 7 marzo 2015 trova, infatti, applicazione l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori che assicura ai lavoratori, in caso di violazione dei criteri di scelta, la tutela reale rappresentata dalla reintegrazione nel posto di lavoro. Infatti l'art. 5, comma 3, della Legge 223 del 1991 (novellato dalla Legge n. 92/2012) statuisce che " In caso di violazione dei criteri di scelta previsti dal comma 1, si applica il regime di cui al quarto comma del medesimo art. 18". L'art. 18, quarto comma, della legge 20 maggio 1970 n. 300 dispone che " il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo oggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro di cui al primo comma ed al pagamento di una indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione. In ogni caso la misura della indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione..." Tale regime, oltre a ripristinare il rapporto di lavoro all'interno di



un modello processuale caratterizzato da celerità (il cosiddetto " Rito Fornero"), attribuisce al lavoratore un indennizzo pari a 12 mensilità, oltre alla facoltà di esercitare una opzione alternativa al posto di lavoro per ulteriori 15 mensilità: inoltre per il lavoratore illegittimamente licenziato sussiste il diritto alla ricostituzione integrale della posizione previdenziale. Nella ipotesi, invece, di violazione delle procedure, l'art. 5 della legge 223/1991 già citato richiama il terzo periodo del settimo comma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori , il quale a sua volta rinvia al quinto comma dell'art. 18 riconoscendo al lavoratore una sanzione parametrata sulla retribuzione globale di fatto variabile da 12 a 24 mensilità.

Per i rapporti di lavoro a tempo indeterminato costituiti a decorrere dal 7 marzo 2015 e comunque per i rapporti di lavoro a termine convertiti a far tempo da tale data, come nel caso che ci occupa, trova, viceversa, applicazione l'art. 10 della legge 4 marzo 2015 n. 23. Tale norma dispone che " in caso di licenziamento collettivo ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, intimato senza l'osservanza della forma scritta, si applica il regime sanzionatorio di cui all'articolo 2 del presente decreto. In caso di violazione delle procedure richiamate all'articolo 4, comma 12, o dei criteri di scelta di cui all'articolo 5, comma 1, della legge n. 223 del 1991, si applica il regime di cui all'articolo 3, comma 1". Tale ultima norma (art. 3, comma 1 D. Lgs. 23/2015), prevede, a sua volta, che il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di una indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità". Orbene, con sentenza n. 194 del 26.9.2018, depositata il successivo 8.11.2018, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, D. Lgs. 23/2015 , sia nel testo originario sia nel testo modificato dall'art. 3, comma 1, del decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87 (Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese), convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2018, n. 96,



limitatamente alle parole "di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio". In particolare, la Corte Costituzionale ha evidenziato come la norma in questione, introducendo un meccanismo di indennizzo legale forfettizzato ancorato esclusivamente all'anzianità di servizio, contrasta tanto con il principio di uguaglianza, quanto con quello di ragionevolezza, poiché non consente di valutare tutti i fattori che incidono sulla determinazione del risarcimento a fronte di un licenziamento illegittimo, finendo così per tradire "la finalità primaria della tutela risarcitoria, che consiste nel prevedere una compensazione adeguata del pregiudizio subito dal lavoratore ingiustamente licenziato". La Corte costituzionale ha quindi concluso nei seguenti termini: "Nel rispetto dei limiti, minimo e massimo, dell'intervallo in cui va quantificata l'indennità spettante al lavoratore illegittimamente licenziato, il giudice terrà conto innanzi tutto dell'anzianità di servizio – criterio che è prescritto dall'art. 1, comma 7, lett. c) della legge n. 184 del 2013 e che ispira il disegno riformatore del d.lgs. n.23 del 2015 – nonché degli altri criteri già prima richiamati, desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti)". A seguito dell'intervento della Corte Costituzionale, quindi, nelle ipotesi previste dall'art. 3, comma 1, D. Lgs. 23/2015, al fine di determinare l'indennità risarcitoria il Giudice dovrà in primis partire dalla all'anzianità di servizio, in quanto tale criterio rappresenta in nome della certezza del diritto la ispirazione dell'intervento legislativo, considerando, altresì, anche i criteri che, tradizionalmente, sono stati utilizzati in materia, quali le dimensioni dell'impresa, le condizioni ed il comportamento delle parti, il tutto nell'ambito dei limiti (minimo e massimo) che rimangono inalterati. Appare evidente, dunque, che la norma citata, escludendo espressamente l'istituto della reintegrazione (in attuazione dei parametri stabiliti dall'art.1, 7° co. della legge delega 183/14), stabilisce un'unica sanzione, sia in caso di violazione delle procedure sia per l'ipotesi della violazione dei criteri di scelta, costituita da



una indennità onnicomprensiva, che non è assoggettata a contribuzione previdenziale, di importo variabile, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità. La disciplina del 2015 a sua volta ha subito, per effetto del Decreto legge del 12.07.2018 n. 87, convertito con modificazioni nella Legge n. 96 del 9.08.2018, una ulteriore modifica del sistema sanzionatorio che prevede per i rapporti di lavoro cessati a decorrere dalla sua entrata in vigore (13 luglio 2018) una sanzione variabile tra un limite minimo di sei ed un limite massimo di trentasei mensilità. Nell'arco di pochi anni, quindi, sono stati introdotti tre distinti e differenti modelli che trovano applicazione nei confronti di identici rapporti di lavoro sottoposti ad una stessa comparazione nella medesima procedura di licenziamento collettivo. A ciò deve aggiungersi che il parametro di riferimento nel primo modello è rappresentato dalla retribuzione globale di fatto, mentre, negli altri due modelli, è costituito dalla retribuzione utile ai fini del trattamento di fine rapporto che, ai sensi dell'art. 2120 c.c., può essere anche fortemente ridimensionata, in quanto l'individuazione delle voci computabili ai fini di tale istituto è rimessa alla contrattazione collettiva. La tutela indennitaria, inoltre, è ancorata alla retribuzione da ultimo percepita dal lavoratore, assicurando in tal modo una tutela soggetta a forti limitazioni a causa delle lungaggini che caratterizzano notoriamente il sistema giudiziario italiano: i lunghi tempi di definizione sono posti totalmente a carico del lavoratore che neppure può fruire della tutela più rapida prevista per gli altri identici licenziamenti assoggettati al rito di cui all'art.1, co. 48 della legge 92/12.

La procedura di licenziamento collettivo che ha interessato la allora Consulmarketing s.p.a. consente a tutti i lavoratori che hanno impugnato il licenziamento di richiedere ed ottenere (anzi hanno già ottenuto) l'istituto della reintegrazione, con *la sola eccezione della ricorrente* che nell'attuale assetto normativo potrebbe rivendicare un indennizzo ricompreso tra 4 e 24 mensilità (la cui individuazione è rimessa alla discrezionalità del Giudicante, il quale deve tener conto in modo prioritario del parametro della anzianità di servizio, nonché degli ulteriori parametri rappresentati delle dimensioni dell'azienda, del numero dei dipendenti del



comportamento delle parti così come previsto dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 194 del 2018), in quanto il licenziamento comminato ed impugnato è antecedente alla entrata in vigore del decreto legge n. 87/18.

I profili di diritto comunitario

Nell'esaminare i profili di contrasto denunciati da parte ricorrente con le fonti del diritto comunitario, a seguito di rinvio pregiudiziale di questo Giudice con la ordinanza del 5.08.2019, la Corte di Giustizia con la sentenza del 17.03.2021 nella parte dispositiva ha dichiarato che " una normativa nazionale che prevede l'applicazione concorrente, nell'ambito di una stessa e unica procedura di licenziamento collettivo, di due diversi regimi di tutela dei lavoratori a tempo indeterminato in caso di licenziamento collettivo effettuato in violazione dei criteri destinati a determinare i lavoratori che saranno sottoposti a tale procedura non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 98/59/CE del Consiglio, del 20 luglio 1998, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi, e non può, pertanto, essere esaminata alla luce dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, in particolare, dei suoi articoli 20 e 30 e che " la clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999 e allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che essa non osta a una normativa nazionale che estende un nuovo regime di tutela dei lavoratori a tempo indeterminato in caso di licenziamento collettivo illegittimo ai lavoratori il cui contratto a tempo determinato, stipulato prima della data di entrata in vigore di tale normativa, è convertito in contratto a tempo indeterminato dopo tale data".

