

# GIUSTIZIA CIVILE.com

RIVISTA SCIENTIFICA

ISSN 2420-9651

DIRETTA DA GIUSEPPE CONTE E FABRIZIO DI MARZIO

## SINDACATO E PROCESSO (A CINQUANT'ANNI DALLO STATUTO DEI LAVORATORI)

a cura di O. Razzolini, S. Varva, M. Vitaletti

*I Direttori, i Curatori e gli Autori  
ricordano con affetto e commozione Lauralba Bellardi  
e il suo prezioso insegnamento*



# Indice

---

<i>Prefazione</i> . . . . .	IX
1. Sindacato e processo (a cinquant'anni dallo statuto dei lavoratori), di <i>O. Razzolini - S. Varva - M. Vitaletti</i> . . . . .	1
2. Il valore dello Statuto nell'attuale panorama normativo: spunti di riflessione, di <i>Maria Paola Monaco</i> . . . . .	13
3. Il sindacato e la risoluzione delle controversie: una, nessuna o centomila identità?, di <i>Maurizio Falsone</i> . . . . .	25
4. Interesse collettivo, diritti individuali omogenei e la nuova azione di classe, di <i>Enrico Raimondi</i> . . . . .	57
5. La "bella giovinezza" dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori, di <i>Giuseppe Antonio Recchia</i> . . . . .	97
6. Condotta antisindacale, divieto di discriminazione per motivi sindacali e onere della prova, di <i>Francesca De Michiel</i> . . . . .	123



# Prefazione

---

La straordinaria e drammatica esperienza dell'emergenza pandemica non ha impedito, se pure spesso in forme diverse dal previsto, di ricordare e celebrare il cinquantenario dell'approvazione dello Statuto dei lavoratori. La legge n. 300 del 20 maggio del 1970 costituisce tuttora un punto di riferimento per ogni studioso e operatore del diritto del lavoro, ma diremmo anche per ogni datore di lavoro e lavoratore, rappresentando un progetto organico riformista che ha contribuito alla modernizzazione del sistema produttivo e del Paese (pur scontando, come è ovvio, consensi e dissensi sulle soluzioni di merito di volta in volta adottate).

Il fatto che nel corso di cinque decenni di vita della legge siano emersi, come era inevitabile, limiti delle singole disposizioni, esigenze di adattamento, proposte e soluzioni di parziale riforma, non fa venir meno l'interesse per uno dei testi legislativi più organici e, se così si può dire, più 'valoriali' che il legislatore abbia adottato, nel prisma dell'attuazione del progetto costituzionale.

Anche *Giustizia Civile.com* ha ritenuto di dover celebrare il cinquantenario, e ha pensato di farlo scegliendo un tema né scontato né particolarmente frequentato.

Una delle linee di fondo dello Statuto è senza dubbio la promozione di un modello moderno di relazioni sindacali nell'impresa (e da lì nel sistema Paese nel suo complesso), basato su una visione positiva del conflitto tra potere manageriale e contropotere collettivo, auspicabilmente destinato a

sfociare nella concertazione di soluzioni organizzative più avanzate e di valorizzazione del lavoro. Anche tale modello, ovviamente, ha visto nel tempo fasi positive ed altre di difficoltà, soluzioni innovative e ritardi: ma non si può negare che il sistema di relazioni sindacali nel suo complesso abbia contribuito a governare senza eccessive tensioni sociali periodi di crisi o trasformazione di grande difficoltà (come avvenuto nella lunga crisi finanziaria ed economica sorta alla fine del primo decennio del nuovo millennio o, da ultimo, nell'emergenza pandemica, con la difficile combinazione tra esigenza di ripresa delle attività produttive e sicurezza del lavoro).

Il "modello sindacale" è dunque uno dei temi centrali dello Statuto: ma il nostro interesse è stato ancora più specifico. Caratteristica di *Giustizia Civile*, tra le altre, è sempre stata quella di coltivare con impegno, a partire dalla scelta dei suoi Direttori e Autori, il dialogo tra le diverse componenti del diritto, tra la riflessione scientifica e quella giurisprudenziale, e la costante attenzione alla dimensione applicata e processuale del diritto.

Anche da questo punto di vista, lo Statuto dei lavoratori è stato un progetto fortemente innovativo, contenente un'importante disposizione a cavallo tra diritto sostanziale e diritto processuale quale l'art. 28, sulla repressione della condotta antisindacale del datore di lavoro: disciplina che, con la sua innovativa struttura, ha anticipato alcune linee dell'originale modello del processo del lavoro (elaborato, in ideale e immediata continuità con lo Statuto, dalla legge 533 del 1973) e ha fatto da apri strada a numerosi interventi riformatori dei decenni successivi (si pensi agli strumenti processuali di contrasto alle discriminazioni di varia natura).

L'art. 28 ha posto fortemente il tema del rapporto tra processo e dimensione collettiva, il tema dell'ingresso nelle aule di giustizia della logica super-individuale dei rapporti economici e sociali, il tema infine della dimensione dell'effettività del diritto, tra autoregolazione sociale e sanzione statale. D'altro canto tale tema evoca anche, per i soggetti sindacali, il delicato problema del rapporto con la tecnica e il processo, che è culturale e politico prima ancora che giuridico.

Si tratta di tematiche ancora e di nuovo di fondamentale importanza, alla luce dei nuovi problemi di governo dell'economia, delle relazioni sindacali e dell'impresa: non per caso una nuova generazione di studiosi è tornata

negli ultimi anni ad interessarsi a questi temi, che per un certo tempo (dopo il primo periodo della riflessione ‘statutaria’) sembravano essere meno attrattivi.

Ai curatori dello Speciale, Orsola Razzolini, Simone Varva e Micaela Vitaletti va tutto il merito di avere ideato e proposto il tema, di avere raccolto su di esso i contributi di una squadra di studiosi attrezzati e competenti, di averne curato lo sviluppo e la pubblicazione. Convinti di aver dato come Rivista un contributo non formale alla celebrazione del cinquantenario dello Statuto, non possiamo che ringraziarli di cuore.

MARCO MARAZZA, FRANCO SCARPELLI, PAOLO SORDI  
Direttori dell’Area Lavoro di *Giustizia Civile.com*





# 1.

## Sindacato e processo (a cinquant'anni dallo statuto dei lavoratori)

---

---

Dopo il tramonto dell'esperienza corporativa, il rapporto del sindacato con il processo, a lungo rifuggito<sup>1</sup>, “rinasce” con lo Statuto dei lavoratori. Attraverso specialmente l'art. 28, al sindacato viene offerto uno strumento giudiziario per l'effettiva attuazione dei propri diritti destinato, nel tempo, a segnare il progressivo superamento della sua tradizionale diffidenza nei confronti della tutela statale e del processo.

Seguendo una precisa logica, strategia e cultura sindacale, l'art. 28, come da subito rilevato da Giugni, è divenuto nel tempo lo «strumento di lotta sindacale» attraverso il quale il sindacato confederale, e specialmente la Cgil, ha reagito alla crisi del sistema sindacale di fatto<sup>2</sup>. Emblematica in

---

<sup>1</sup> Doveroso è il rinvio alle opere di Ghezzi (G. GHEZZI, *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali. La parte obbligatoria del contratto collettivo*, Milano, 1963) e Romagnoli (U. ROMAGNOLI, *Le associazioni sindacali nel processo*, Milano, Giuffrè, 1969) sul tema della legittimazione delle associazioni sindacali ad agire e ad intervenire in giudizio attraverso gli schemi privatistici ordinari.

<sup>2</sup> V.A. LASSANDARI, *L'azione giudiziale come forma di autotutela collettiva*, in *Lav.dir.*, 2014, 309.

questo senso è la nota vicenda Fiat-Fiom culminata nella celebre sentenza n. 231 del 2013 che ha modificato l'art. 19 St. lav. e le modalità di costituzione della rappresentanza sindacale aziendale.

Tra le diverse questioni che, in occasione del cinquantesimo anniversario dello Statuto dei lavoratori, possono essere sollevate, il presente lavoro collettaneo si sofferma sull'impiego dello strumento giudiziario da parte del sindacato e sull'impatto politico e sociale che ne è derivato: di questi aspetti si occupano i contributi di Maria Paola Monaco, Maurizio Falsone, Francesca De Michiel, Giuseppe Recchia, Enrico Raimondi.

Possiamo, in primo luogo, individuare un utilizzo del processo in chiave politico-strategica<sup>3</sup>.

In questa prima prospettiva, è possibile osservare come lo Statuto dei lavoratori e, in particolare, l'art. 28 abbia consentito al sindacato l'accesso al processo costituzionale.

Così, ad esempio, proprio da un ricorso ai sensi dell'art. 28 St. lav. ha origine il giudizio incidentale sulla legittimità costituzionale dell'art. 19 St. lav. che ha condotto alla sentenza n. 231 del 2013 e, molto prima, alla sentenza n. 244 del 1996 a firma di Luigi Mengoni.

Sempre sull'art. 28 St. lav. si sono innestate le decisioni della Corte costituzionale in materia di diritto di sciopero per la prima volta collocato nell'ambito soltanto del rapporto bilaterale privatistico tra datore di lavoro e lavoratore (v. Corte cost., n. 1 del 1974).

Del pari, si deve all'attivismo sindacale l'approdo dell'art. 18 St. lav., modificato dal d.lgs. n. 23 del 2015, alla Corte costituzionale che, con sentenza n. 194 del 2018, ne ha dichiarato la parziale illegittimità. Qui la Cgil, che aveva sin dall'inizio affiancato la ricorrente nel ricorso individuale, rivendicò (senza successo) la sua legittimazione ad intervenire richiamando suggestivamente l'art. 2 Cost. che riconoscerebbe alle formazioni sociali anche il «diritto alla autotutela come il potere di agire non solo per la promozione degli interessi del gruppo (collettivi) ma, attraverso la contrapposizione e la composizione degli interessi delle collettività professionali, anche per la modificazione dei rapporti di organizzazione eco-

---

<sup>3</sup> Di un uso politico dello Statuto dei lavoratori parla T. TREU (a cura di), *Sindacato e magistratura nei conflitti di lavoro. L'uso politico dello Statuto dei lavoratori*, Bologna, 1975.

nomica e sociale interne allo stato-comunità [...] interesse che, come tale, viene a essere direttamente inciso dall'esito del giudizio davanti alla Corte costituzionale».

L'intento della CGIL di utilizzare lo strumento giudiziario quale strategia politica sindacale finalizzata ad ottenere, pur in via mediata, la revisione delle scelte legislative compiute in materia di licenziamento individuale e collettivo appare evidente anche nelle azioni promosse di recente.

Da un lato con il reclamo collettivo 158 del 16 ottobre 2017 la CGIL ha invocato l'intervento del Comitato europeo dei diritti sociali sulla delicatissima questione della compatibilità con l'art. 24 CSE del regime indennitario in caso di licenziamento illegittimo introdotto con il "Jobs Act"<sup>4</sup>. Dall'altro lato, il medesimo sindacato ha promosso indirettamente, attraverso il sostegno al ricorso individuale, il rinvio alla Corte di giustizia della questione di compatibilità della disciplina in materia di licenziamenti collettivi, modificata dal Jobs Act, con la Direttiva europea<sup>5</sup>.

Nelle sopra citate sentenze della Corte costituzionale si ritrova l'orientamento assai restrittivo in materia di intervento del terzo nel processo costituzionale incidentale. Quando il sindacato non assume le vesti di parte nel giudizio *a quo*, il suo intervento nel giudizio costituzionale è stato quasi sempre rigettato a fronte dell'insussistenza di un «interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio».

In altri termini, la Corte ritiene ammissibile l'intervento del terzo solo quando quest'ultimo sia non semplicemente interessato alle ricadute politiche e sociali della decisione sulla questione di costituzionalità, bensì titolare di una posizione soggettiva collegata a quella dedotta nel giudizio *a quo* sulla quale la sentenza è destinata immediatamente ad incidere.

Oggi più che mai si pone la domanda se siano giustificabili le strettoie poste nel nostro ordinamento all'accesso alla giustizia, in generale, e alla giustizia costituzionale, in particolare, per i gruppi organizzati. Ad esem-

---

<sup>4</sup> La decisione del Comitato, favorevole al reclamo presentato dalla CGIL, è stata pubblicata l'11 febbraio 2020.

<sup>5</sup> Si fa riferimento alla sentenza di App. Napoli, 18 settembre 2019 (che solleva anche la questione di costituzionalità) e di Trib. Milano, 5 agosto 2019, ove la CGIL è intervenuta *ad adiuvandum*.

pio, a molti non è sfuggito come, in epoca Coronavirus, la Corte costituzionale federale tedesca sia intervenuta in alcuni momenti fondamentali proprio su sollecitazione di un'associazione religiosa e su ricorso diretto di un gruppo di studiosi ed esperti di diritto ed economia <sup>6</sup>, mentre la Corte costituzionale italiana sia rimasta suo malgrado silente in uno dei momenti storici più delicati per i diritti costituzionali.