Come correttamente rileva la Corte di Giustizia il sistema di cooperazione istituito dall'articolo 267 TFUE è fondato su una netta separazione di funzioni tra i giudici nazionali



e la Corte. Nell'ambito di un procedimento instaurato in forza di tale articolo, l'interpretazione delle disposizioni nazionali incombe ai giudici degli Stati membri e non alla Corte e non spetta a quest'ultima pronunciarsi sulla compatibilità di norme di diritto interno con le disposizioni del diritto dell'Unione. La Corte è competente a fornire al giudice nazionale tutti gli elementi interpretativi attinenti al diritto dell'Unione che consentano a detto giudice di valutare la compatibilità di norme di diritto interno con la normativa dell'Unione (sentenza del 30 aprile 2020, CTT – Correios de Portugal, C-661/18, EU:C:2020:335, punto 28).

La Corte di Giustizia fornisce al giudice del rinvio gli elementi di interpretazione attinenti al diritto dell'Unione che consentono a tale giudice di statuire sulla compatibilità del diritto interno con il diritto dell'Unione (sentenza del 30 aprile 2020, CTT – Correios de Portugal, C-661/18, EU:C:2020:335, punto 29).

In sostanza la Corte di Giustizia disegna per il Giudice del rinvio le coordinate ermeneutiche che il Giudicante dovrà osservare nel formulare il giudizio di compatibilità della normativa interna con il diritto comunitario.

Orbene la Corte di Strasburgo ha rilevato che " ai sensi della clausola¹, lettera a), dell'accordo quadro, uno degli obiettivi di quest'ultimo è migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato garantendo il rispetto del principio di non discriminazione. Del pari, al suo terzo comma, il preambolo dell'accordo quadro precisa che esso «indica la volontà delle parti sociali di stabilire un quadro generale che garantisca la parità di trattamento ai lavoratori a tempo determinato, proteggendoli dalle discriminazioni». Il considerando 14 della direttiva 1999/70 precisa, a tal fine, che l'obiettivo dell'accordo quadro consiste, in particolare, nel migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato, fissando requisiti minimi atti a garantire l'applicazione del principio di non discriminazione (sentenza del 25 luglio 2018, Vernaza Ayovi, C-96/17, EU:C:2018:603, punto 21).



L'accordo quadro, in particolare la sua clausola 4, mira a dare applicazione a tale principio nei confronti dei lavoratori a tempo determinato, al fine di impedire che un rapporto di impiego di tale natura venga utilizzato da un datore di lavoro per privare detti lavoratori di diritti riconosciuti ai lavoratori a tempo indeterminato (sentenza del 25 luglio 2018, Vernaza Ayovi, C-96/17, EU:C:2018:603, punto 22). La clausola 4 di quest'ultimo deve essere intesa nel senso che essa esprime un principio di diritto sociale dell'Unione che non può essere interpretato in modo restrittivo (sentenza del 25 luglio 2018, Vernaza Ayovi, C-96/17, EU:C:2018:603, punto 23). La clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sancisce il divieto, per quanto riguarda le condizioni di impiego, di trattare i lavoratori a tempo determinato in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive. Il punto 4 di tale clausola sancisce il medesimo divieto per quanto riguarda i criteri dei periodi di anzianità di servizio relativi a particolari condizioni di impiego. La Corte di Giustizia ha rilevato che la tutela accordata a un lavoratore in caso di licenziamento illegittimo rientra nella nozione di «condizioni di impiego» ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro (v., in tal senso, sentenza del 25 luglio 2018, Vernaza Ayovi, C-96/17, EU:C:2018:603, punti da 28 a 30).

In secondo luogo, in base a una giurisprudenza costante della Corte al fine di valutare se le persone interessate esercitino un lavoro identico o simile, nel senso dell'accordo quadro, occorre stabilire, conformemente alla clausola 3, punto 2, e alla clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro, se, tenuto conto di un insieme di fattori, come la natura del lavoro, le condizioni di formazione e le condizioni di impiego, si possa ritenere che tali persone si trovino in una situazione comparabile (v., in tal senso, sentenza del 25 luglio 2018, Vernaza Ayovi, C-96/17, EU:C:2018:603, punto 34 e giurisprudenza ivi citata). *Spetta al giudice del rinvio, che è il solo competente a valutare i fatti, determinare se la ricorrente nel*



procedimento principale si trovi in una situazione comparabile a quella dei lavoratori assunti a tempo indeterminato nel corso del medesimo periodo dallo stesso datore di lavoro (v., per analogia, sentenza del 25 luglio 2018, Vernaza Ayovi, C-96/17, EU:C:2018:603, punto 35)”

La Corte di Giustizia rileva inoltre che “.... *il fatto che la ricorrente nel procedimento principale abbia acquisito, dopo tale data, la qualità di lavoratore a tempo indeterminato non esclude la possibilità per essa di avvalersi, in determinate circostanze, del principio di non discriminazione sancito dalla clausola 4 dell'accordo quadro (v., in tal senso, sentenza del 18 ottobre 2012, Valenza e a., da C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, punto 34). A tal riguardo è sufficiente constatare che la differenza di trattamento di cui la ricorrente nel procedimento principale sostiene di essere vittima risulta dal fatto che essa è stata inizialmente assunta a tempo determinato ... Di conseguenza, fatta salva la valutazione definitiva da parte del giudice del rinvio circa la comparabilità fra la situazione di un lavoratore a tempo determinato, come la ricorrente nel procedimento principale, e quella di un lavoratore a tempo indeterminato, tenuto conto del complesso degli elementi pertinenti, occorre verificare se esista una ragione oggettiva che giustifichi il diverso trattamento (v., per analogia, sentenza del 25 luglio 2018, Vernaza Ayovi, C-96/17, EU:C:2018:603, punto 37). A tale proposito, occorre ricordare che, secondo una giurisprudenza costante della Corte, la nozione di «ragioni oggettive», ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro, deve essere intesa nel senso che essa non consente di giustificare una differenza di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato e i lavoratori a tempo indeterminato con il fatto che tale differenza è prevista da una norma generale e astratta, quale una legge o un contratto collettivo (sentenza del 25 luglio 2018, Vernaza Ayovi, C-96/17, EU:C:2018:603, punto 38).*

Detta nozione richiede, secondo una giurisprudenza parimenti costante, che la differenza di trattamento constatata sia giustificata dalla sussistenza di elementi precisi e concreti che



contraddistinguono la condizione di impiego di cui trattasi, nel particolare contesto in cui s'inscrive e in base a criteri oggettivi e trasparenti, al fine di verificare se tale differenza risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti necessaria a tal fine. Detti elementi possono risultare, segnatamente, dalla particolare natura delle mansioni per l'espletamento delle quali sono stati conclusi contratti a tempo determinato e dalle caratteristiche inerenti a queste ultime o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro (sentenza del 25 luglio 2018, Vernaza Ayovi, C-96/17, EU:C:2018:603, punto 39).

Dal fascicolo di cui dispone la Corte e dalle risposte ai quesiti della Corte emerge che il governo italiano considera che il trattamento meno favorevole di un lavoratore nella situazione della ricorrente nel procedimento principale è giustificato dall'obiettivo di politica sociale perseguito dal decreto legislativo n. 23/2015, consistente nell'incentivare i datori di lavoro ad assumere lavoratori a tempo indeterminato. *Infatti, l'assimilazione a una nuova assunzione della conversione di un contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato sarebbe giustificata dal fatto che il lavoratore interessato ottiene, in cambio, una forma di stabilità dell'impiego.* Si deve constatare che rafforzare la stabilità dell'occupazione favorendo la conversione dei contratti a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato costituisce un obiettivo legittimo del diritto sociale e, peraltro, un obiettivo perseguito dall'accordo quadro. Da un lato, la Corte ha già avuto modo di precisare che la promozione delle assunzioni costituisce incontestabilmente una finalità legittima di politica sociale e dell'occupazione degli Stati membri (v., in tal senso, sentenza del 19 luglio 2017, Abercrombie & Fitch Italia, C-143/16, EU:C:2017:566, punto 37). Dall'altro lato, il secondo comma del preambolo dell'accordo quadro sancisce che le parti a questo ultimo riconoscono che i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro fra i datori di lavoro e i lavoratori. Di conseguenza, il beneficio



della stabilità dell'impiego è inteso come un elemento portante della tutela dei lavoratori (v., in tal senso, sentenza del 15 aprile 2008, Impact, C-268/06, EU:C:2008:223, punto 87)"

La Corte di Giustizia sottolinea che "... per quanto concerne *l'adeguatezza e il carattere necessario della misura per raggiungere tale obiettivo*, occorre ricordare che gli Stati membri dispongono di un ampio margine di discrezionalità non solo nella scelta di perseguire un determinato scopo fra gli altri in materia di politica sociale e di occupazione, ma altresì nella definizione delle misure atte a realizzarlo (v., in tal senso, sentenza del 19 luglio 2017, Abercrombie & Fitch Italia, C-143/16, EU:C:2017:566, punto 31). Per quanto riguarda, innanzitutto, *l'adeguatezza dell'assimilazione a un nuovo contratto della conversione di un contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato*, essa ha come effetto che, in caso di licenziamento collettivo illegittimo, il lavoratore interessato non ha diritto alla reintegrazione nell'impresa, ai sensi della legge n. 223/1991, ma solo all'indennità, meno favorevole, e entro un massimale, prevista dal decreto legislativo n. 23/2015. Come rilevato dal governo italiano nelle sue osservazioni scritte, una siffatta misura di assimilazione *appare* tale da incentivare i datori di lavoro a convertire i contratti di lavoro a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato, *circostanza che, tuttavia, spetta al giudice del rinvio verificare*".