Del resto, la necessità di una maggiore apertura del processo costituzionale alla società civile è stata avvertita dalla stessa Corte che, con la Delibera dell'8 gennaio 2020, ha apportato alcune rilevanti modifiche alle «Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale». In estrema sintesi, in base al nuovo art. 4, comma 7, la Corte ribadisce il proprio restrittivo orientamento in materia di intervento del terzo, circoscritto soltanto ai soggetti «titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio». Tuttavia, ai sensi del successivo art. 4-ter, rubricato «Amici curiae», viene consentito per la prima volta a «le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità» di «presentare alla Corte costituzionale un'opinione scritta»: opinione che verrà ammessa a condizione che offra «elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità».

Se attraverso le condizioni poste per l'intervento nel processo costituzionale incidentale la Corte recepisce il proprio tradizionale orientamento restrittivo, attraverso l'istituto dell'*amicus curiae* si schiudono le porte alla possibilità per il sindacato di partecipare, se non come parte, almeno come *amicus*, presentando un'opinione scritta di 25.000 caratteri, laddove dimostri di essere portatore «di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità».

---

<sup>6</sup> Ci si riferisce alla sentenza Corte costituzionale federale tedesca, 10 aprile 2020 resa su ricorso di un'associazione religiosa senza scopo di lucro che si doleva dell'ordinanza di Berlino che vietava la celebrazione pubblica del culto sino al 19 aprile 2020, nonché alla decisione del 5 maggio 2020, resa su ricorso di un gruppo di esperti contro le decisioni di acquisto dei debiti pubblici (Public Sector Purchase Programme) assunte dalla Banca Centrale europea accettate dal Parlamento e dal Governo tedesco. Si tratta di decisioni che, al di là del merito delle questioni (il bilanciamento tra il diritto ad esercitare in pubblico il culto e il diritto alla salute collettiva, il rispetto del principio di proporzionalità da parte del PSPP lanciato dalla BCE), dimostra come la Corte di Karlsruhe costituisca un luogo aperto alla rappresentanza degli interessi organizzati.

Rinviando l'analisi dell'istituto, che presenta luci e ombre, al contributo di Maurizio Falsone, ci si limita qui a segnalare come agevolare la partecipazione del sindacato al processo costituzionale, seppure solo in veste di *amicus*, costituisca un piccolo passo verso un allargamento del contraddittorio, consentendo l'ingresso, a differenza di quanto avviene nel giudizio *a quo*, di interessi e diritti che assumono contorni e significati diversi e più generali «attinenti alla questione di costituzionalità». Ci si riferisce, in particolare, ai sindacati la cui partecipazione al processo costituzionale può contribuire, da un lato, ad una migliore comprensione delle ricadute economico e sociali della regola da adottare e, dall'altro lato, a dare rappresentanza e voce a punti di vista e interessi collettivi altrimenti esclusi, nel rispetto dell'art. 24 Cost. Si tratta, in ogni caso, di una questione delicata e complessa che tocca i fondamenti teorici del processo costituzionale e la sua natura meramente giurisdizionale e tecnica o politica.

Tornano all'art. 28 St. lav., uno degli aspetti più salienti, messo in evidenza in tutti i saggi qui pubblicati, è la capacità, in ragione della sua configurazione aperta, di attrarre l'imprevedibile numero di casi che la realtà nel tempo è stata in grado di restituire. Così, la contrapposizione fisiologica tra datore di lavoro e sindacati, laddove non risolta nell'ambito dell'ordinamento intersindacale, trova rifugio nel Giudice, scavando, per dirla con Gino Giugni, un «canale costantemente aperto, attraverso il quale essi entrano in comunicazione»<sup>7</sup>.

Non di rado, tuttavia, quella funzione diviene strumentale a dirimere la conflittualità crescente tra parti sociali, come se la disposizione in esame avesse subito – se così può dirsi – una torsione in un senso decisamente orientato ad appianare anche le criticità endo-sindacali. L'art. 28 viene, in altri termini, impiegato dal sindacato quale strumento di «accreditamento» e legittimazione nell'ambito dell'ordinamento intersindacale.

I convitati di pietra di molti ricorsi promossi negli ultimi anni sembrano infatti proprio le organizzazioni sindacali, legittimate passive formalmente assenti, stante l'impianto normativo dell'art. 28 St. lav., ma senz'altro destinatarie ultime dei provvedimenti richiesti.

In tal senso lo strumento processuale, come viene approfondito nel con-

---

<sup>7</sup> G. GIUGNI, *Introduzione all'autonomia collettiva*, Milano, 1960, 71.

tributo di Francesca De Michiel, si espone ad un orizzonte teleologico in parte distante da quello classico, pur restando nella struttura ancorato alla sua formulazione originaria.

Le occasioni in cui il sindacato è ricorso all'art. 28 St. lav. per definire la rete di relazioni interne all'ordinamento intersindacale sono molteplici, in particolare, ma non solo, con riferimento al tema della rappresentatività sindacale, pre-condizione per l'accesso alla contrattazione collettiva e all'esercizio dei diritti di cui al titolo III dello Statuto.

In un sistema caratterizzato dall'anomia legislativa, il governo della pluralità sindacale, quale espressione, dell'art. 39 Cost., rimane affidato alle parti sociali i cui accordi interconfederali, volti a regolare i rapporti tra attori sindacali, non ha tuttavia generato i risultati attesi.

La recente e spasmodica produzione collettiva ha di fatto trasposto sull'organo giudicante il compito di accertare, da un lato, la rappresentatività sindacale di coloro che non hanno aderito agli Accordi interconfederali, dall'altro, di consolidare i ruoli all'interno di quel sistema di regole, evocando l'orientamento dottrinale che ha più volte evidenziato i limiti di un sistema sindacale "di fatto" e, dunque, rimesso esclusivamente all'autodeterminazione delle parti sociali, come rilevato nel contributo di Maria Paola Monaco.

Del resto, l'uso improprio della disposizione, se si ravvisa tra le organizzazioni sindacali di formazione più recente o avvalorate in alcuni settori e/o realtà locali, ma prive di una dimensione nazionale e/o plurale, non è estraneo neppure ai sindacati che tradizionalmente sono riconosciuti come interlocutori della controparte datoriale e, più in generale, firmatari dei suddetti accordi.

A titolo esemplificativo e qui in estrema sintesi, basti pensare ai sindacati che hanno rimesso al Giudice l'interpretazione di specifiche clausole dell'Accordo interconfederale del 10 gennaio 2014, tra cui quella sul c.d. cambio casacca (Trib. Napoli, 21 marzo 2018) manifestando una certa cedevolezza rispetto all'effettiva volontà espressa con la sottoscrizione dell'accordo.

Tra le altre clausole, oggetto di contenzioso, vi è anche quella relativa al diritto di indire l'assemblea di cui all'art. 20 st.lav.. Il datore di lavoro, nell'acconsentire o meno alla richiesta di organizzare l'assemblea sinda-

cale da parte di un solo proponente, sembra porsi in realtà come “intermediario” di una questione interpretativa non risolta dalle organizzazioni sindacale sulle modalità di esercizio di quel diritto nell’ambito della RSU. Sul punto è intervenuta la Cassazione a sezioni unite (6 giugno 2017, n. 13798) la cui decisione, ove rimette sia al singolo componente della RSU, sia alla RSU come organo il diritto di indire l’assemblea, conferma l’idea di una unità sindacale che si arresta alla struttura dell’organo di rappresentanza aziendale, senza riflettersi sulle sue funzioni.

Si rammenta poi il tentativo di giovare dell’Accordo interconfederale 10 gennaio 2014 soltanto rispetto ad alcune clausole e, dunque, chiedendone la parziale applicazione, pur essendo un insieme inscindibile di norme collettive (Trib. Roma, 15 maggio 2015).

Altresì, copiosa è la giurisprudenza con riferimento a quelle organizzazioni sindacali non firmatarie dell’Accordo interconfederale che, pur potendo aderire al medesimo, hanno preferito ricorrere all’art. 28 St. lav. per essere accreditate quali sindacati riconosciuti come “parti” della dinamica sindacale non tanto e non solo dal datore di lavoro, ma dalle altre centrali sindacali agganciandosi a quanto prescritto dall’art. 19 St. lav. (Trib. Firenze, 18 aprile 2019).

Ritornano allora in questo senso le parole di Massimo D’Antona, così riprendendo anche l’idea di fondo di questo lavoro collettaneo, in cui se appare sfuggente la definizione di interesse collettivo, lo è anche rispetto ai suoi rappresentanti, spesso riversi a conservare e/o accreditare la loro posizione all’interno dell’ordinamento intersindacale, meno di fronte ai lavoratori, né come iscritti, né più specificatamente come rappresentati»<sup>8</sup>. Se l’art. 28 St. lav. è stato utilizzato negli anni principalmente quale strumento di accreditamento o autotutela delle prerogative del sindacato e solo «preterintenzionalmente» degli interessi dei lavoratori (Pedrazzoli), più di recente si è assistito ad un crescente interesse di quest’ultimo verso lo strumento della discriminazione collettiva che, per contro, si presta ad essere impiegato per tutelare interessi e diritti individuali omogenei riferibili ad una pluralità di lavoratori. Ci si riferisce, ad esempio, ai due

---

<sup>8</sup> M. D’ANTONA, *I diritti sindacali e diritti del sindacato: il titolo III dello Statuto dei lavoratori rivisitato*, in *Lav. dir.*, 1990, 247.



commi dell'art. 5 d.lgs. 9 luglio 2013, n. 216 che riconoscono il diritto all'azione alle organizzazioni sindacali, rispettivamente, «in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione» e, quello che qui più interessa, «nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione». Sul punto si è espressa recentemente la giurisprudenza di merito, sottolineando come sia stato il «legislatore stesso a qualificare dette associazioni come enti “esponenziali” di interessi collettivi» (App. Brescia, 24 luglio 2019).

Il crescente interesse del sindacato verso tale strumento è certamente dovuto al riconoscimento da parte della giurisprudenza dell'affiliazione sindacale quale *species* facente parte del *genus* delle convinzioni personali. Fattore quest'ultimo che, a differenza di quello sindacale, è incluso tra quelli protetti dal diritto antidiscriminatorio di fonte europea; con quanto ne consegue in particolare in termini di agevolazioni probatorie (con la valorizzazione delle presunzioni e dei dati statistici) e processuali (l'art. 28 d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, dispone che le controversie -anche- sulle discriminazioni protette nel d.lgs. 216/2003 vengano decise con il rito sommario di cognizione).

L'inquadramento delle ragioni sindacali tra le discriminazioni per convinzioni personali, prende il via con la celebre controversia tra Fiom-Cgil e Fabbrica Italia Pomigliano (Trib. Roma, 21 giugno 2012, App. Roma, 9 ottobre 2012 e Cass. civ., 11 marzo 2014, n. 5581) e si ripropone nel più recente caso che contrappone Filt-Cgil a Ryanair (Trib. Bergamo, 30 marzo 2018 e App. Brescia, 24 luglio 2019).

Questa implicazione in prima persona del più importante sindacato italiano nelle questioni connesse al diritto antidiscriminatorio è stata ritenuta un esempio emblematico di “lite strategica” per mezzo della quale «tradizionali forme di conflitto e di mobilitazione sociale tendono a prendere nuove forme, diventando controversie su diritti, la cui soluzione viene affidata a soggetti terzi»<sup>9</sup>.

Più in generale, la giurisprudenza descritta conferma l'interesse del sin-

---

<sup>9</sup> M. BARBERA-V. PROTOPAPA, *Il caso Fiat: come la tutela antidiscriminatoria riformula il conflitto sindacale*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, II, 177.

dacato verso strumenti giudiziari che gli consentano di agire in rappresentanza o a sostegno di diritti e interessi individuali (riferibili a singoli lavoratori o a gruppi di essi). L'azione giudiziale in rappresentanza o a sostegno di un singolo o di un gruppo di lavoratori costituisce una strategia sindacale, alternativa a quelle più tradizionali della contrattazione e del conflitto, quanto mai interessante nel momento attuale, contrassegnato dall'inesorabile declino del contenzioso individuale anche a causa dell'indebolimento di alcuni diritti individuali dei lavoratori e delle modifiche delle norme processuali (*in primis*, quella sulle spese del giudizio).

Nel contesto descritto si colloca la nuova l. 12 aprile 2019, n. 31 «Disposizioni in materia di azioni di classe», la cui entrata in vigore è stata rimandata ad ottobre 2020, offre al dibattito così sintetizzato un contributo decisivo. La legittimazione ad esercitare in giudizio l'azione di classe risarcitoria e l'azione collettiva inibitoria viene attribuita a qualsiasi «organizzazione o associazione senza scopo di lucro i cui obiettivi statuari comprendano la tutela» dei diritti e degli interessi pregiudicati, purché iscritta nell'apposito elenco istituito presso il Ministero della giustizia (v. i nuovi artt. 840-*bis* e 840-*sexiesdecies* cod. proc. civ.). L'espressione appare riferibile, oltre che alle associazioni dei consumatori, alle organizzazioni sindacali. Per la prima volta dalla formulazione dell'art. 2907, comma 2, c.c., da molti ritenuto implicitamente abrogato in seguito alla soppressione del regime corporativo ad opera del d.lgt. 23 novembre 1944, n. 369, la legittimazione dei sindacati ad agire in giudizio a tutela di diritti e interessi dei lavoratori viene così munita di fondamento normativo.