Per quanto concerne il carattere necessario di tale misura, la Corte europea rileva che "... occorre tener conto dell'ampio margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati membri, rammentato al punto 63 della presente sentenza. Detta misura si inserisce nell'ambito di una riforma del diritto sociale italiano volta a promuovere la creazione, attraverso l'assunzione o la conversione di un contratto a tempo determinato, di rapporti di lavoro a tempo indeterminato. Orbene, se il nuovo regime di tutela istituito dal decreto legislativo n. 23/2015 non si applicasse ai contratti che sono stati convertiti, sarebbe escluso sin



dall'inizio qualsiasi effetto di incentivo alla conversione dei contratti a tempo determinato in vigore al 7 marzo 2015 in contratti a tempo indeterminato".

Infine, la Corte di Giustizia osserva che " ... il fatto che il decreto legislativo n. 23/2015 operi una regressione del livello di tutela dei lavoratori a tempo indeterminato non rileva, di per sé, ai fini del divieto di discriminazione di cui alla clausola 4 dell'accordo quadro. A questo proposito è sufficiente constatare che il principio di non discriminazione è stato attuato e concretizzato dall'accordo quadro soltanto riguardo alle differenze di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato e i lavoratori a tempo indeterminato che si trovano in situazioni comparabili. Pertanto, le eventuali differenze di trattamento tra determinate categorie di personale a tempo indeterminato non rientrano nell'ambito del principio di non discriminazione sancito da tale accordo quadro (v., per analogia, sentenza del 21 novembre 2018, *Viejobueno Ibáñez e de la Vara González*, C-245/17, EU:C:2018:934, punto 51). *Fatte salve le verifiche che devono essere effettuate dal giudice del rinvio, il solo competente a interpretare il diritto nazionale*, dalle considerazioni che precedono discende che l'assimilazione a una nuova assunzione della conversione di un contratto di lavoro a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato rientra in una più ampia riforma del diritto sociale italiano il cui obiettivo è quello di promuovere le assunzioni a tempo indeterminato. In tali circostanze, una siffatta misura di assimilazione si inserisce in un contesto particolare, dal punto di vista sia fattuale che giuridico, che giustifica in via eccezionale la differenza di trattamento".

Non vi è alcun dubbio che la Corte di Giustizia rimandi al Giudice del rinvio, *l'unico competente ad interpretare il diritto interno*, una serie di accertamenti in concreto da effettuare al fine di valutare la effettiva rispondenza della norma nazionale individuata con il diritto comunitario. Appare evidente dal tenore delle statuizioni della sentenza che in linea di principio la direttiva in materia di contratti a termine non osta ad una norma come quella



italiana citata: tuttavia, qualora il Giudice nazionale dovesse riscontrare dei dati contrastanti con quelli evidenziati in linea astratta e generale nella pronuncia con i numerosi rinvii operati al Giudice interno, dovrebbe rilevare la incompatibilità con il diritto comunitario e disapplicare la norma interna ritenuta contrastante. La Corte europea ha disegnato una "cornice" contenente una serie di principi generali che il Giudice nazionale deve esaminare accuratamente nella enunciazione del giudizio di compatibilità della norma di diritto interno con la direttiva comunitaria.

Orbene nell'effettuare tale operazione ermeneutica, occorre sottolineare un dato. La Corte di Giustizia ha più volte statuito che la direttiva 1999/70 e l'accordo quadro trovano applicazione nei confronti di tutti i lavoratori che forniscono prestazioni retribuite nell'ambito di un rapporto di lavoro a tempo determinato che li lega al loro datore di lavoro (sentenze del 13 settembre 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, Racc. pag. I-7109, punto 28, e Rosado Santana, cit., punto 40). Il semplice fatto che la ricorrente abbia acquisito la qualità di lavoratore a tempo indeterminato non esclude la possibilità di avvalersi, in determinate circostanze, del principio di non discriminazione enunciato nella clausola 4 dell'accordo quadro (v. la sentenza citata e la sentenza Rosado Santana, nonché la sentenza dell'8 marzo 2012, Huet, C-251/1).

Infatti la ricorrente, nella sua qualità di lavoratrice a tempo indeterminato, mira essenzialmente a mettere in discussione una differenza di trattamento applicata nel valutare l'anzianità e l'esperienza professionale maturate in forza di un contratto a termine in un periodo antecedente al 7 marzo 2015 ai fini della disciplina applicabile in materia di licenziamento collettivo.

Mentre i periodi di servizio compiuti in qualità di lavoratore a tempo indeterminato prima del 7 marzo 2015 verrebbero presi in considerazione ai fini della determinazione di un certo tipo di disciplina di tipo reintegratorio, quelli effettuati in qualità di lavoratori a tempo determinato



non lo sarebbero, senza che vengano esaminate la natura delle mansioni svolte e le caratteristiche inerenti a queste ultime. Poiché la discriminazione contraria alla clausola 4 dell'accordo quadro riguarda il periodo di servizio espletato in qualità di lavoratore a tempo determinato, come correttamente rileva la sentenza della Corte europea del 17.03.2021, nessun rilievo presenta la circostanza che la ricorrente nel frattempo sia divenuta lavoratrice a tempo indeterminato (v. in tal senso, anche la sentenza della Corte di Giustizia Rosado Santana punto 42 e la sentenza Valenza del 18.10. 2012).

Non risulta né dal testo della intera disposizione della clausola 4 dell'accordo quadro, né dal contesto in cui questa si colloca, che essa cessi di essere applicabile una volta che il lavoratore interessato abbia acquisito lo status di lavoratore a tempo indeterminato. Infatti, gli obiettivi perseguiti dalla direttiva 1999/70 e dall'accordo quadro, diretti sia a vietare le discriminazioni, sia a prevenire gli abusi risultanti dal ricorso a contratti o a rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione, depongono in senso contrario (sentenza Rosado Santana punto 43 e sentenza Valenza del 18.10.2012).

Escludere a priori l'applicazione dell'accordo quadro in situazioni come quella che ci occupa significherebbe limitare, in contrasto con l'obiettivo assegnato a detta clausola 4, l'ambito della protezione concessa ai lavoratori interessati contro le discriminazioni e porterebbe ad un'interpretazione indebitamente restrittiva di tale clausola, contraria alla giurisprudenza della Corte europea (sentenza Rosado Santana, cit., punto 44 e sentenza della Corte del 18.10.2012).

Ciò premesso, nell'effettuare la verifica richiesta dalla Corte europea sulla base della documentazione prodotta in giudizio si evince senza alcun dubbio che la Pines, prima della conversione del suo contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato, era una lavoratrice che svolgeva le stesse mansioni dei suoi colleghi assunti a tempo indeterminato: pertanto si può ben affermare la identità delle mansioni svolte dalla ricorrente



rispetto a quelle svolte dai lavoratori a tempo indeterminato interessati dalla procedura di licenziamento collettivo.

Una volta chiarito tale aspetto, occorre effettuare l'ulteriore verifica richiesta dalla Corte europea circa l'adeguatezza dell'assimilazione a un nuovo contratto della conversione di un contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato. Infatti, nonostante l'innegabile margine di discrezionalità che compete al legislatore, l'applicazione dei criteri che gli Stati membri stabiliscono deve essere effettuata in modo trasparente e deve poter essere controllata al fine di impedire qualsiasi trattamento peggiore dei lavoratori a tempo determinato sulla sola base della durata dei contratti o dei rapporti di lavoro che giustificano la loro anzianità e la loro esperienza professionale (v. sentenza della Corte di Giustizia Valenza del 18.10.2012 e Rosado Santana punto 77).