Se la legge entrerà effettivamente in vigore, da ottobre 2020 il sindacato potrà, anzitutto, tutelare in giudizio «diritti individuali omogenei» dei lavoratori senza bisogno di alcuna autorizzazione o mandato; questi ultimi decideranno poi liberamente se aderire o meno all'azione, con le modalità stabilite dall'art. 840-*quinquies* cod. proc. civ., secondo il meccanismo dell'*opt-in*. In secondo luogo, il sindacato potrà esercitare l'azione collettiva inibitoria, chiedendo al giudice che venga ordinata al datore di lavoro la cessazione e il divieto di reiterazione di condotte, commissive o omissive, ritenute pregiudizievoli degli interessi – scompare l'aggettivo “collettivi” – riferibili ad una pluralità di lavoratori. Il tutto corredato di un onere della prova agevolato (i dati statistici e le presunzioni semplici che hanno

già dato buona prova nel diritto antidiscriminatorio), di un regime delle spese processuali particolarmente favorevole e della possibilità per il giudice di accompagnare l'ordine di cessazione della condotta con il provvedimento di cui all'art. 614-*bis* c.p.c., sino ad ora inapplicabile al diritto del lavoro.

Soprattutto l'azione collettiva inibitoria appare di grande interesse per il sindacato. Pensiamo soltanto al recente caso dei *riders* che hanno agito in via d'urgenza, individualmente (senza cioè rivolgersi ad alcuna associazione), al fine di ottenere dal committente/datore di lavoro gli strumenti di protezione individuale anti-Covid quali mascherine, guanti monouso e gel disinfettante (Trib. Bologna, 14 aprile 2020; Trib. Firenze, 1° aprile 2020; Trib. Firenze, 5 maggio 2020). Per il sindacato – o per altra associazione rappresentativa – sarebbe stato importante poter accedere allo strumento dell'azione collettiva inibitoria anche al fine di legittimarsi e accreditarsi agli occhi dei lavoratori.

Si concentrano sul nuovo istituto i contributi di Maurizio Falsone, Enrico Raimondi e Giuseppe Recchia che ne evidenziano le potenzialità ma anche i limiti.

Infine, il dibattito descritto si intreccia all'analisi di due questioni generali con le quali gli Autori sono portati a confrontarsi.

In primo luogo, se sia possibile individuare nell'art. 2907, comma 2, c.c., sull'azione nell'interesse delle «categorie professionali delle associazioni legalmente riconosciute», il fondamento generale ancora attuale della legittimazione ad agire delle associazioni sindacali. Una questione, questa, che può essere esaminata anche a partire dal raffronto tra le diverse sorti dell'art. 2907, comma 2, c.c. e dell'art. 2601 c.c. (sulla legittimazione ad agire per la repressione della concorrenza sleale «delle associazioni e degli enti che rappresentano la categoria»). Se, infatti, l'art. 2907, comma 2, c.c. è stato ritenuto da tutti implicitamente abrogato a seguito della soppressione del regime corporativo, non si è invece mai dubitato, né in dottrina né in giurisprudenza, della perdurante applicabilità dell'art. 2601 c.c., pur anch'esso fedele espressione dell'ideologia corporativa.

Infine, la questione più complessa ma ancora attuale attiene alla definizione e individuazione del significato di interesse collettivo anche in contrapposizione agli interessi cosiddetti diffusi e ai diritti e agli interessi

individuali omogenei. Che cos'è l'interesse collettivo? Chi definisce l'interesse collettivo? E, ancora, l'interesse collettivo è azionabile in giudizio? In questa sede possiamo solo limitarci a ricordare come, da una parte, vi sia la proposta teorica di Francesco Santoro-Passarelli, pensata essenzialmente per il contesto della contrattazione collettiva, che conduce ad individuare nell'interesse collettivo la sintesi indivisibile degli interessi individuali compiuta dal sindacato<sup>10</sup>. Una proposta interpretativa definita non a caso «neo-dogmatica»<sup>11</sup> in quanto rivolta a spiegare alcuni principi propri del diritto sindacale post-costituzionale, *in primis*, l'inderogabilità del contratto collettivo e la primazia del collettivo sull'individuale<sup>12</sup>.

Più laica è la ricostruzione, ad esempio, di Cesarini Sforza, per il quale l'interesse di categoria, distinto dall'interesse individuale, esiste solo nel momento in cui si riconosce che gli interessi dei singoli lavoratori, che alla categoria appartengono, sono in molti casi eterogenei e non omogenei. Il conflitto di interessi viene qui risolto dall'organizzazione sindacale alla quale spetta decidere quale interesse, per l'appartenere ad un certo numero di individui, debba considerarsi come «della categoria» ovvero come collettivo<sup>13</sup>. In quest'ottica, l'interesse collettivo non sarebbe affatto un «interesse sintetico», quasi ontologicamente distinto dall'interesse individuale, ma un interesse anch'esso «singolo» o «individuale» la cui principale caratteristica risiede nel fatto di essere selezionato e individuato autonomamente dal sindacato, chiamato in molti casi a sbrogliare la matassa degli interessi individuali omogenei ed eterogenei dei lavoratori, scegliendo quali porre al centro della propria azione.

---

<sup>10</sup> Così F. SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1967, 21.

<sup>11</sup> Così B. CARUSO, *Il potere di rappresentanza nella formazione del contratto collettivo*, Padova, 1988, 98 ss., riferendosi specialmente a Santoro-Passarelli, Persiani, Ferraro e Garofalo.

<sup>12</sup> Oltre a Francesco Santoro-Passarelli v., specialmente, il contributo di M. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Padova, 1972.

<sup>13</sup> V. W. CESARINI-SFORZA, *Studi sul concetto di interesse generale*, in *Arch. studi corp.*, 1935, 51 ss.



2.

## IL VALORE DELLO STATUTO NELL'ATTUALE PANORAMA NORMATIVO: SPUNTI DI RIFLESSIONE

---

Sommario: 1. Contesto e valori nella genesi dello Statuto dei lavoratori. – 2. Lo Statuto dei lavoratori e la sua parte promozionale. – 3. L'attualità dello Statuto di fronte all'emersione di nuovi interessi e strumenti di tutela. – 4. Lo Statuto quale fonte di veicolo dei valori costituzionali nei luoghi di lavoro. – 5. Interpretazione valoriale al rispetto della dignità e nuova disciplina dei controlli.

013

### 1. - Contesto e valori nella genesi dello Statuto dei lavoratori.

Nonostante siano passati oltre Cinquant'anni dall'approvazione dello Statuto dei lavoratori questa legge continua a suscitare ciclicamente interesse e dibattiti<sup>1</sup>. È innegabile, d'altra parte, come essa abbia rappresentato, per le generazioni succedutesi dagli anni Sessanta a fine secolo, un imprescindibile punto di riferimento studiato dalla maggior parte della dottrina

---

<sup>1</sup> Si ricordano fra un numero innumerevole di contributi quelli apparsi per celebrare i quarant'anni dalla promulgazione della legge in *Lav. dir.*, 1, 2010, in particolare, M.V. BALLESTRERO, *Quaranta anni e li dimostra tutti*, in *Lav. dir.*, 20; O. MAZZOTTA, *Le molte eredità dello Statuto dei lavoratori*, in *Lav. dir.*, 2010, 32 ss.; M. NAPOLI, *Lo Statuto dei lavoratori ha quarant'anni, ben portati*, in *Lav. dir.*, 2010, 123 ss.; in *Ec. lav.*, 1, 2011, in particolare, T. TREU, *A quarant'anni dallo Statuto dei lavoratori*, in *Ec. lav.*, 2011, 53; M. PACI, *Lo Statuto dei diritti dei lavoratori oggi*, in *Ec. lav.*, 2011, 48. Negli anni precedenti v., M. D'ANTONA, *Sindacati e stato a vent'anni dallo Statuto dei lavoratori*, in *Id.*, *Opere*, a cura di B. CARUSO-S. SCIARRA, Milano, 2000.

giuridica e sociologica, seppur con diversi approcci sistemici, culturali e politici. Nei molti contributi apparsi l'accento è stato posto sul carattere promozionale ed innovativo delle sue disposizioni <sup>2</sup> e sul contesto nel quale quell'idea, che ha cambiato le relazioni all'interno delle fabbriche, ha visto luce <sup>3</sup>. D'altra parte, è innegabile che «per comprendere le ragioni e la portata della legge» occorra «far riferimento in particolare a due elementi che soli possono renderla pienamente intelligibile. Essi sono, rispettivamente, il contesto in cui tali norme maturarono e la cultura di cui furono il risultato» <sup>4</sup>. Il 1970 e, quindi, lo Statuto che, proprio in quell'anno, venne alla luce danno inizio ad un'epocale svolta facendo propri alcuni dei valori espressi negli anni immediatamente precedenti. A ben guardare, tuttavia, le premesse su cui si fonda lo Statuto non nascono propriamente nel contesto socio-economico della fine degli anni sessanta. L'idea che la fabbrica non potesse essere un luogo sottratto al rispetto dei principi della Carta Costituzionale e che, al suo interno le persone/lavoratori non potessero essere considerate giuridicamente diverse, nella fruizione dei diritti costituzionali, dalle persone/cittadini e che, quindi, le due sequenze per la Costituzione fossero un *unicum* identitario – persone/cittadini/lavoratori – affonda le sue radici negli anni antecedenti a quelli imperniati sulla logica del conflitto allorquando, nel III congresso della Cgil di Napoli, viene formulata una proposta di *Statuto dei diritti, delle libertà e della dignità dei lavoratori nell'azienda*. In un contesto nel quale i sindacati – prima fra tutti la CGIL – si trovavano a fronteggiare una situazione di forte ridimensionamento del loro potere negoziale e a mitigare le aspre condizioni di lavoro drasticamente peggiorate lo *Statuto* viene immaginato come un'evoluzione politica del contenuto economico del Piano del lavoro <sup>5</sup> e presentato così: «noi pensiamo che i lavoratori debbono condurre una grande lotta per rivendicare il diritto di essere consi-

---

<sup>2</sup> BARBERA, *I "classici" del diritto del lavoro tra cronaca e storia*, in *Lav. dir.*, 2000, 115 ss.

<sup>3</sup> DI VITTORIO, *Lo Statuto dei diritti dei cittadini lavoratori*, in *Lavoro*, n. 43, 25 ottobre 1952, in F. GIASI (a cura di), *In difesa della Repubblica e della democrazia. Antologia di scritti 1951-1957*, Roma, 2007.

<sup>4</sup> E. BARTOCCI, *Lo Statuto dei lavoratori e l'umanesimo socialista*, in *Ec. lav.*, 2011, 43.

<sup>5</sup> *Il Piano del lavoro della CGIL 1949-1950. Atti del convegno organizzato dalla Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Modena, 9-10 maggio 1975*, Milano, 1978; P. CRAVERI, *Il significato storico e politico del Piano del lavoro di Giuseppe Di Vittorio*, in S. BERTI (a cura di), *Crisi, rinascita, ricostruzione. Giuseppe Di Vittorio e il Piano del lavoro (1949-50)*, Roma 2012

derati uomini nella fabbrica e perciò sottoponiamo al Congresso un progetto di “Statuto” che intendiamo proporre, non come testo definitivo, alle altre organizzazioni sindacali (perché questa esigenza l’ho sentita esprimere recentemente anche da dirigenti di altre organizzazioni sindacali), per poter discutere con esse ed elaborare un testo definitivo da presentare ai padroni e lottare per ottenerne l’accoglimento e il riconoscimento solenne»<sup>6</sup>. Nella proposta di Statuto, il riconoscimento dei diritti della Costituzione nei luoghi del lavoro viene articolato su quattro grandi temi direttamente collegati ai vari articoli della Costituzione. Così, il primo, per il tramite dell’art. 2 Cost., ribadiva, in nome del principio solidaristico, che nelle varie forme espressive del lavoro, tanto individuali che associative, non sarebbe più potuta mancare la presenza dei diritti riconosciuti dalla Costituzione; il secondo, collegandosi all’art. 13 Cost. e all’inviolabilità della libertà personale, prescriveva al datore di lavoro di muoversi entro il perimetro del rapporto rispettando, anche in questo perimetro, la dignità e l’integrità fisica e morale del lavoratore; il terzo, volto ad attuare i principi contenuti negli artt. 39, 40 e 46 Cost., trasponeva, nel terreno dei luoghi di lavoro, gli assiomi privatistici consentendo anche ai lavoratori di esprimere e di rappresentare le loro idee; il quarto ed ultimo tema, collegandosi all’art. 3 Cost., stabiliva che nel rapporto di lavoro non poteva aver luogo nessuna pregiudiziale di tipo razziale, politica o religiosa. «I diritti vengono presentati come strumenti (...) cui i soggetti deboli del rapporto di lavoro devono poter ricorrere, nel quadro di una repubblica fondata sul lavoro e impegnata a realizzare la cittadinanza sociale»<sup>7</sup>. La portata universale dei diritti costituzionali rendeva, quindi, non più accettabili realtà nelle quali le condizioni di lavoro erano durissime «molti dei contadini (...) erano costretti ad accettare l’arruolamento in fabbriche in cui non si rispettavano le norme sulla sicurezza e non si versavano i contributi previdenziali; e l’orario di lavoro era disumano»<sup>8</sup>. Per quanto i risultati di

---

<sup>6</sup> G. DI VITTORIO, *III Congresso nazionale della CGIL. Napoli, 26 novembre - 3 dicembre 1952, I Congressi della CGIL*, vol. IV-V, Roma, 36 s.