La emanazione della legge delega ha inteso favorire la diffusione del contratto a tempo indeterminato come forma comune rendendolo "più conveniente" rispetto alle altre tipologie contrattuali (cfr. art. 1, comma 7, della Legge n. 183/2014). Sulla base di tale specifico intento il legislatore delegato, dunque, nell'ottica di promuovere l'espansione del contratto a tempo indeterminato, ha stabilito che tutti i lavoratori che avessero potuto beneficiare a partire dal 7 marzo 2015 di una assunzione a tempo indeterminato, non avrebbero più potuto invocare le tutele di cui all'art. 18 St. Lav., bensì quelle contemplate dal D.lgs. n. 23/2015. Occorre verificare che effettivamente l'introduzione di tutele più attenuate in caso di licenziamento illegittimo sia diretta ad incentivare le assunzioni a tempo indeterminato.

Secondo questo Giudice il rispetto del principio di ragionevolezza significa verificare l'adeguatezza strumentale della norma scelta rispetto al fine da realizzare.

Il canone della ragionevolezza, tuttavia, non può limitarsi ad una semplice dimensione discorsiva ma deve investire i profili causali del rapporto strumentale mezzi/fini e quelli di proporzionalità e del bilanciamento di interessi. In tale prospettiva il giudizio di adeguatezza



deve coinvolgere necessariamente l'impiego di dati extra-normativi, quali le conoscenze tecnico-scientifiche, i modelli statistici e i riscontri di tipo fattuale, utilizzabili per valutare la "pertinenza", intesa quale giudizio di idoneità sul piano tecnico dello strumento per il conseguimento del fine e la "congruenza", intesa quale valutazione della norma alla luce dei principi sistematici per verificare se la legge sia in rapporto logico con il fine che la giustificerebbe come ragionevole.

Nel caso in esame, che riguarda in fondo la razionalità di una norma che si pone come obiettivo la crescita dell'occupazione attraverso un mutamento in peius delle tutele, entrambi questi elementi di giudizio (pertinenza e congruenza) non sussistono. Infatti non sussiste alcun elemento che dimostri che le misure de quibus possano realizzare il fine sperato. La disposizione normativa, per rispettare il canone della ragionevolezza, deve essere valutata nella sua effettività. Opinando altrimenti, sarebbe sufficiente inserire nel preambolo di una qualsiasi riforma legislativa il fine occupazionale per ritenere provato il giudizio di adeguatezza. Non vi è alcun dubbio che laddove le norme di legge si pongano fini di crescita occupazionale, vale a dire un risultato di carattere squisitamente pratico, la rispondenza della legge con il fine prescritto può rendere necessaria la comparazione tra i risultati effettivi della legge e quelli che essa avrebbe dovuto in astratto realizzare. In questi casi può venire in rilievo anche il contrasto della legge con regole di esperienza o con la realtà naturale empiricamente considerata, con dati statistici che consentono di portare alla luce la norma nella sua concreta applicazione.

Orbene, nel vagliare le disposizioni in questione alla luce di questi canoni, va osservato che tale disposizione non trova alcuna giustificazione razionale sul piano empirico, dal momento che nessuna correlazione positiva tra riduzione delle tutele e incremento dell'occupazione è mai stata avvalorata nella letteratura economica. In verità la positiva correlazione tra riduzione della "job employment protection" ed incremento dell'occupazione è stata negata



nel World Economic Outlook 2016, nel quale il FMI sottolinea che "le riforme che rendono più agevole il licenziamento dei lavoratori a tempo indeterminato non hanno mediamente effetti statisticamente significativi sull'occupazione e sulle altre variabili macroeconomiche" (v. sez. Time for a supply side boost pagg. 115-116). Altrettanto è stato evidenziato dal Documento di valutazione n. 7 dell'Ufficio Valutazione Impatto del Senato: "Da ultimo, l'OCSE nell'Employment Outlook del 2016 corregge solo parzialmente le evidenze accolte dalle principali organizzazioni internazionali, asserendo che la maggior parte degli studi empirici che analizzano gli effetti a medio-lungo termine delle riforme di flessibilizzazione del lavoro suggerisce che esse hanno un impatto nullo o marginalmente positivo sui livelli di occupazione nel lungo periodo". Nello stesso senso depone l'esperienza applicativa italiana del contratto a tutele crescenti. Ad oltre tre anni dall'entrata in vigore della legge, il risultato sperato, ossia l'aumento delle occupazioni stabili si è rivelato del tutto deficitario. Infatti, esauriti gli effetti degli sgravi contributivi connessi alle assunzioni a tempo indeterminato (v. l. n. 190/2014), si è assistito alla utilizzazione in misura preponderante dei contratti a termine nonostante il loro maggiore costo contributivo.

Dall'esame di tali dati si può ben affermare che l'effetto di incremento dei contratti a tempo indeterminato sia correlata esclusivamente alla legge sugli sgravi contributivi e non alla legge del 2015. Sul punto la stessa Corte di Cassazione nella sentenza n. 823 del 2020 ha statuito che occorre "... rammentare come, in funzione incentivante di tali nuove assunzioni "al fine di promuovere forme di occupazione stabile", siano stati introdotti dalla legge di stabilità per l'anno 2015 sgravi contributivi, per un periodo massimo di trentasei mesi (art. 1, comma 118 L. 190/2014)... "

Pertanto il giudizio di ragionevolezza non può che sortire un risultato negativo sotto il profilo della congruenza e adeguatezza causale, non realizzando la norma alcun equo



contemperamento tra la tutela del posto di lavoro e l'interesse all'occupazione quale "fine di interesse generale" che giustifica la riduzione delle tutele.

Considerato che nel caso di specie non viene in rilievo un confronto tra lavoratori che hanno lavorato in forza di un contratto *ab initio* a tempo indeterminato, la tutela avverso il licenziamento si differenzia sostanzialmente a seconda della natura a tempo determinato o indeterminato del rapporto di lavoro originariamente costituito. Sussiste una sostanziale differenza di tutela a seconda del tipo (determinato o indeterminato) dell'originario rapporto di lavoro costituito dalle parti nonostante detto rapporto sia poi diventato nel tempo, senza alcuna novazione e/o interruzione, un rapporto a tempo indeterminato. Il tipo contrattuale in origine utilizzato dalle parti genera una discriminazione nel livello di tutela. Il lavoro della ricorrente viene riconosciuto e tutelato diversamente a seconda della sua inerenza ad un rapporto a tempo determinato o a tempo indeterminato.

In conclusione si può ben affermare che con riferimento all'ipotesi de qua, ossia di una trasformazione volontaria di un contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato, la norma di cui al secondo comma dell'art. 1 del decreto legislativo n. 23 del 2015 va disapplicata, in quanto si pone in contrasto con l'art. 4 della direttiva comunitaria citata: la norma regolamenta in modo differente sotto il profilo della disciplina dei licenziamenti collettivi per violazione dei criteri di scelta due lavoratori che hanno svolto le stesse mansioni solo perché uno dei due ha iniziato a lavorare prima del 7 marzo 2015 in forza di un contratto a termine.

I profili di diritto costituzionale

Questa soluzione ermeneutica non impedisce comunque a questo Giudice di valutare gli ulteriori profili di incostituzionalità denunciati dalla difesa della opponente ed in particolare il profilo dell'eccesso di delega.



Occorre sempre ricordare che nel disegno costituzionale il diritto al lavoro si configura come uno strumento di emancipazione e di socializzazione dei cittadini che lo rende irriducibile alla sola sfera economicistica e lo proietta nella dimensione pubblica. Il diritto al lavoro è indipendente dal mercato del lavoro, non solo per il fatto che le dinamiche spontanee di questo potrebbero non essere sufficienti a garantire la piena occupazione, ma anche perché non possono garantire la *qualità sociale* del lavoro stesso.

Negli ultimi anni si è sviluppato un processo normativo volto a ridurre le tutele nel rapporto di lavoro in funzione di un accrescimento dell'efficienza del mercato del lavoro, con il fine ultimo "presunto" di un aumento dell'occupazione. Si è così affermato un paradigma ermeneutico che implica un bilanciamento di interessi economici e sociali che intende la politica sociale e dell'occupazione come parte integrante della politica economica e come importante fattore di stimolo alla produzione nei sistemi economici degli ordinamenti nazionali.