<sup>7</sup> P. COSTA, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell’Italia repubblicana*, in *Lav. dir.*, 2009, 49

<sup>8</sup> C. DUGGAN, *La forza del destino: Storia d’Italia dal 1796 ad oggi*, Roma-Bari, 2013, 566.



un'inchiesta parlamentare <sup>9</sup> sottolineassero in tutta la loro drammaticità come i modi del lavoro fossero lontani dai valori affermati dalla Costituzione l'idea lanciata da Di Vittorio nel Congresso di Napoli non riuscì a dare vita ad un vero e proprio processo di mobilitazione ma soprattutto non riuscì – in quel momento storico – ad approdare ad alcun risultato concreto. L'idea di una costituzionalizzazione dei luoghi del lavoro che per essere attuata in quegli anni richiedeva forse un "eccesso" di rinnovamento non solo politico ma anche culturale non andò, tuttavia, del tutto dispersa trovando concretezza nel decennio successivo. Negli anni in cui il disincanto per le aspettative deluse alimentava la conflittualità sociale, la spinta valoriale per un rinnovamento, idealizzata nei suoi concreti passaggi dal progetto di Statuto degli anni Cinquanta, trovò nuova linfa vitale sul finire del decennio successivo quale migliore risposta per un cambio di passo nella strategia politica. I movimenti nati dalla frattura sociale capitale/lavoro <sup>10</sup> che si erano posti al centro della "politica del conflitto" non avrebbero potuto, alla lunga, rappresentare l'elemento intorno al quale far girare il processo di formazione delle decisioni dei lavoratori ovvero dei loro rappresentanti <sup>11</sup>. Anche in questo caso si può intravedere un forte legame fra il programma di sviluppo economico per il quadriennio 1965-1969 <sup>12</sup>. Nel documento si sottolinea, infatti, come gli strumenti di partecipazione delle forze economiche e sociali all'attuazione del programma si sarebbero dovuti sostanziare in un'efficienza aziendale e in una crescita di produttività risultanti dalla libera contrattazione. La risposta del movimento sindacale era volta a rivendicare una competenza propria

---

<sup>9</sup> Il disegno di legge per un'inchiesta parlamentare sulla miseria in Italia e sui mezzi per combatterla fu depositato alla Camera dei deputati il 28 settembre 1951 (A.C. n. 2199); la proposta, presentata dai deputati Ezio Vigorelli, Italo Cornia, Roberto Tremelloni, Giuseppe Saragat, Mario Zagari, Domenico Chiaramello e Chiaffredo Belliardi, venne sottoposta in tempi rapidi all'esame della XI Commissione permanente (Lavoro) della Camera ed approvata in sede legislativa nella riunione del 12 ottobre 1951 (pubbl. G.U. 21 giugno 1952, n. 142). La Commissione fu istituita «col compito di condurre una indagine sullo stato attuale della miseria al fine di accertare le condizioni di vita delle classi povere ed il funzionamento delle istituzioni di assistenza sociale» (art. 1);

<sup>10</sup> LA storica idea di S. ROKKAN, *Cittadini, elezioni, partiti*, Bologna, 1982.

<sup>11</sup> M. CARABBA, *Un ventennio di programmazione, 1954-1974*, Roma-Bari, 1977, 56 ss.; L. CAFA-GNA, *Fine della "classe generale"*, in AA.VV., *Classe operaia e socialismo nella prospettiva italiana*, Milano, 1966, 223.

<sup>12</sup> per una continuità con il piano Vanoni si v. G. PROVASTI, *Borghesia industriale e democrazia cristiana*, Bari, 1976, 229.

nella stipulazione dei contratti collettivi aziendali tramite la valorizzazione della soggettività della struttura sindacale extra aziendale. L'attribuzione di poteri negoziali ad un organismo evanescente – si pensi alle sezioni sindacali del progetto Cisl – avrebbe significato, dunque, bloccare la contrattazione collettiva a livello aziendale. Lo strumento principale di attacco della nuova strategia sindacale, mosso dall'esigenza di tutelare interessi che con il passare degli anni avevano superato gli schemi economico normativi, è la fabbrica intesa come struttura determinante nella creazione di posizioni di potere nell'ambito della sfera sociale e come base di partenza per svelare la mistificazione di un presunto carattere inevitabile dell'autoritarismo, della gerarchia, della neutralità della tecnologia ecc. Saranno proprio queste materia, ossia quelle sulle quali il sindacato aveva inteso costruire il proprio ruolo attivo di agente contrattuale che metteranno in dubbio, di fronte ad una classe operaia estraniata rispetto alle sue scelte, la capacità negoziale del sindacato stesso. Gli spazi lasciati vuoti dalle strutture sindacali presenti in azienda, saranno così ben presto riempiti da nuove forme di aggregazione operaia capaci di superare le divisioni proprie dei vincoli associativi e di offrire a tutti i lavoratori un mezzo di espressione diretta <sup>13</sup>.

## **2. - Lo Statuto dei lavoratori quale forma di legislazione promozionale.**

Il processo di razionalizzazione tecnologica proprio della fine degli anni Sessanta aveva determinato una segmentazione del ciclo produttivo per fasi di lavorazione. L'idea dell'imprenditore di costituire, per sue esigenze produttive, gruppi di lavoratori operanti in situazioni omogenee <sup>14</sup> aveva fatto sì che i gruppi così oggettivamente costituiti ripetessero, in forma antagonistica rispetto alle sue scelte, quella stessa organizzazione <sup>15</sup>. Le esigenze e le rivendicazioni trovavano così espressione in vere e proprie delegazioni di personale che si ponevano in veste di interlocutori rispetto

---

<sup>13</sup> Cfr. punto 6 del rapporto conclusivo alla II Assemblea organizzativa della FIM CISL Genova, 4-6 ottobre 1968, in G.P. CELLA-B. MANGHI-P. PIVA, *Un sindacato italiano negli anni sessanta. La Fim Cisl dall'associazione sindacale alla classe*, Bari, 1972, 216.

<sup>14</sup> G. SALVARINI-A. BONIFAZI, *Le nuove strutture del sindacato – Origini esperienze e prospettive del movimento dei delegati in Italia*, Milano, 1975, 33.

<sup>15</sup> S. GARAVINI, *Strutture dell'autonomia operaia sul luogo di lavoro*, in *Quad. rass. sind.* 1969, 21.

all'azienda o al quadro aziendale intermedio. Si incarnavano così nei delegati i desideri di un'esperienza democratica diretta che sorgeva spontanea dai processi di conflittualità propri dei meccanismi di razionalizzazione e di rinnovamento tecnologico. Su tali strutture, inizialmente neutre si inserì nel corso degli anni l'azione dei gruppi contestatori che, nel rapportare la realtà evolutiva agli schemi ideologici, contrapposero i delegati, espressione della base operaia, alla burocrazia sindacale. I caratteri dell'extralegalità propri del periodo iniziale andranno rapidamente modificandosi di fronte alla sempre più netta tendenza del sindacato ad indentificare, anche formalmente, i delegati e i loro consigli con le proprie strutture di base. Il movimento sviluppatosi a partire dal 1968 aveva abbattuto i confini delle diverse affiliazioni sindacali e lo stesso ambito degli iscritti e, attraverso i delegati aveva agito quale strumento unificante dell'azione sindacale aziendale in termini assai più radicali rispetto a quelli fino ad allora perseguiti dalle singole strutture di base <sup>16</sup>. In questo contesto l'allora ministro del Lavoro e della Previdenza Sociale – Giacomo Brodolini – mise nelle sue priorità la nomina di una commissione ministeriale di esperti presieduta da Gino Giugni alla quale attribuì il compito di elaborare un progetto di legge riguardante lo “Statuto dei lavoratori”. Senza negare l'esistenza di un conflitto di interessi fisiologico fra le parti <sup>17</sup>, Giugni immaginò lo Statuto come una sintesi fra le relazioni contrattuali, quale prodotto dell'autonomia delle organizzazioni di rappresentanza collettiva, ed un intervento pubblico mirato alla realizzazione dei valori fondamentali delle persone, valori che non potevano da queste essere dismessi solo se e in quanto lavoratori. Lo Statuto e la sua approvazione arrivano dopo una serrata discussione parlamentare con l'intento di «assicurare ai lavoratori l'effettivo godimento di taluni diritti e libertà fondamentali che, pur trovando nella Costituzione una disciplina e una garanzia complete sul piano dei principi, si prestano tuttavia, in carenza di disposizioni precise di attuazione, ad essere compressi nel loro libero

---

<sup>16</sup> G. ROMAGNOLI, *Consigli di fabbrica e democrazia sindacale*, in AA.VV., *La democrazia del sindacato*, Milano, 1975, 31.

<sup>17</sup> L. BELLARDI, *Concertazione e contrattazione dal Protocollo Giugni agli Accordi separati del 2009*, in *Riv. giur. lav.*, 2009, 447.

esercizio»<sup>18</sup>. Al fine di realizzare il progetto di costituzionalizzazione, la legge viene composta intorno a due spazi complementari: uno di matrice effettivamente costituzionalistica – titolo I e II – nel quale si riconoscono ai singoli lavoratori i diritti civili e sociali scritti nella Costituzione<sup>19</sup> ed uno – Titolo III – di matrice promozionale, volto a garantire l'effettività dei diritti stessi attraverso una «valorizzazione delle istituzioni collettive»<sup>20</sup>. L'idea è quindi, come molte volte sottolineato, quella di una legislazione promozionale che favorisca l'ingresso del sindacato nelle fabbriche e ne consolidi l'operato quale struttura di bilanciamento del potere datoriale (si pensi all' art. 28 Stat. Lav.). Solo un riequilibrio del potere contrattuale delle parti sociali può tutelare l'effettività dei diritti fondamentali e ricomporre, almeno in parte, l'imprescindibile frattura sociale fra capitale e lavoro. In quest'ottica, il legislatore non intende ridurre i poteri necessari alla gestione delle imprese ma, piuttosto, ricondurre «l'esercizio dei poteri direttivo e disciplinare dell'imprenditore nel loro giusto alveo e cioè in una stretta finalizzazione allo svolgimento delle attività produttive», così come chiaramente affermato nella relazione che accompagna il disegno di legge n. 738, di iniziativa governativa, presentato da Giacomo Brodolini e comunicato al presidente del Senato il 24 giugno 1969. Sarà proprio la seconda parte dello Statuto quella che rivestirà un'importanza cruciale per lo sviluppo del sindacato fino quasi ad assumere il sopravvento su tutto il resto<sup>21</sup>.

### **3. - L'attualità della parte promozionale dello Statuto di fronte all'emersione di nuovi interessi e strumenti di tutela.**

La ricostruzione del contesto sociale, culturale e politico che ha portato all'ingresso della Costituzione nei luoghi di lavoro consente una migliore riflessione sul valore dello Statuto, nella sua veste attualmente vigente. È proprio la conoscenza del contesto che ne ha caratterizzato l'origine che

---

<sup>18</sup> G. BRODOLINI, *La relazione al disegno di legge sullo Statuto dei lavoratori*, in *Ec. lav.*, 2011, 12 ss.

<sup>19</sup> L. FERRAIOLI, *Lo statuto come attuazione della Costituzione*, in *Ec. lav.*, 2001, 28.

<sup>20</sup> G. GIUGNI, *Le relazioni industriali nel quadro dello Statuto dei lavoratori*, in *Ec. lav.*, 2011, 24 s.

<sup>21</sup> E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Roma, 2006, 89.

permette di interrogarsi sul possibile e perdurante valore di tutela delle attuali disposizioni statutarie rispetto alle posizioni giuridiche dei singoli lavoratori sempre più schiacciate dalle logiche economiche di cui finiscono per essere intrise le scelte politiche dominanti. In sintesi, ci si chiede quale sia il valore dello Statuto nell'attuale panorama normativo considerando che il testo vigente, nel tempo, si è modificato non solo a seguito di interventi normativi che hanno inciso sul contenuto precettivo di alcune disposizioni ma anche per il tramite delle diverse interpretazioni dei principi contenuti nella Carta costituzionale protese a trovare risposte ai problemi giuridici che il nuovo contesto sociale – profondamente diverso da quello esistente ovvero soltanto immaginabile al momento della redazione della Carta – pone per la tutela dei diritti fondamentali.

Questo approccio a mio avviso impone, in primo luogo, di verificare se possa essere ancora considerata valida nel dibattito attuale l'idea, più volte espressa in passato, che la parte promozionale dello Statuto svolga un ruolo predominante rispetto alle restanti parti. Qualsiasi percorso valutativo che intenda definire l'attuale "peso" del titolo III dello Statuto non può non passare, dall'analisi della portata del nuovo art. 19 dello Statuto profondamente modificato dall'esito del referendum del 1995 e dall'interpretazione che di esso ne ha dato la giurisprudenza costituzionale. Nel panorama delle relazioni sindacali di questi ultimi anni l'art. 19 si colloca, rispetto al tema della rappresentanza dei lavoratori nei luoghi di lavoro – tema che, peraltro, lo ha visto protagonista assoluto per oltre un ventennio – soltanto come una delle scelte possibili del percorso della rappresentanza. Nell'individuazione delle caratteristiche della struttura di rappresentanza, l'art. 19 St. lav. aveva fatto volutamente proprio uno schema organizzativo indefinito che non si andava a sovrapporre a quelli creati dall'autonomia sindacale ma, più semplicemente li selezionava in relazione al possesso del requisito della maggiore rappresentatività. La scelta di rimettere al sindacato il *quomodo* della sua presenza in azienda non considerava, peraltro, come ciò avrebbe prodotto un ridimensionamento di quella parte della norma che attribuisce ai lavoratori l'iniziativa circa la

costituzione della struttura<sup>22</sup> e, nel corso degli anni, avrebbe determinato l'espulsione degli aspetti più squisitamente democratici degli allora consigli di fabbrica. Non solo, ma le superfetazioni costruite dalla dottrina e avvalorate dalla giurisprudenza della Corte avrebbero finito per avvallare un peculiare processo di de-radiazione del requisito selettivo della maggiore rappresentatività. Il legislatore, infatti, al fine rendere determinati contratti collettivi capaci di produrre effetti legali diversi da quelli collegati alla stipulazione del contratto stesso<sup>23</sup>, selezionava l'agente sindacale per il tramite del requisito della maggiore rappresentatività non più, peraltro, collegato alla struttura alla quale, nello Statuto, si accompagnava. La maggiore rappresentatività, pertanto, avulsa dal contesto di riferimento iniziale – ovvero quello dello Statuto – finì per assumere tratti giuridici a sé stanti<sup>24</sup> operando non più, come all'interno dei luoghi di lavoro, con funzione selettiva delle strutture di rappresentanza dei lavoratori ma quale criterio di selezione dell'interlocutore negoziale fuori dai luoghi di lavoro<sup>25</sup>. Non è questa la sede per dare conto delle ragioni molto politiche e poco giuridiche che per anni hanno alimentato i venti della crisi ai nostri fini è sufficiente rilevare come, a distanza di cinquant'anni il criterio della maggiore rappresentatività non solo abbia perso l'importanza avuta in passato ma sia praticamente scomparso dal contesto nel quale era nato. Gli esiti del referendum del 1995 elimineranno il riferimento al criterio della maggiore rappresentatività dal testo dell'art. 19 dello Statuto con conse-

---

<sup>22</sup> La giurisprudenza a tale proposito parlava di fattispecie a tratto successivo v. Cass., sez. un., 8 settembre 1981, n. 5057, in *Giust. civ.*, 1982, I, 106; Trib. Milano, 29 ottobre 1994, *Or. giur. lav.*, 1994, 493; v. anche Cass. civ. n. 14686 del 1999, secondo la quale «Le rappresentanze sindacali aziendali sono costituite per iniziativa dei lavoratori dell'azienda e non delle associazioni sindacali di cui all'art. 19 della legge n. 300 del 1970; hanno una propria soggettività giuridica (rispetto alla quale appare appropriato il riferimento alle norme in materia di associazioni non riconosciute) come si evince dalle varie disposizioni dello statuto dei lavoratori prevedenti una loro legittimazione propria e specifica all'esercizio di diritti e facoltà (art. 9, 20, 21, 22, 25 e 27); in particolare, esse non sono organi dei sindacati, né come sono con gli stessi in una relazione, di immedesimazione organica o di altro tipo che determini l'imputabilità giuridica degli atti da loro compiuti ai sindacati, con i quali le stesse sono invece in un rapporto, di natura politica, di parziale coincidenza di interessi collettivi e di obiettivi di tutela».

<sup>23</sup> P. SCARPELLI, *Lavoratore subordinato e autonomia collettiva*, Milano, 1993, 332.

<sup>24</sup> G. FERRARO, *Fonti autonome e fonti eteronome nella legislazione della flessibilità*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1986, 676.

<sup>25</sup> M.P. MONACO, *Struttura della rappresentanza sindacale: modelli alla ricerca di un sistema*, in *Lav. dir.*, 2000, 245 ss.

guente scomparsa nel tempo di tale criterio dall'ambito di selezione dell'agente negoziale. Non si tratta solo di una modifica normativa ma di un adeguamento del contenuto dell'articolo alla sempre più pervicace azione disaggregante determinata dall'espansione delle posizioni soggettive dei rappresentati che, da un lato, frantuma l'unicità o direi meglio l'egemonia delle strutture di rappresentanza statutaria e, dall'altro, conseguentemente modifica il criterio di selezione dell'agente negoziale. È di tutta evidenza come nell'attuale sistema di relazioni sindacali alla struttura di rappresentanza statutaria si siano andate affiancando strutture diverse per conformazione organizzativa – come le strutture di rappresentanza unitarie – ovvero per funzioni – come le rappresentanze in materia di salute e sicurezza – ovvero per estensione del loro ambito di operatività – come i comitati aziendali europei. È di tutta evidenza, altresì, come le ultime riforme abbiano individuato il criterio di selezione dell'agente negoziale nella comparatività rappresentativa sul piano nazionale in sostituzione del criterio del sindacato maggiormente rappresentativo<sup>26</sup>. La frantumazione del modello statutario di rappresentanza accompagnato da un rilevato ridimensionamento dei poteri negoziali ad essa attribuiti, ben evidente nel TU sulla rappresentanza<sup>27</sup>, sembra, infatti, ricollegarsi non solo alla conformazione originaria della struttura che continua a rimanere priva del crisma della democraticità<sup>28</sup> ma anche ad un fenomeno più generalizzato di mutamento degli interessi da rappresentare a livello collettivo. Il venir

---

<sup>26</sup> Si v. P. TOMASSETTI, *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, 367 ss.; P. PASSALACQUA, *Il modello del sindacato comparativamente più rappresentativo nell'evoluzione delle relazioni sindacali*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, 378.

<sup>27</sup> CARUSO, *Il testo unico sulla rappresentanza*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 227, 2014, 5 s., «Il TU favorisce, infatti, la forma RSU» anche se secondo l'A., «la RSU come forma comune e prototipica di rappresentanza aziendale è incentivata, ma non certamente imposta»; si v. anche i contributi sul tema di R. DEL PUNTA, *Note sparse sul Testo Unico sulla rappresentanza*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, n. 3, 673; M. MARAZZA, *Dalla "autoregolamentazione" alla "legge sindacale"? La questione dell'ambito di misurazione della rappresentatività sindacale*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, 608; P. SCARPELLI, *Il Testo Unico sulla rappresentanza tra relazioni industriali e diritto*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, 687.

<sup>28</sup> In questo senso le regole del T.U. che riguardano i presupposti per la costituzione delle r.s.a. ovvero: il raggiungimento della soglia minima del 5%; l'aver contribuito alla definizione della piattaforma per assumere la natura di "partecipanti alle trattative" secondo l'interpretazione della Corte costituzionale dell'art.19; nonché l'aver fatto parte della delegazione trattante dell'ultimo rinnovo del Ccnl definito secondo le regole del presente accordo non hanno posto rimedio a tale carenza. Si v. S. SCARPONI, *La dottrina giuslavoristica italiana di*

meno dell'entusiasmo iniziale per la trasposizione degli schemi associativi e rappresentativi nei luoghi di lavoro, che aveva consentito proprio alle strutture di rappresentanza statutarie di veicolare gli interessi superindividuali, non è sufficiente a reggere il sistema, soprattutto nel momento in cui tali interessi vengono filtrati da chi li rappresenta in modo selettivo. La crisi del modello di riferimento sembra collegarsi, da questo punto di vista, ad una crescita esponenziale di interessi diffusi<sup>29</sup> ossia d'interessi anch'essi superindividuali ma il cui *proprium* è costituito solamente dall'omogeneità del contenuto delle posizioni del gruppo correlate a formazioni ancora in fase di presa di coscienza e di auto distinzione nel seno della generale collettività lavoristica. Interessi che, anche allorquando sentano la necessità di essere, anch'essi, raggruppati e rappresentati intorno ad un ente esponenziale non si ritrovano in quello propugnato dal modello statutario. Le nuove classi di interessi, insomma, non conciliandosi con le soluzioni tecnico giuridiche ad essi preesistenti hanno finito per frantumarsi e depotenziarsi<sup>30</sup>. Il mercato del lavoro, d'altra parte, non

---

*fronte al mutamento delle relazioni sindacali e alla questione della rappresentatività*, in WP CSDLLE "Massimo D'Antona".IT, n. 295, 2016, 1 ss.

<sup>29</sup> B. CARAVITA, *Interessi diffusi e collettivi (Problemi di tutela)*, in *Dir. soc.* 1982, 167 ss., secondo il quale (217) «l'interesse diffuso appare (non una somma, né una combinazione, bensì) come un fascio di interessi naturalmente e necessariamente comuni, privi naturalmente di centro di riferimento unitario (tranne i casi in cui ne sia o ne diventi ente esponenziale l'ente locale) e comunque anteriori al processo di costituzione di una organizzazione. [...] Ciò che muta non è la natura degli interessi, bensì la caratterizzazione soggettiva che essi assumono: alla necessità della comunanza, si sovrappone un elemento di volontarietà». Sul tema – senza pretesa di completezza – si v. G. ALPA, *Interessi diffusi*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993, 609 ss., per il quale «gli interessi diffusi differiscono dagli interessi collettivi e dagli interessi di settore, perché non sono autorganizzati come i primi, né la loro cura è affidata ad un soggetto istituzionalmente deputato a proteggerli»; in tempi più recenti G. ALPA, *Gli interessi diffusi: una categoria rivisitata*, in *Econ. dir. terz.*, 2014, II, 167 ss. In generale per un riepilogo del dibattito si v. M. CRESTI, *Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi*, Milano, 1992.

<sup>30</sup> Sottolinea come l'elemento organizzatorio debba essere considerato strumento di "sintesi" e "creazione" dell'interesse collettivo C. CECHELLA, *Coordinamento fra azione individuale e azione sindacale nel procedimento ex art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1984, 423, laddove afferma che «gli interessi collettivi sono perseguibili solo attraverso la mediazione di un momento organizzativo, e ciò si realizza giuridicamente, oltre che storicamente, attraverso l'associazione dei lavoratori. L'interesse collettivo, prima dell'organizzazione, è scomposto nella pluralità delle aspirazioni individuali, è una realtà puramente «teorica», diventa «prassi», si estrinseca e acquista un contenuto proprio solo nell'interpretazione che è data dall'organizzazione prodotta dalla comunità a cui l'interesse si riferisce. Prima dell'organizzazione non vi è interesse collettivo, vi sono situazioni individuali collegate di fatto e meramente preparatorie, perché stimolatrici della nascita del fenomeno organizzativo»; così



rende più sostenibile perseverare in una scelta classista che escluda la rappresentazione degli interessi super individuali propri di ciascuna persona preferendo scegliere soltanto quelli di alcune categoria di lavoratori. A questa evoluzione, peraltro, si sono andati adeguando anche gli strumenti posti a presidio dell'interesse collettivo. Nell'ambito della tutela giurisdizionale dei diritti allo strumento di tutela di cui all'art. 28 dello Statuto, che assicura un importante presidio per l'interesse collettivo rappresentato dal sindacato, si sono andate affiancando le classiche azioni individuali plurime derivanti dall'applicazione delle normative antidiscriminatorie <sup>31</sup> finanche, fa ultimo, il modello della *class action*. Con la legge 31/2019, infatti, si consentirà, per la prima volta, di valorizzare anche in ambito lavoristico gli interessi individuali e concreti dei componenti della classe (dei lavoratori) non più mediati dall'interesse sindacale rappresentativo. Se questo accadrà il modello promozionale dello Statuto risulterà superato di nuovo, anche in relazione agli strumenti di tutela degli interessi.

---

anche M. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Napoli, 1979.

<sup>31</sup> M. NAPOLI, *Lo Statuto dei lavoratori ha quarant'anni, ben portati*, cit., 133.