Tale evoluzione normativa ruota intorno ad un profilo di rispetto debole di alcuni fondamentali precetti costituzionali: per quanto l'art. 1 Cost. sia caratterizzato da generalità e l'art. 4 non indichi vincoli alla realizzazione del principio del diritto al lavoro appare verosimile che le tendenze in atto in questi ultimi anni nei rapporti lavorativi rappresentino un allontanamento dalla nozione costituzionale di lavoro come diritto della persona strettamente correlato alla sua dignità sociale e non permettano la manifestazione solidaristica del corrispondente dovere con chiare ed evidenti ripercussioni sul progresso sociale della comunità. Una conferma che si sia in presenza di uno snaturamento della nozione del lavoro come dimensione della dignità umana è data dal riemergere della concezione del lavoro come bene di scambio, a scapito della concezione del medesimo come diritto.



Orbene, con la previsione contenuta nell'art. 1, settimo comma, lett. c) l. 183/2014 (in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in particolare di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro) si delegava il Governo a prevedere, *"per le nuove assunzioni"*, l'istituzione di un contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, secondo la dichiarata finalità legislativa di *"rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione"*.

In attuazione della delega, con il d.lg. 23/2015, è stato definito il campo applicativo per *"i lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri, assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto"* (art. 1, primo comma), ossia dal 7 marzo 2015.

Il successivo comma (secondo) dell'art. 1, come già osservato, stabilisce che *"le disposizioni di cui al presente decreto si applicano anche nei casi di conversione, successiva all'entrata in vigore del presente decreto, di contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato"*.

Parte ricorrente denuncia nel ricorso un eccesso di delega della norma delegata chiedendo di investire della questione la Corte Costituzionale.

Secondo questo Giudice, tuttavia, non sussistono i presupposti per una rimessione della questione alla Corte Costituzionale, in quanto, con riferimento al caso che ci occupa, appare percorribile una interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata. Su tale problematica appare opportuno richiamare i passaggi argomentativi di una interessante sentenza della Corte di Cassazione, la n. 823 del 2020 (Pres. Vidiri, rel. Petta), la quale ha offerto una ricostruzione dettagliata delle questioni de quibus nei seguenti termini: *" E' certo che il Governo potesse adottare una innovativa disciplina di tutela per i licenziamenti illegittimi esclusivamente in esecuzione di una delega parlamentare che la*



prevedeva, come detto, "per i nuovi assunti". ... Orbene, i lavoratori assunti con contratto a tempo determinato prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo, con rapporto di lavoro giudizialmente convertito a tempo indeterminato solo successivamente a tale decreto in alcun modo possono essere considerati "nuovi assunti". Infatti occorre ribadire che, in tema di contratti di lavoro a tempo determinato, la sentenza che accerta la nullità della clausola appositiva del termine e ordina la ricostituzione del rapporto illegittimamente interrotto, cui è connesso l'obbligo del datore di riammettere in servizio il lavoratore, ha natura dichiarativa e non costitutiva. Da tale affermazione consegue quella del coerente effetto ex tunc della conversione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato operata a decorrere dalla illegittima stipulazione del contratto a termine (Cass. 26 marzo 2019, n. 8385).

Con tale pronuncia questa Corte ha quindi ritenuto definitivamente fugati dalla sentenza della Corte costituzionale 8 luglio 2014, n. 226 (di infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, quinto comma l. 183/2010, come interpretato autenticamente dalla legge n. 92/2012, in riferimento agli artt. 11 e 117 Cost., in relazione alla clausola 8.3 dell'Accordo Quadro europeo sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE) i dubbi interpretativi insorti in ordine alla locuzione "ricostituzione del rapporto di lavoro", secondo i quali il legislatore avrebbe accreditato la tesi secondo cui la conversione del rapporto operasse ex nunc e non ex tunc (p.to 8 in motivazione Cass. n. 8385/2019 cit.). Pertanto, sulla base di una corretta lettura tecnico-giuridica dell'espressione "conversione", utilizzata in dottrina ed in giurisprudenza per descrivere il meccanismo secondo cui la nullità della clausola di apposizione del termine non comporta la nullità dell'intero contratto, in ossequio al principio di conservazione del negozio giuridico, ma la sua elisione a norma dell'art. 1419, secondo comma c.c., con la conseguente trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato (Cass. 17 gennaio 2013, n. 1148; Cass. 15 maggio 2018, n. 11830), *occorre operare un'interpretazione della norma in esame che sia rigorosamente circoscritta alle*



ipotesi tassativamente stabilite, al fine di assicurare il rispetto dei limiti della delega: diversamente prospettandosi un vizio di illegittimità costituzionale per eccesso, in violazione degli artt. 76 e 77 Cost. Cade allora opportuno richiamare la qualificazione dell'eccesso di delega alla stregua di "figura comprensiva della mancanza, anche parziale, di delegazione ... uso del potere normativo da parte del Governo oltre il termine fissato, ovvero in contrasto con i predeterminati criteri direttivi o per uno scopo estraneo a quello per cui la funzione legislativa fu delegata" (Corte cost. 26 gennaio 1957, n. 3).

E così pure come, secondo la giurisprudenza costituzionale, "il controllo della conformità della norma delegata alla norma delegante, richieda "un confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli: l'uno, relativo alla norma che determina l'oggetto, i principi e i criteri direttivi della delega", nel senso che "il contenuto della delega deve essere identificato tenendo conto del complessivo contesto normativo nel quale si inseriscono la legge-delega ed i relativi principi e criteri direttivi, nonché delle finalità che la ispirano, verificando, nel silenzio del legislatore delegante sullo specifico tema, che le scelte del legislatore delegato non siano in contrasto con gli indirizzi generali della medesima", l'altro, relativo alla norma delegata, da interpretare nel significato compatibile con questi ultimi", nel senso che "la delega legislativa non esclude ogni discrezionalità del legislatore delegato, che può essere più o meno ampia, in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge delega" alla luce della ratio della delega, per verificare se la norma delegata sia con questa coerente", non ostando "l'art. 76 Cost. ... all'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante, poiché deve escludersi che la funzione del legislatore delegato sia limitata ad una mera scansione linguistica delle previsioni stabilite dal primo ... nella fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi (Corte cost. 11 aprile 2008, n. 98).



Il rispetto del suddetto limite esige allora siccome doverosa, quando sia possibile senza prospettare una questione di illegittimità costituzionale, un'interpretazione costituzionalmente orientata (Corte cost. 22 febbraio 2017, n. 58): nel senso che "le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali" (Corte cost. 22 ottobre 1996, n. 356); così che "eventuali residue incertezze di lettura sono destinate a dissolversi una volta che si sia adottato, quale canone ermeneutico preminente, il principio di supremazia costituzionale che impone all'interprete di optare, fra più soluzioni astrattamente possibili, per quella che rende la disposizione conforme a Costituzione" (Corte cost. 14 novembre 2003, n. 198, richiamata da Cass. 17 luglio 2015, n. 15083).

Inoltre, deve essere pure sottolineato come la diversa interpretazione, secondo la quale la conversione in esame sarebbe soggetta al nuovo regime introdotto dal c.d. Jobs act, comporterebbe un'evidente quanto irragionevole disparità di trattamento tra lavoratori egualmente assunti a tempo determinato prima della sua introduzione ma con la conversione del rapporto, per nullità del termine, in uno a tempo indeterminato in base a sentenze emesse tuttavia, per mero accidente indipendente dalle rispettive volontà, talune prima, altre dopo tale data. Ed infatti, lavoratori nelle stesse condizioni temporali di assunzione (a tempo determinato) e di conversione del rapporto di lavoro subordinato (a tempo indeterminato, per nullità del termine) sarebbero soggetti a regimi di tutela sensibilmente diversi: quelli "convertiti" prima del 7 marzo 2015, al regime cd. Fornero; quelli "convertiti" dopo, al regime del c.d. Jobs act.

Né una tale situazione sarebbe imputabile ad una mera successione di leggi nel tempo, comportanti diversi regimi di trattamento in dipendenza di scelte del legislatore, ma piuttosto ad un criterio di applicazione di un regime che può essere letto in modo uniforme, reso



invece disparitario da un'operazione dell'interprete neppure corretta, per le ragioni innanzi dette.