### 3.

# IL SINDACATO E LA RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE: UNA, NESSUNA O CENTOMILA IDENTITÀ?

---

Sommario: 1. Le organizzazioni sindacali e gli strumenti di risoluzione delle controversie. – 2. Le organizzazioni sindacali e l'amministrazione degli istituti di risoluzione stragiudiziale delle controversie individuali. – 3. Le organizzazioni sindacali nel processo come ausiliari delle parti e/o dell'organo giudicante. – 4. Il sindacato nel giudizio sulla legittimità del licenziamento del dirigente sindacale. – 5. Il sindacato dei lavoratori dipendenti nel processo contro le condotte antisindacali. – 6. Le organizzazioni sindacali nel processo a tutela degli interessi collettivi: nuove funzioni, attuali e potenziali. – 7. Le organizzazioni sindacali e la giustizia costituzionale. – 8. Qualche spunto conclusivo.

#### **1. - Le organizzazioni sindacali e gli strumenti di risoluzione delle controversie.**

Le organizzazioni sindacali (oo.ss.) svolgono funzioni diverse in tutti gli ordinamenti. Nel sistema italiano le principali funzioni assunte dal sindacato sono *a)* la contrattazione collettiva, *b)* il controllo sulle condizioni di lavoro, *c)* la produzione e l'offerta di servizi e, infine, *d)* la partecipazione

---

Lo scritto è destinato agli scritti in onore di Francesco Santoni.

all'indirizzo politico del governo, all'amministrazione e alla giustizia<sup>1</sup>. Le prime tre funzioni rappresentano (potremmo dire, in scala decrescente) la ragione stessa d'essere dei sindacati e, per il tipo di azioni ed effetti che esse implicano, si esercitano nell'ambito della società civile, ovvero senza interferenze dei poteri pubblici, anche quando questi ultimi le promuovono con una legislazione di sostegno.

La quarta funzione è diversa da tutte le altre, innanzitutto perché non si può dire che rientri fra le ragioni d'essere del sindacato. Infatti essa si è palesata in modo significativo solo in un secondo momento rispetto all'entrata in vigore della Costituzione, mostrando un *trend* crescente. In secondo luogo perché, vuoi per ragioni politico-strategiche, vuoi per ragioni ideologiche, la partecipazione alle funzioni pubbliche, è stata vista con sospetto o circospezione, sia da chi sostiene che la cura dell'interesse generale debba passare per i canali della democrazia rappresentativa e non attraverso l'intervento di soggetti portatori di interessi specifici, sia da chi riteneva che il campo d'azione naturale delle oo.ss. fosse quello dell'autotutela<sup>2</sup>, ovvero quello della negoziazione, dei rapporti di forza ed eventuale del conflitto. Negli ultimi decenni, in un contesto complessivamente non felice per i sindacati, questa particolare funzione è quella che mostra più acciacchi e che ha suscitato maggiori polemiche. Si pensi alla veloce ascesa e all'altrettanto rapido declino della concertazione, o all'insuccesso del CNEL, salvato dall'esito negativo dell'ultimo referendum popolare sulla riforma costituzionale del 2014, non certo per un presunto attaccamento degli elettori ad un organo fino ad allora rimasto ai margini delle vicende istituzionali.

Fra le funzioni di rilievo pubblico, la partecipazione all'amministrazione della giustizia è certamente la più delicata e che ha visto lo sviluppo minore e più problematico<sup>3</sup>. La ragione di ciò sta nel fatto che essa presenta delle

---

<sup>1</sup> Cfr. M. NAPOLI, *Sindacato*, in *Dig., disc. priv., sez. comm.*, XVI, Appendice, Torino, 1999, § 5.

<sup>2</sup> G.C. PERONE, *Partecipazione del sindacato alle funzioni pubbliche*, Padova, 1972; L. MENGONI, *La partecipazione del sindacato alle funzioni politiche dello Stato*, ora in *Diritto e valori*, cit., 177; S. FOIS, *Sindacato e potere politico*, Milano, 1977; M. ROCCELLA, *Sindacato e poteri pubblici: il quadro istituzionale* in G. FERRARI-M. ROCCELLA-T. TREU, *Sindacalisti nelle istituzioni*, Roma, 1979.

<sup>3</sup> Cfr. i classici U. ROMAGNOLI, *Le associazioni sindacali nel processo*, Milano, 1979; L. DE ANGELIS, *Giustizia del lavoro*, Padova, 1992, AA.VV., *Il processo del lavoro: bilancio e prospettive. Giornate di studio AIDLASS*, Milano, 1994.

analogie con la funzione svolta dall'attività di autotutela collettiva, perché si tratta in entrambi i casi di difendere interessi nell'ambito di un contenzioso o comunque in un contesto relazionale di contrapposizione. Riguardo al rapporto con la giustizia amministrata dallo Stato, l'approccio "scettico o prudente" degli stessi sindacati è stato interpretato in termini identitari – giustificandolo in ragione della rivendicata autonomia del sistema di relazioni sindacali dall'ordinamento statale – oppure in termini pragmatici, tanto da svanire quando le circostanze lo hanno suggerito<sup>4</sup>. In questo contesto, si potrebbe pensare che alla periferica partecipazione del sindacato all'amministrazione della giustizia, corrisponda un apparato normativo processuale povero di riferimenti significativi a tale organizzazione. Passare brevemente in rassegna questi riferimenti ci permette di ricordare che non è così. Inoltre, rivisitarli è utile per sottolineare che il sindacato è stato chiamato a giocare nel contesto della risoluzione delle controversie individuali e collettive ruoli fra loro eterogenei, non solo in ragione della diversa natura delle controversie – è intuitivo che il ruolo del sindacato nelle controversie individuali è diverso da quello giocato nelle controversie collettive. Sembra che la potenziale polivalenza processuale del sindacato faccia il paio, non per caso, con la sua attuale multiformità funzionale, esercitata, come si è visto, a cavallo fra dimensione intersindacale, controllo delle condizioni individuali di lavoro e delicate incombenze pubbliche. Eppure, la varietà di ruoli processuali possibili non ha dato grandi frutti ed è opportuno chiarirne il motivo. La rassegna ci permetterà, quindi, di mettere in relazione gli istituti rilevanti ed evidenziare che ci troviamo di fronte ad una disciplina complessivamente poco coerente, che offre un ventaglio di istituti non bene assortiti fra loro e in diversi casi non adeguatamente supportati sotto il profilo tecnico-giuridico: così al successo di alcuni istituti (come l'art. 28 St. lav.), corrisponde il pesante insuccesso degli altri.

---

<sup>4</sup> Cfr. A. LASSANDARI, *L'azione giudiziale come forma di autotutela collettiva*, in *Lav. dir.*, 2-3, 2014, 31, che propende per la seconda ipotesi, dimostrandone la fondatezza. Sul ruolo dei giudici nelle controversie di lavoro, cfr. R. SANLORENZO, *Giudici e processo del lavoro dallo statuto ad oggi*, in *Riv. giur. lav.*, 1, 2020, 168.

## 2. - Le organizzazioni sindacali e l'amministrazione degli istituti di risoluzione stragiudiziale delle controversie individuali.

Innanzitutto, le oo.ss. (in particolare, quelle rappresentative) partecipano direttamente all'amministrazione delle risoluzioni stragiudiziali delle controversie individuali di lavoro, designando i componenti delle commissioni di conciliazione istituite presso le Direzioni Territoriali del Lavoro (DTL), sia per il tentativo facoltativo di conciliazione delle controversie individuali di lavoro di cui all'art. 410 c.p.c., sia per lo svolgimento dell'arbitrato affidato dalle parti a tali controversie ai medesimi collegi, ex art. 412 c.p.c. Inoltre, i sindacati possono istituire altri organismi di conciliazione e/o arbitrario per la risoluzione di controversie individuali, concordandone la regolamentazione attraverso gli accordi collettivi (cfr. art. 412-ter c.p.c.). Infine, secondo un orientamento invero non unanime e recentemente smentito da un giudice di merito, le oo.ss. (ma in questo caso solo) dei lavoratori possono svolgere vere e proprie conciliazioni informali<sup>5</sup>. Si tratta, cioè, di sedi sindacali di conciliazione, che il legislatore non ha istituito espressamente e che non ha disciplinato direttamente, né rinviando alla contrattazione collettiva, ma che sembra presupporre, quando afferma che alle conciliazioni in sede sindacale non si applicano le regole dettate per le commissioni istituite presso la DTL (cfr. art. 411, comma 3, secondo periodo, c.p.c.). Un'analogia funzione di partecipazione all'amministrazione degli organismi di conciliazione e di "giustizia stragiudiziale" è svolta dalle associazioni sindacali dei lavoratori e delle imprese, quando i loro rappresentanti sono designati dalle parti individuali interessate a formare il collegio di conciliazione e arbitrato di cui all'art. 7, comma 6, St. lav., in caso di impugnazione della sanzione disciplinare comminata ad un lavoratore, secondo le regole fissate dalla contrattazione collettiva o, in mancanza, dalla stessa disposizione statutaria<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Cfr. anche per tutti gli altri riferimenti normativi e giurisprudenziali M. NOVELLA, *La Conciliazione sindacale tra legge, prassi, forma e sostanza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 4, 2019, 619 a commento di Trib. Roma, 8 maggio 2019, n. 4354.

<sup>6</sup> La procedura si conclude secondo alcuni con un lodo arbitrale irrituale (cfr. R. BORTONE, *Art. 7 St. lav.*, in G. GIUGNI (diretto da), *Lo statuto dei lavoratori - Commentario*, Milano, Giuffrè, 1979; 82, Cass., sez. un., 1° dicembre 2009, n. 25253, *Mass. gius. civ.*, 2009, 12, 1652, e da ultimo Trib. Novara, 15 novembre 2018, n. 245 in *Dejure*) mentre, secondo altri, la natura

Come si vede, ai sindacati è riconosciuto sia il ruolo di facilitare l'accordo attraverso la conciliazione sia quello di partecipare ai collegi arbitrali in funzione di organo decidente. Inoltre, considerando le discipline applicabili alle attività di tali organi, si osserva che, a parte i casi di disciplina legale, ai sindacati è concesso di negoziare la disciplina dell'organo di conciliazione e arbitrato o addirittura di procedere informalmente, cioè attraverso una regolamentazione unilaterale dell'organismo di conciliazione, soggetta solo ai requisiti dell'effettiva assistenza del conciliatore sindacale in favore dei lavoratori e della rappresentatività del sindacato di riferimento del conciliatore, requisiti come noto dedotti nel tempo dalla dottrina e dalla giurisprudenza<sup>7</sup>.

Grazie alla prevista inoppugnabilità *ex art. 2113 c.c.* degli accordi raggiunti nelle sedi conciliative, le attività di tali organismi hanno avuto un discreto successo, seppure in misura inversamente proporzionale al loro grado di burocratizzazione. Così, le conciliazioni informali gestite in autonomia dai sindacati dei lavoratori sono quelle cui si ricorre (e a volte si abusa) di più, quelle regolate dai contratti collettivi si collocano in una posizione mediana, mentre quelle svolte presso le DTL ai sensi dell'art. 410 c.p.c. sono meno numerose.

Diversa valutazione deve farsi, invece, delle attività di arbitrato che implicano la volontaria cessione ad un soggetto terzo del potere di decisione e di tutela degli interessi lesi. L'impossibilità di negare accesso alla tutela giudiziaria amministrata dallo Stato, infatti induce spesso le parti in lite a preferire l'intervento dei giudici a quello degli arbitri. Gli esigui effetti della l. 183 del 2010 (c.d. collegato lavoro), che avrebbe dovuto segnare una inversione di tendenza a questo riguardo, rappresentano la prova lampante della ritrosia delle parti coinvolte ad assegnare le controversie a collegi arbitrali, per ragioni ampiamente discusse in dottrina e riconducibili a carenze o farraginosità delle regole poste oltre che alla ragionevole cautela dovuta alla necessità di non interferire con il diritto costituzionale

---

rituale o irrituale dipende dalla volontà delle parti che hanno aderito alla procedura stragiudiziale (C. CECHELLA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano, 1990, 509).

<sup>7</sup> Per gli opportuni riferimenti cfr. R. SCORCELLI, *Art. 411 c.p.c.*, in R. DEL PUNTA-F. SCARPELLI (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Padova, 2020, 715.

ad adire gli organi giudiziari *ex art. 24 Cost.*<sup>8</sup> Per non dire del fatto che la stessa contrattazione collettiva chiamata a disciplinare gli arbitrari, non ha approfittato in gran misura dell'opportunità concessa dal legislatore, nemmeno dopo la riforma del 2010.

Sul fronte della risoluzione stragiudiziale delle controversie, la disciplina attuale offre al sindacato la possibilità di vestire panni fra loro molto diversi: quelli del conciliatore, quelli del partecipante all'organo di conciliazione e/o di arbitrario, e infine quelli di regolatore (in autonomia o tramite accordo collettivo) di tali ultime sedi. Ma sono i panni del conciliatore quelli che calzano meglio al sindacato, sia per la sua abitudine a svolgere attività privata di ausilio e sostegno alle parti, sia perché sul fronte dell'arbitrato il legislatore ha dimostrato una particolare timidezza e incertezza.