Sicché, la disomogeneità di trattamento non sarebbe giustificabile con il richiamo del noto principio, consolidato nella giurisprudenza della Corte costituzionale (recentemente richiamato anche dalla sentenza 8 novembre 2018, n. 194, al p.to 6. del Considerato in diritto), secondo cui "non contrasta, di per sé, con il principio di eguaglianza un trattamento differenziato applicato alle stesse fattispecie, ma in momenti diversi nel tempo, poiché il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche" (Corte cost. 13 novembre 2014, n. 254, al p.to 3. del Considerato in diritto, con richiamo delle ordinanze n. 25 del 2012, n. 224 del 2011, n. 61 del 2010, n. 170 del 2009, n. 212 e n. 77 del 2008), posto che spetta "alla discrezionalità del legislatore, nel rispetto del canone di ragionevolezza, delimitare la sfera temporale di applicazione delle norme" (Corte cost. 23 maggio 2018, n. 104, al p.to 7.1. del Considerato in diritto, con richiamo delle sentenze n. 273 del 2011 e n. 94 del 2009).

Alla luce dei superiori chiarimenti ermeneutici, al fine di ascrivere alla disposizione in discorso un significato né pleonastico, né tanto meno irrilevante nella sua portata precettiva, occorre allora individuare quelle ipotesi di contratti a termine stipulati prima dell'entrata in vigore del d.lg. 23/2015 che si convertano in contratti a tempo indeterminato dopo tale data, in una corretta equiparazione alle nuove assunzioni non lesiva del principio di parità di trattamento.

Tra esse sicuramente rientrano quelle di conversione volontaria (idest: trasformazione, ma il termine "conversione" è impiegato anche in riferimento al contratto nullo: art. 1424 c.c.), per effetto di una manifestazione di volontà delle parti successiva all'entrata in vigore del decreto, con effetto novativo.



Ma anche le ipotesi di conversione giudiziale di contratti a termine stipulati anteriormente al d.lg. 23/2015 ma che producano i loro effetti di conversione dopo la sua entrata in vigore, perché successivo è il vizio che li colpisce, quali: a) la continuazione del rapporto di lavoro oltre trenta giorni (in caso di contratto a termine di durata inferiore a sei mesi) ovvero oltre cinquanta giorni (in caso di contratto a termine di durata superiore a sei mesi), ai sensi dell'art. 5, secondo comma d.lg. 368/2001 (Cass. 21 gennaio 2016, n. 1058, in riferimento al previgente termine di venti, anziché di trenta giorni), qualora la scadenza sia successiva al 7 marzo 2015 (da essa considerandosi "il contratto ... a tempo indeterminato"); b) la riassunzione entro dieci giorni dalla scadenza del primo contratto a termine (qualora di durata inferiore a sei mesi) ovvero entro venti giorni (in caso di contratto a termine di durata superiore a sei mesi), ai sensi deN'art. 5, terzo comma d.lg. 368/2001, qualora il secondo contratto (che "si considera a tempo indeterminato") sia stato stipulato dopo il 7 marzo 2015; c) il superamento "per effetto di una successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti" nel "rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore ... complessivamente" dei "trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro", sicché "il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato" (art. 5, comma 4bis), qualora detto superamento sia successivo al 7 marzo 2015 (Cass. s.u. 31 maggio 2016, n. 11374)"

Nel caso che ci occupa, la nota del 1.04.2015 rubricata " Trasformazione rapporto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato" così dispone: " La presente per comunicarle la trasformazione a tempo indeterminato del suo rapporto di lavoro a tempo determinato con scadenza il 31.03.2015, così come previsto dalle norme vigenti in materia di contratto a tempo determinato. Rimarranno invariate tutte le clausole previste nell'originario contratto di assunzione: continuerà infatti a svolgere attività di rilevatore Monitoring, ad essere inquadrata al 7 livello del CCNL in deroga, mantenendo lo stesso orario di lavoro previsto



dal CCNL applicato. Per altre condizioni, quali ferie, permessi ed altro, non specificatamente modificate dalla presente scrittura, si farà riferimento a quanto previsto dal CCNL applicato". Le buste paga allegate del 2017 recano come data di assunzione a tempo indeterminato il 13.04.2013.

Non vi sono dubbi sul fatto che la conversione si sostanzia in una trasformazione volontaria *senza alcun effetto novativo*.

Pertanto, sposando una interpretazione costituzionalmente orientata, si può ben affermare che i lavoratori assunti con contratto a tempo determinato prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo, come la [] che si sono visti trasformato il contratto a termine in contratto a tempo indeterminato *con un contenuto contrattuale non novativo* dopo il 7 marzo 2015, in analogia ai lavoratori che hanno beneficiato di un rapporto di lavoro giudizialmente convertito a tempo indeterminato solo successivamente a tale decreto, non possono essere considerati "nuovi assunti".

Le ragioni argomentative svolte giustificano, pertanto, la naturale applicabilità del regime, oltre che di tutela stabilito dall'art. 1 l. 92/2012, anche del rito processuale cd. Fornero. Pertanto non appare condivisibile la decisione del primo Giudice che ha rigettato per inammissibilità le domande della [] .

Il merito del licenziamento impugnato

Nel vagliare, dunque, il merito delle domande, va osservato che appare infondata la domanda di accertamento della nullità del licenziamento intimato al ricorrente per assunte discriminazione/rappresaglia, frode alla legge, motivo illecito ed abuso del diritto. Sostiene la difesa di parte ricorrente la causale riconducibilità del licenziamento dei lavoratori addetti al monitoring all'attività sindacale e rivendicazione organizzata dei diritti salariali, conclusasi con un accordo di riallineamento retributivo che prevedeva progressivi incrementi



migliorativi. La natura discriminatoria del licenziamento risulterebbe, secondo la tesi di parte ricorrente, evidente dalla cronologia degli eventi susseguitisi e palese nell'intento di sostituire i lavoratori dissenzienti.

La tesi appare priva di adeguato supporto probatorio. Come già ampiamente evidenziato in precedenti resi dal Tribunale di Milano in fattispecie analoghe (cfr. est. Dossi, 10 aprile 2018; est. Porcelli, 19 marzo 2018; est. Perillo, 16 febbraio 2018), non si registrano elementi di giudizio sufficienti da cui inferire che la procedura di licenziamento collettivo in esame trovi motivo esclusivo nell'intento ritorsivo nei confronti dei lavoratori del settore monitoring che avevano promosso rivendicazioni ed azioni sindacali invise alla società.

Le allegazioni di parte ricorrente non sono supportate da elementi di fatto precisi e concordanti, idonei a far ritenere la natura illecita del licenziamento, non evidenziandosi quanti lavoratori, tra quelli licenziati, fossero effettivamente iscritti al sindacato (si da evidenziare la natura discriminatoria del licenziamento). Né, del resto, può in alcun modo concludersi, alla luce degli scarni elementi valutativi offerti, per la natura ritorsiva dello stesso, se non altro sotto il profilo dell'evidente assenza di esclusività del motivo illecito. I fatti posti a fondamento della procedura di licenziamento collettivo, id est le ingentissime perdite nel settore rilevamenti, comprensivo del reparto rilevamenti monitoring-rete e rilevamento-audit, esposti nella lettera di apertura della procedura, non risultano nella sostanza contestati, così destituendo di fondamento la tesi secondo cui il motivo fondante del licenziamento sarebbe di natura illecita. Del pari carente di elementi di supporto appare la tesi della natura fraudolenta del recesso collettivo operato dalla allora Consulmarketing s.p.a. che, attraverso lo stesso, secondo quanto dedotto dalla difesa della ricorrente, avrebbe eluso le obbligazioni di riallineamento retributivo, assunta con l'organizzazione sindacale FILCAMS CGIL. Anche relativamente a tale deduzione difensiva, occorre ribadire



come il motivo del licenziamento appaia rinvenibile nella esigenza di fronteggiare una situazione economico finanziaria compromessa.

Il licenziamento non appare, dunque, connotato da profili di abusività o illiceità.

Fondata appare, invece, la censura di illegittimità del licenziamento, in ragione della mancata comparazione di professionalità omogenee preesistenti in azienda.