### 3. - Le organizzazioni sindacali nel processo come ausiliari delle parti e/o dell'organo giudicante.

---

030

Nel nostro sistema è stata senz'altro scartata l'ipotesi dell'inserimento delle contrapposte oo.ss. in forme o mediante congegni di vario genere all'interno dell'organo giudicante statale<sup>9</sup>. Si tratta, probabilmente, dell'unica opzione di politica del diritto mai presa in considerazione in epoca repubblicana. In parte perché la libertà e il pluralismo sindacale riconosciuti nella Costituzione del 1948 favoriscono una trasparente conflittualità delle relazioni collettive, che rende problematica o almeno inopportuna e indesiderata la convivenza dei rappresentanti delle organizzazioni contrapposte anche nell'ambito di un organo decidente chiamato a risolvere le dispute individuali; in parte a causa di un fattore culturale e

---

<sup>8</sup> G. SANTORO-PASSARELLI, *Note per un discorso sulla giustizia del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 3, 2013, 513, e F. STOLFA, *L'arbitrato si fa in quattro. Problemi (tanti) e prospettive (poche) dopo la l. n. 183/2010*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, 819. Per una analisi del fenomeno e delle proposte *de iure condendo* cfr. O. DESSI, *L'arbitrato del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2015, 149; D. PACE, *Arbitrato, conciliazione*, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale: privato e pubblico*, Assago, 2014, 2855. Analogo discorso vale per le clausole compromissorie, che non risulta abbiano avuto maggiore fortuna dopo la spinta operata dalla l. n. 183 del 2010.

<sup>9</sup> F. MANCINI, *Il sindacato nel nuovo processo del lavoro*, in AA.VV., *Il nuovo processo del lavoro*, Padova, 1975, ora in F. MANCINI, *Costituzione e movimento operaio*, Bologna, 225.

ideologico piuttosto diffuso nel nostro sistema, secondo cui le controversie individuali non hanno nulla a che spartire con la dimensione collettiva degli interessi in gioco, soprattutto da un punto di vista processuale<sup>10</sup>; per cui non si è nemmeno avvertita l'esigenza di un coinvolgimento delle oo.ss. nell'organo decidente, come si è fatto, invece, in ambito penale con il coinvolgimento di rappresentanti del popolo estratti a sorte per la composizione delle corti d'assise e delle corti d'assise d'appello. Così non si è fatto tesoro della esperienza, tanto significativa eppure di diffusione assolutamente modesta, dei Collegi probivirali<sup>11</sup>, composti pariteticamente da persone elette rispettivamente dagli industriali e dagli operai, salvo il presidente e il vicepresidente che erano di nomina governativa. Naturalmente, anche per segnare il cambio di passo istituzionale e ideologico rispetto al corporativismo, non è stata presa in considerazione nemmeno l'esperienza delle sezioni speciali del lavoro di epoca fascista – istituite con l. n. 563 del 1926 e abolite con la fine del corporativismo – che erano composte da tre magistrati, di cui un presidente di sezione e due consiglieri di Corte d'appello, a cui venivano aggregati, di volta in volta, due cittadini esperti nei problemi della produzione e del lavoro, scelti dal primo presidente nell'ambito di un albo composto da elenchi divisi per categoria<sup>12</sup>.

Piuttosto, con la l. n. 533 del 1973 (ovvero pochi anni dopo l'entrata in vigore dell'art. 28 St. lav. su cui si soffermeremo *infra*), il legislatore ha istituito un rito del lavoro nel quale i sindacati possono intervenire in funzione di ausilio, cioè in qualità di *amici curiae*. Era una timidissima

---

<sup>10</sup> Il rapporto fra dimensione individuale e collettive degli interessi e delle controversie è segnato da continuità e discontinuità che sono state evidenziate dalla dottrina per intrecciare o, viceversa, per distanziare le due dimensioni sul piano processuale. È impossibile fare riferimento alla sterminata dottrina che ha studiato tale nesso; si rinvia, per i riferimenti essenziali a G. PROIA, *Dalle origini al nuovo millennio*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, in F. Carinci (a cura di), *Il lavoro subordinato*, t. I, *Il diritto sindacale*, 1, e nell'ambito di una proposta ricostruttiva cui si farà riferimento *infra* O. RAZZOLINI, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale*, Milano, 2018, spec. 119 ss.

<sup>11</sup> Si tratta dei noti collegi istituiti con l. 15 giugno 1893, n. 295 considerati una giurisdizione speciale che però, ecco il punto, le parti dovevano attivare volontariamente e di comune accordo. Tali organi sono stati soppressi con R.d. n. 471 del 1928. Per tutti, cfr. U. ROMAGNOLI, *I probiviri avrebbero cent'anni*, in *Lav. dir.*, 1993, 399.

<sup>12</sup> Per tutti G.C. JOCTEAU, *La magistratura e i conflitti di lavoro durante il fascismo, 1926-1934*, Milano.



apertura al contributo dei sindacati nel processo. Ciò che in una prima fase non risultò chiaro era se l'intervento sindacale regolato da allora agli artt. 421, comma 2, e 425 c.p.c. fosse d'ausilio al giudice o alle parti. Inizialmente alcuni cercarono di interpretare la disciplina come se l'intervento sindacale sostituisse quello del P.M., cui lo stesso legislatore del 1973 aveva posto fine (cfr. art. 70, n. 4, c.p.c.)<sup>13</sup>, a tutela quindi dell'interesse pubblico o generale alla corretta ed equilibrata risoluzione delle controversie individuali. Ma in breve tempo fu il diritto vivente, col sostegno della dottrina, ad imporre una lettura diametralmente opposta, secondo cui l'intervento dei sindacati contrapposti fa d'ausilio alle parti in lite, favorendo quel disvelamento della dimensione collettiva della disputa individuale, che alcuni, in aperta polemica all'approccio "borghese" della maggior parte dei processualisti, avvertivano essere un corollario inevitabile delle controversie individuali di lavoro<sup>14</sup>. In verità, ad osservare più da vicino la regolamentazione codicistica dell'intervento del sindacato nel processo del lavoro, più che una netta scelta fra le due alternative, si rintraccia ancora una volta una ambiguità di fondo che sembra assecondare, nel bene e nel male, la poliedricità delle funzioni svolte dal sindacato, cui si è fatto riferimento *in limine*.

Per un verso, infatti, l'intervento sindacale può essere attivato d'ufficio o su istanza di parte, quindi nell'interesse rispettivamente del giudice ad istruire adeguatamente la causa o della parte a far valere le (e dare fondamento alle) proprie ragioni. D'altra parte, però, il giudice interessato a procedere d'ufficio, può richiedere l'intervento solo delle associazioni sindacali *indicate dalle parti* (art. 421, comma 2, c.p.c.): ciò significa, innanzitutto, che l'associazione sindacale, qualunque sia la sua rappresentatività, è chiamata a sostenere la posizione di una delle parti e, in secondo luogo, che il giudice, per quanto sul punto la disposizione non sia così netta, è tenuto (o almeno indotto) a richiedere l'intervento sindacale per ogni parte individuale in causa. Inoltre, nel caso di intervento su istanza di parte *ex art. 425*, commi 1, 2 e 3, c.p.c., la funzione di ausilio alla parte

---

<sup>13</sup> L. MONTESANO, in L. MONTESANO-F. MAZZIOTTI (a cura di), *Le controversie di lavoro e della previdenza sociale. Commento della legge 11 agosto 1973 n. 533*, Napoli, 1974, 118.

<sup>14</sup> F. MANCINI, *Il sindacato nel nuovo processo del lavoro*, cit., 232.

individuale del processo (più che all'organo giudicante) è confermata dal fatto che le "informazioni e osservazioni" che possono essere domandate, vengono trattate alla stregua di mezzi di prova, il cui ingresso in giudizio impone, ai sensi dell'art. 420, comma 6, c.p.c., di assegnare un termine di 5 giorni all'altra parte per dedurre ulteriori materiali istruttori, anche facendo, a sua volta, istanza di intervento in giudizio della propria o.s. di riferimento. Nonostante la giurisprudenza ritenga che i contributi dei sindacati assurgano, al più, ad argomenti di prova da corroborare con altri elementi obiettivi<sup>15</sup>, la natura istruttoria del contributo delle organizzazioni è definitivamente confermata dall'orientamento secondo cui deve essere esclusa la possibilità di applicare la prima parte dell'art. 425 c.p.c. durante il secondo grado di giudizio, in virtù dell'art. 437 c.p.c. che non ammette nuovi mezzi di prova che non siano indispensabili<sup>16</sup>.

In definitiva, il riferimento volutamente generico alle "informazioni e osservazioni" è stato interpretato in modo piuttosto restrittivo, ovvero come se riguardasse solo integrazioni istruttorie che, nel nostro sistema processuale, sono necessariamente di parte; e ciò nonostante il riferimento letterale ammettesse un'interpretazione più elastica all'occorrenza e la disposizione nel suo complesso rivelasse una certa ambiguità sul punto. Eppure, analizzando la casistica si osserva che il contributo domandato al sindacato, ha riguardato il più delle volte problemi di interpretazione del contratto collettivo, quando questo non fosse stato sufficientemente chiaro o non fosse stato stipulato per iscritto. Si tratta di un tipo di contributo che, riguardando la ricostruzione della volontà delle parti che

---

<sup>15</sup> Cass. civ., 21 novembre 2018, n. 30137 in *Dejure*, afferma, riprendendo una massima consolidata, che le informazioni e osservazioni che possono essere fornite in giudizio dall'associazione sindacale indicata dalla parte, sono inadeguate, anche in considerazione del loro carattere unilaterale, ad identificare la comune intenzione delle parti stipulanti il contratto collettivo, rilevante ai sensi dell' art. 1362 c.c., ma, salva l'ipotesi in cui siano suffragate da elementi aventi un'intrinseca valenza probatoria, hanno la funzione di fornire chiarimenti ed elementi di valutazione riguardo agli elementi di prova già disponibili, rientrando, in tali limiti, nella nozione di materiale istruttorio valutabile, con la motivazione richiesta dalle circostanze, dal giudice.

<sup>16</sup> Cass. civ., 4 maggio 2010, n. 10711, *Giust. civ. Mass.*, 2010, 5, 669, afferma che nel rito del lavoro, la facoltà di richiedere osservazioni scritte ed orali alle organizzazioni sindacali stipulanti un contratto collettivo può essere esercitata solo nel giudizio di primo grado e non anche in appello, e presuppone che la norma contrattuale presenti aspetti oscuri ed ambigui o ponga una questione interpretativa seriamente opinabile.

hanno formato la fonte di disciplina da applicare al rapporto individuale, avrebbe potuto ricevere, nell'ambito degli spazi di ambiguità lasciati dal legislatore, un trattamento diverso da quello riservatogli dagli operatori del processo. D'altronde, nel 2006, sarebbe stato lo stesso legislatore a riservare all'interpretazione del contratto collettivo, un trattamento speciale, con l'istituto dell'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi (art. 420-*bis* c.p.c.) e con la riforma dei motivi di ricorso in Cassazione (art. 360 c.p.c.).

Ma la disciplina sull'intervento del sindacato nel processo, non è tutta qui. L'ultimo comma dell'art. 425 c.p.c., infatti, riconosce al giudice il potere officioso di richiedere alle associazioni sindacali il testo dei contratti collettivi da applicare nella causa. Si tratta di una previsione utile quando il problema che si pone in giudizio riguarda, a monte, quello dell'individuazione della fonte normativa invece che, a valle, quello della sua interpretazione. Il legislatore, in questo caso, intendeva chiaramente chiedere alle oo.ss. di assistere il giudice, attraverso la consegna della fonte normativa da applicare al caso concreto, cui, eccezionalmente, non si può ancora applicare il brocardo *iura novit curia*. Ebbene, secondo certa giurisprudenza l'acquisizione dei contratti collettivi può avvenire anche in secondo grado<sup>17</sup>, presupponendo coerentemente la natura normativa invece che probatoria del materiale cui, d'ufficio, si dà ingresso nel giudizio. Eppure, l'orientamento assolutamente dominante considera l'allegazione e la produzione del contratto collettivo un onere di parte da assoggettare alle regole processuali sulla distribuzione dell'onere della prova e sul contraddittorio. Infatti, in caso di contestazione circa il contratto collettivo applicabile, la parte che ne domanda l'applicazione senza allegarlo e produrlo (per intero), di regola soccombe – addirittura, secondo alcuni, anche nel caso in cui il giudice, nel corso della causa, ne abbia ordinato l'esibizione ai sindacati<sup>18</sup>. È chiaro che questo orientamento svilisce la funzione della

---

<sup>17</sup> Cass. civ., 1° luglio 2010, n. 15653 in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 7-8, 993, afferma che nelle cause soggette al rito del lavoro, l'acquisizione del testo dei contratti o accordi collettivi può aver luogo anche in appello, (...) attraverso la richiesta di informazioni alle associazioni sindacali, la quale non è soggetta al divieto di cui all'art. 437, comma 2, c.p.c., non costituendo un mezzo di prova.