Appare, sul punto, opportuno richiamare le motivazioni espresse nei precedenti depositati , che sul punto si condividono integralmente, operate sulla base di valutazioni di natura documentale o istruttoria orale (potendosi, d'altronde, in questa sede valutare le prove acquisite in altri procedimenti alla stregua di elementi di prova atipica, ai sensi dell'art. 116 c.p.c.), che hanno concluso nel senso della illegittimità della limitazione della riduzione del personale al solo settore Rilevamenti, ed in particolare al reparto Rilevamenti Monitoring rete, senza effettuazione di alcuna comparazione tra i lavoratori addetti a tale reparto, ed i lavoratori addetti al cd Merchandising. Giova, richiamare integralmente, ai sensi dell'art. 118 c.p.c., il precedente del Tribunale di Milano, est. Dossi, del 10 aprile 2018: " secondo quanto si ricava dall'art. 5, comma 1, legge 23 luglio 1991 n. 223, in caso di licenziamento collettivo la riduzione di personale deve, in linea generale, investire l'intero complesso aziendale, potendo essere limitata agli addetti a specifici rami aziendali soltanto se caratterizzati da autonomia e specificità delle professionalità utilizzate, infungibili rispetto alle altre, o comunque se ricorrano, in relazione al progetto di ristrutturazione aziendale, oggettive esigenze tecnico-produttive, restando onere del datore di lavoro provare il fatto che giustifica il più ristretto ambito nel quale la scelta è stata effettuata (cfr. ex multis Cass. 11 luglio 2013 n. 17177; Cass. 3 maggio 2011 n. 9711; Cass. 3 novembre 2008 n. 26376; Cass. 14 giugno 2007 n. 13876; Cass. 12 maggio 2006 n. 11034; Cass. 15 giugno 2006 n. 13783); in particolare la Suprema Corte ha statuito che "qualora il progetto di ristrutturazione aziendale si riferisca in modo esclusivo ad un'unità produttiva o ad uno specifico settore dell'azienda,



la platea dei lavoratori interessati può essere limitata agli addetti ad un determinato reparto o settore solo sulla base di oggettive esigenze aziendali, in relazione al progetto di ristrutturazione aziendale. Tuttavia poiché ai fini della corretta applicazione del criterio delle esigenze tecnicoproductive dell'azienda, previsto dalla L. n. 223 del 1991, art. 5, per l'individuazione dei lavoratori da licenziare, la comparazione delle diverse posizioni dei lavoratori deve essere effettuata nel rispetto del principio di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., il datore di lavoro non può limitare la scelta dei lavoratori da porre in mobilità ai soli dipendenti addetti a tale reparto se detti lavoratori sono idonei - per pregresso svolgimento della propria attività in altri reparti dell'azienda - ad occupare le posizioni lavorative di colleghi addetti ad altri reparti con la conseguenza che non può essere ritenuta legittima la scelta di lavoratori solo perché impiegati nel reparto operativo soppresso o ridotto, trascurando il possesso di professionalità equivalente a quella di addetti ad altre realtà organizzative (V. sostanzialmente in tal senso per tutte Cass. 13783/2006, 22824/2009, 22825/2009, 9711/2011)" (Cass. 12 gennaio 2015 n. 2013; in termini cfr. Cass. 1 agosto 2017 n. 19105); nel caso in esame, la comunicazione di avvio della procedura afferma, per quanto riguarda l'individuazione delle figure professionali in esubero, "che non vi è fungibilità né omogeneità tra il personale dei diversi Settori – ivi compresi quelli non impattati dagli esuberanti: Merchandising, Promozioni, Ricerche ed E-commerce – e che, pertanto, la comparazione tra i lavoratori, volta a individuare coloro che verranno licenziati, avverrà nell'ambito di ciascun settore interessato dall'esubero, con l'ulteriore specifica che, anche all'interno dei medesimi settori, non tutti i reparti hanno personale tra loro fungibile, e che, quindi la comparazione sarà limitata ai lavoratori dello stesso reparto ovvero dei soli reparti che presentano fungibilità reciproche [...] Al riguardo, si evidenzia, in particolare, che: nel settore RILEVAMENTI: a) gli addetti al reparto "Rilevamenti Monitoring - Rete" non sono fungibili con quelli di altri reparti dello stesso settore; b) gli addetti al reparto "Rilevamenti AuditRete" non sono fungibili con quelli di altri reparti dello stesso settore; c) gli addetti al



reparto "Rilevamenti Monitoring-Sede" sono fungibili unicamente con quelli del reparto "Rilevamenti Audit-Sede"; d) gli addetti al reparto "Rilevamenti Monitoring-Comando Controllo" sono fungibili unicamente con quelli del reparto "Rilevamenti Audit-Comando Controllo"; nel settore GENERALE: a) gli addetti al reparto "Contabilità" non sono fungibili con quelli di altri reparti/uffici dello stesso settore; b) gli addetti al reparto "Generale Servizi" non sono fungibili con quelli di altri reparti dello stesso settore"; al di là dell'affermata infungibilità tra i lavoratori addetti al settore Rilevamenti (e, all'interno di tale settore, tra i lavoratori dei diversi reparti suindicati), Consulmarketing s.p.a., non ha, tuttavia, allegato né offerto di provare, in concreto, l'effettiva infungibilità tra tali categorie di lavoratori, né la sussistenza di esigenze tecniche, produttive o organizzative idonee a fondare la decisione di circoscrivere ad essi la procedura di riduzione del personale; nella comunicazione di avvio del procedimento, come sopra evidenziato, si dà atto della decisione aziendale di esternalizzare, nel loro complesso, le attività di rilevamento (c.d. monitoring); tali attività comprendono le attività di controllo degli allestimenti, dello stato degli scaffali e della presentazione dei prodotti, di rilevazione della collocazione e dei prezzi dei prodotti, suddivise per tipologie e marche specifiche; Consulmarketing s.p.a. svolge anche, nell'ambito del c.d. marketing operativo, attività di merchandising, consistenti nell'allestimento, nel rifornimento, nella cura del display e nella presentazione dei prodotti all'interno dei punti vendita; dalla documentazione in atti emerge che i lavoratori addetti alle attività di monitoring e quelli addetti alle attività di merchandising appartengono ad un'unica struttura organizzativa, denominata "Monitoring & Merchandising", facente capo ad un unico Responsabile - Area Manager, cui riportano otto Field Specialist, suddivisi per aree geografiche, ciascuno dei quali è referente sul territorio di tutte le risorse operanti nelle province assegnate (cfr. docc. 29 e 30 fascicolo ricorrente); il dichiarato obiettivo di tale assetto organizzativo "è quello di creare una grande flessibilità rete che ci consenta di gestire picchi di lavoro, nuove opportunità sul territorio, saturazione delle ore di contratto dei



dipendenti” (cfr. doc. 29 fascicolo ricorrente); si è, in effetti, verificato che, in diverse occasioni, lavoratori addetti al reparto “Rilevamenti Monitoring-Rete” (ossia addetti ad attività di rilevamento nella grande distribuzione) siano stati incaricati di svolgere attività di merchandising, ossia di effettuare attività di montaggio strutture, posizionamento di prodotti e materiale promozionale negli spazi espositivi presenti all’interno dei punti vendita etc.; ciò risulta documentalmente dalle comunicazioni recanti affidamenti di incarichi di “posizionamento materiale di visibilità” ed incarichi di analogo contenuto, allegate in atti (cfr. docc. 24, 25, 26 e 27 fascicolo ricorrente); anche - addetta al reparto “Rilevamenti Monitoring-Rete” – ha svolto personalmente, in numerose occasioni, attività di addetta al merchandising, consistenti nell’installazione di allestimenti ed esposizione di prodotti nei punti vendita, rifornimento scaffali etc., come comprovato in particolare dagli incarichi di cui ai docc. 57, 59, 61, 62, 74, 75, 76, 77, 78 e 84 fascicolo ricorrente; l’assegnazione ad attività di merchandising della ricorrente (così come degli altri addetti al reparto “Rilevamenti Monitoring-Rete”) non ha richiesto alcuna preventiva formazione ed è avvenuta sulla base di semplici istruzioni e direttive, le stesse che venivano impartite al personale abitualmente adibito a tale attività (cfr. esemplificativamente brief esplicativo dell’attività, allegato sub doc. 25 fascicolo ricorrente); dalla ricostruzione dei fatti sopra esposta emerge, in sintesi, che: a) il settore rilevamenti/monitoring e il settore merchandising operavano in modo fortemente integrato, nell’ambito della stessa struttura organizzativa e gestionale; b) tale integrazione era funzionale, tra l’altro, all’utilizzo flessibile del personale da un settore all’altro, in base alle esigenze aziendali; c) la società ha effettivamente fatto ricorso a tale strumento, utilizzando in particolare personale addetto al reparto “Rilevamenti Monitoring – Rete” (tra cui la ricorrente) in attività di merchandising; quanto evidenziato attesta che le mansioni del personale addetto al rilevamento (monitoring) e le mansioni del personale addetto al merchandising richiedono capacità e competenze professionali equivalenti e, come tali, fungibili; il fatto che, dal punto di vista operativo, le



singole attività materialmente svolte dagli addetti al monitoring non coincidano con quelle svolte dagli addetti al merchandising (come dettagliatamente descritto da parte convenuta nella propria memoria di costituzione) non toglie che la professionalità spesa dai lavoratori addetti alle due attività sia in concreto equivalente; le capacità e le competenze richieste ed impiegate nell'espletamento delle attività in esame sono infatti le medesime, come comprovato dal fatto che, in occasione del non raro impiego in uno dei due settori di lavoratori abitualmente addetti all'altro, non è stato necessario impartire loro alcuna specifica formazione; per contro, la dettagliata descrizione, effettuata dalla convenuta, delle mansioni rispettivamente svolte dagli addetti al monitoring e dagli addetti al merchandising non dimostra che le mansioni degli uni e degli altri, pur se materialmente diverse, richiedano il possesso di autonome e specifiche conoscenze ed esperienze professionali, ma evidenzia piuttosto come il bagaglio professionale comune a tutti gli addetti al marketing operativo si moduli in concreto a seconda dei compiti (di monitoring o di merchandising) di volta in volta assegnati; ciò significa che, al di là di quanto enunciato nella comunicazione di avvio della procedura di licenziamento, la professionalità degli addetti al reparto "Rilevamento Monitoring – Rete" (tra cui l'odierna ricorrente) è essenzialmente equivalente e fungibile rispetto alla professionalità degli addetti al merchandising; in altri termini, alla luce dei principi ricavabili dalla giurisprudenza della Suprema Corte precedentemente richiamati, il reparto "Rilevamento Monitoring - Rete" non appare caratterizzato da autonomia e specificità delle professionalità utilizzate; pertanto, ferma restando l'insindacabilità della decisione di Consulmarketing s.p.a. di esternalizzare l'attività di monitoring, la scelta di far coincidere la platea degli esuberanti con i lavoratori addetti all'anzidetto reparto - senza alcuna comparazione tra questi ultimi e gli addetti al merchandising, che pure svolgono mansioni fungibili - non appare sorretta da oggettive esigenze tecnico-produttive e risulta, quindi, illegittima; il vizio in esame si traduce in vizio nell'applicazione dei criteri di scelta; alla luce di quanto esposto il licenziamento di [] deve essere dichiarato illegittimo per



violazione dei criteri di scelta di cui all'art. 5, comma 1, legge 23 luglio 1991 n. 223, in ciò restando assorbita la decisione sugli ulteriori motivi di impugnazione del licenziamento dedotti in ricorso; secondo quanto stabilito dall'art. 5, comma 3, della medesima legge (come modificato dalla legge 28 giugno 2012 n. 92), il regime sanzionatorio applicabile è quello dell'art. 18, comma 4, legge 20 maggio 1970 n. 300 (previsto "in caso di violazione dei criteri di scelta previsti dal comma 1" dello stesso art. 5 legge 23 luglio 1991 n. 223); la norma, infatti, riguarda tutte le modalità di applicazione dei suddetti criteri e, quindi, non solo l'errata valutazione o applicazione dei punteggi assegnati, ma anche le modalità con cui essi sono attribuiti (cfr. Cass., 26 settembre 2016 n. 18847) e, pertanto, anche il perimetro di comparazione dei lavoratori. Non dirimente appare, in particolare, alla luce della acclarata astratta fungibilità tra le mansioni del personale addetto al rilevamento (cd monitoring) e le mansioni del personale addetto al merchandising, in quanto richiedenti mansioni e competenze professionali equivalenti, l'effettiva dimostrazione che l'odierno ricorrente, come dallo stesso dedotto, sia stato o meno in concreto impiegato in attività di merchandising, dovendosi valutare il parametro della fungibilità, ai fini della determinazione dell'ambito di comparazione, in astratto ed in linea giuridica. L'accoglimento del motivo di censura testè esposto importa assorbimento degli ulteriori motivi espressi in via gradata".

Deve, in conclusione, applicarsi l'art. 18, comma 4, legge 20 maggio 1970 n. 300, con la conseguente illegittimità del licenziamento intimato alla Pines e la condanna del Fallimento resistente alla reintegrazione della lavoratrice nel posto di lavoro ed al pagamento di un'indennità risarcitoria pari alle retribuzioni non percepite dalla data del licenziamento a quella della presente pronuncia entro il limite di 12 mensilità, sulla base della retribuzione globale di fatto mensile indicata in atti (Euro 1.755,20) e non oggetto di contestazione, nonché a versare i contributi previdenziali e assistenziali.



A tal proposito va ricordato il principio (v. Cass. lav. n 7129 del 29/03/2011), secondo cui ove il lavoratore abbia agito in giudizio chiedendo, con la dichiarazione di illegittimità o inefficacia del licenziamento, la reintegrazione nel posto di lavoro nei confronti del datore di lavoro dichiarato fallito, permane la competenza funzionale del giudice del lavoro, in quanto la domanda proposta non è configurabile come mero strumento di tutela di diritti patrimoniali da far valere sul patrimonio del fallito, ma si fonda anche sull'interesse del lavoratore a tutelare la sua posizione all'interno della impresa fallita, sia per l'eventualità della ripresa dell'attività lavorativa, sia per tutelare i connessi diritti non patrimoniali ed i diritti previdenziali, estranei all'esigenza della "par conditio creditorum" (in senso conforme anche Cass. n. 4051 del 2004).

Quanto, poi, alla condanna generica al risarcimento, commisurato alle retribuzioni maturate dal licenziamento sino al momento dell'effettiva reintegra con il tetto massimo delle dodici mensilità, va condiviso quell'orientamento giurisprudenziale (Cfr. tra le tante Cass. n. 19308 del 29.09.2016), sia pur formatosi in relazione alla disciplina previgente alla riforma Fornero, che ritiene il giudice del lavoro competente ad emettere una statuizione di condanna, in quanto, trattandosi di tutela reintegratoria attenuata prevista dall'art. 18, quarto comma, della Legge n. 300/1970, si tratterebbe di una domanda consequenziale rispetto alle richieste principali relative alla dichiarazione di illegittimità del licenziamento collettivo e alla reintegrazione, meramente ricognitiva del contenuto del dettato normativo che tale conseguenza ineluttabilmente vi riconnette. Infatti non viene richiesto alcun ulteriore accertamento aggiuntivo relativamente al quantum del risarcimento, secondo le coordinate di legge, che come tale implichi la necessità di una precedente verifica in via amministrativa, in base alle regole della procedura, a necessaria tutela degli altri creditori. Lo scorporo di tale domanda dalle altre per essere sottoposta alla verifica degli organi della procedura sarebbe, pertanto, anche sul piano della ratio legis, del tutto superflua, contribuendo viceversa unicamente ad appesantire ingiustificatamente la durata del processo.



In conclusione occorre revocare la ordinanza impugnata ed accogliere le domande della lavoratrice così come precisato nel dispositivo.

Sussistono i motivi previsti dalla normativa vigente per la compensazione integrale delle spese di lite sia con riferimento alla fase sommaria che con riferimento a tutte le fasi del presente giudizio di opposizione, stante la complessità e particolarità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Giudice, Luigi Pazienza, definitivamente pronunciando sulla opposizione alla ordinanza del Tribunale di Milano del 18.05.2018 proposta da _____ con ricorso in riassunzione nei confronti del "FALLIMENTO CONSULMARKETING s.p.a.", così provvede:

1) accoglie la domanda formulata in via subordinata e, per l'effetto, previa revoca della ordinanza impugnata del 18.05.2018, dichiara la illegittimità del licenziamento impugnato e condanna il Fallimento resistente alla reintegrazione della lavoratrice nel posto di lavoro ed al pagamento di un'indennità risarcitoria pari alle retribuzioni non percepite dalla data del licenziamento a quella della presente pronuncia entro il limite massimo delle dodici mensilità sulla base della retribuzione globale di fatto mensile indicata, oltre agli interessi legali ed alla rivalutazione monetaria, secondo gli indici Istat, dalla data di maturazione dei crediti sino all'effettivo soddisfo, nonché a versare i contributi previdenziali e assistenziali;

2) compensa integralmente tra le parti le spese di lite.

Si comunichi.

Milano, 28.05.2021

Il Giudice

(Luigi Pazienza)