<sup>18</sup> Da ultimo Cass. civ., 5 marzo 2019, n. 6394, *Dejure*, e, di particolare interesse, App. Perugia, 26 marzo 2019, n. 54, *Dejure*, secondo cui il contratto collettivo di diritto privato «è

norma e oscura il ruolo di ausilio al giudice che il sindacato avrebbe potuto svolgere e che il legislatore, complessivamente, non intendeva negare. Come è inevitabile, l'applicazione di questo segmento di disciplina è del tutto residuale e irrilevante oggi e sconta, più ogni altro, le ambiguità con cui oggi viene disciplinato il contratto collettivo nel processo, ancora a metà strada fra fonte atipica e regolazione privata.

Un analogo giudizio negativo, comunque, può essere esteso alla complessiva intelaiatura della disciplina di intervento del sindacato ad ausilio delle parti. Basti considerare quanto è esigua la giurisprudenza che ha cercato di sciogliere i profili di ambiguità che abbiamo considerato. Le ragioni di un generalizzato fallimento della disciplina sono almeno due. Sotto il profilo storico, entrata in vigore la disciplina del rito del lavoro nel 1973, il sindacato potrebbe aver preso sotto gamba questa “asfittica” e “prudentissima” disciplina, perché attratto da e impegnato a valorizzare l'art. 28 St. lav., in (vivacissimo) vigore da appena tre anni, e il cui impatto è naturalmente impareggiabile. È noto che la categoria di controversie di cui all'art. 28 St. lav. non corrisponde esattamente a quella di cui all'art. 409 c.p.c., ma nell'inevitabile intricarsi della dimensione collettiva e individuale delle controversie, ciò non pare sufficiente a smentire l'ipotesi. A parte la sfavorevole contingenza storica, all'infausto destino di questa disciplina sembra aver contribuito ancora una volta quel fattore culturale e ideologico di cui si è già detto all'inizio di questo paragrafo, ovvero l'idea – diffusa in dottrina e ben presto assorbita dagli operatori del diritto e dalle parti sociali – che la dimensione individuale e quella collettiva delle relazioni di lavoro appartenessero a due universi paralleli e non convergenti. Se la titolarità e la tutela degli interessi individuali e di quelli collettivi non conoscono interferenze anche nel processo, così come non si concepisce la partecipazione dei sindacati all'organo giudicante, ugualmente non si sente l'esigenza di una partecipazione sindacale ausiliaria nell'interesse del giudice né, addirittura, delle parti.

Come che sia, in questa sede conta solo registrare il fatto che tali istituti

---

conoscibile solo con la collaborazione delle parti, la cui iniziativa, sostanziosamente nell'adempimento di un onere di allegazione e produzione, è assoggettata alle regole processuali sulla distribuzione dell'onere della prova e sul contraddittorio, *che non vengono meno neppure nell'ipotesi di acquisizione giudiziale ex art. 425, comma 4, cod. proc.*» (corsivo mio).

sono stati poco adoperati dagli operatori del processo, che l'interpretazione prevalsa ne ha svalutato il rilievo funzionale – annullando le funzioni di ausilio al giudice e ridimensionando le funzioni di ausilio alle parti – e che il dato letterale e sistematico evidenziano delle ambiguità della politica del diritto che ha dato forma alla disciplina del rito del lavoro e alle sue successive riforme, nel senso che non essa non appare coerente, precisa e quindi efficace nell'individuare un ruolo e una funzione da affidare al sindacato.

#### 4. - Il sindacato nel giudizio sulla legittimità del licenziamento del dirigente sindacale.

L'art. 18, commi 11 ss. (già commi 4 ss. e, dopo il 1990, commi 7 ss.), St. lav., prevede che nell'ambito della controversia individuale sul licenziamento del lavoratore dirigente sindacale di RSA o RSU (ai sensi dell'art. 22 St. lav.), questi e il sindacato cui aderisce o conferisce mandato, presentino istanza congiunta al giudice adito per ottenere l'immediata reintegrazione nel posto di lavoro, in attesa del giudizio definitivo a cognizione piena. Il giudice, in tal caso, "può" (*rectius*, deve?) emettere ordinanza in ogni stato e grado del procedimento, verificando solo la sussistenza del *fumus boni iuris*, da valutare in questo caso particolare alla luce delle allegazioni e produzioni del datore di lavoro, invece che in base agli elementi addotti dal lavoratore<sup>19</sup>. Il ruolo giocato dal sindacato (in questo caso solo) dei lavoratori è diverso da tutti gli altri e la dottrina, per di più, lo ha interpretato in modi piuttosto diversi<sup>20</sup>, favorendo quella visione multiforme delle funzioni processuali dell'o.s., cui si è già fatto riferimento al primo paragrafo.

Per un verso, infatti, l'istanza congiunta si giustifica in ragione dell'interesse dell'organizzazione alla normalità sindacale nei luoghi di lavoro, ovvero al ripristino del libero svolgimento dell'attività sindacale in

---

<sup>19</sup> Cfr. M.G. GAROFALO, *Art. 18*, in G. GIUGNI (diretto da), *Lo statuto dei lavoratori – Commentario*, Milano, Giuffrè, 1979, 286, che ricostruisce l'istituto alla stregua di una vera e propria misura cautelare, caratterizzata però dall'impossibilità di procedere *inaudita altera parte*.

<sup>20</sup> Cfr. per gli esaustivi rinvii L. AMORIELLO, *Art. 18 St. lav.*, in R. DE LUCA TAMAJO-O. MAZZOTTA (diretto da), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Milano-Padova, 2018, 910.

azienda, per mano e per bocca dei dirigenti sindacali di riferimento<sup>21</sup>. Chi pone l'accento su questo aspetto, concepisce l'azione del sindacato come un intervento in giudizio in qualità di litisconsorte necessario – quindi in qualità di parte – in ragione della parziale connessione con l'oggetto dedotto dal lavoratore nel giudizio da questi instaurato a tutela del proprio interesse individuale<sup>22</sup>.

All'estremo opposto, si colloca chi osserva che l'intervento del sindacato non è autonomo, ma dipende dal fatto che il lavoratore abbia impugnato individualmente il licenziamento e abbia concordato con il sindacato di avanzare l'istanza che, per l'appunto, deve essere congiunta. Da questa prospettiva, l'interesse del sindacato appare come un interesse indiretto, cioè un interesse mediato che trova soddisfazione con la realizzazione (anticipata) del diritto individuale del lavoratore sindacalista<sup>23</sup>. Se ne inferisce che quello del sindacato può essere concepito piuttosto come una autorizzazione ad agire che il sindacato rende al lavoratore *ex art. 75, comma 2, c.p.c.*<sup>24</sup>, piuttosto che come un intervento in giudizio a tutela di un proprio interesse connesso e tutelato nell'ambito di una sorta di sub-procedimento. Si tratta di una prospettiva che, pur non avendo avuto molto seguito, è suggestiva perché valorizza il fatto, incontestabile, che l'ordinanza che anticipa provvisoriamente la reintegra non può produrre alcun effetto diretto sul sindacato e, soprattutto, perché il sindacato può formulare l'istanza congiunta, ma non è affatto autorizzato a partecipare al giudizio – o al sub-procedimento che dir si voglia – come è d'uopo per i litisconsorti necessari.

Infine, secondo alcuni processualisti, quello analizzato sarebbe uno dei primi casi di legittimazione straordinaria ad agire riconosciuta al sindacato, perché questi fa valere accanto ad un diritto proprio quello del

---

<sup>21</sup> D. BUONCRISTIANI, *Commento all'art. 18 St. lav.*, in O. MAZZOTTA, *I licenziamenti*, Commentario, Milano, 1999, 989.

<sup>22</sup> P. ALLEVA, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti individuali della legge 15 luglio 1966, n. 604 allo statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1971, I, 112, e R. VACCARELLA, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1977, 14.

<sup>23</sup> E. GARBAGNATI, *Profili processuali del licenziamento per motivi antisindacali*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 596.

<sup>24</sup> D. BORGHESI, *Licenziamenti individuali e ordinanza di reintegra ex art. 18 comma 4 dello statuto dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 1972, I, 437.

singolo lavoratore<sup>25</sup>. A prescindere dalla fondatezza di quest'ultima teoria, in questa sede importa solo rilevare come, ancora una volta, il legislatore abbia progettato un intervento del sindacato nel processo del tutto inusuale, per di più, lasciando dei margini di incertezza o, se vogliamo, degli spazi di azione, entro cui gli operatori del diritto potrebbero ritagliare un ruolo più preciso ed opportuno per il sindacato.

Come è noto, questo strumento ha avuto scarsissima eco<sup>26</sup>, perché ad esso è stato preferito non solo l'art. 700 c.p.c., ma anche l'art. 28 St. lav., con cui il sindacato può ottenere la repressione della condotta antisindacale che si concretizzi nel licenziamento del dirigente sindacale, senza il suo consenso e a prescindere dalla sua preventiva azione individuale<sup>27</sup>. A questo riguardo si consideri che la dottrina è divisa circa il fatto che l'istanza congiunta ex art. 18 St. lav. riguardi o meno solo i licenziamenti presuntivamente comminati per ragioni antisindacali. Alcuni ritengono che la natura antisindacale del licenziamento debba essere accertata anche a seguito dell'istanza congiunta<sup>28</sup>, altri che sia implicita nella plurioffensività della fattispecie<sup>29</sup>, altri ancora che si possa prescindere da essa<sup>30</sup>, poiché la fattispecie ricomprenderebbe qualunque licenziamento che impedisca *di fatto* l'ordinato svolgimento dell'attività di rappresentanza in azienda e che, per l'irrelevanza e l'insufficienza delle prove addotte dal datore, appaia a prima vista illegittimo, anche se non antisindacale. Quest'ultima lettura restituirebbe autonomia e rilevanza allo strumento speciale previsto dall'art. 18 St. lav., perché, invece, di fronte ad una condotta

---

<sup>25</sup> C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, 2012, 40. La tesi è interessante perché, applicando a questo caso l'istituto della legittimazione straordinaria, conferma il presupposto della secca distinzione fra dimensione individuale e collettiva e, attraverso un'eccezione di legge, ammette di superare il principio aureo della necessaria correlazione fra titolarità dell'interesse da tutelare e titolarità dell'azione, cfr. i riferimenti alla letteratura e sullo stato dell'arte sul punto in O. RAZZOLINI, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale*, cit., spec. 11 ss.

<sup>26</sup> F. Pirelli, *Il licenziamento del dirigente sindacale*, in O. MAZZOTTA (a cura di), *I diritti sindacali nell'impresa*, Torino, 2010, 224.

<sup>27</sup> D. BORGHESI, *Licenziamenti individuali e ordinanza di reintegra ex art. 18 comma 4 dello statuto dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 1972, I, 437 ss.

<sup>28</sup> G. PERA, *Commento all'art. 18*, in C. ASSANTI-G. PERA (a cura di), *Commento allo statuto dei lavoratori*, Padova, 1972, 221.

<sup>29</sup> L. LANFRANCHI, *Situazioni giuridiche individuali a rilevanza collettiva ed attuazione della condanna alla reintegrazione del lavoratore*, in *Riv. giur. lav.*, 1977, I, 378.

<sup>30</sup> M.G. GAROFALO, *Art. 18*, cit., 287.

plurioffensiva come quella del licenziamento del dirigente sindacale, il giudice adito *ex art. 28 St. lav.* tende a considerare essenziale il requisito dell'*animus* antisindacale del datore di lavoro che, di regola, invece, non assume rilievo <sup>31</sup>.

Come che sia, non c'è stato modo di valorizzare gli ultimi commi dell'art. 18 St. lav. rispetto all'art. 28 St. lav., perché la questione giuridica non ha avuto, a quanto consta, un sufficiente impatto pratico nelle aule di giustizia. Infatti, nel dubbio della totale sovrapposizione delle fattispecie, le oo.ss. dei lavoratori sono state attratte dal coevo e più potente art. 28 St. lav.

In fin dei conti, all'ambiguità del ruolo assegnato al sindacato in caso di istanza congiunta, si aggiunge l'ambiguità di un legislatore che ha confezionato nell'ambito dello stesso provvedimento due strumenti alternativi e concorrenti senza preoccuparsi di differenziarli adeguatamente per garantirne pari efficacia. In mancanza di chiare e univoche interpretazioni che sottolineassero la praticabilità di una reintegrazione del dirigente sindacale a prescindere dall'*animus* antisindacale del datore, lo strumento più efficace, l'art. 28 St. lav., ha fagocitato l'altro.

Prima di andare oltre, è opportuno però segnalare due novità che dovrebbero indurre a valorizzare nuovamente l'istituto dell'istanza congiunta *ex art. 18 St. lav.*, invece di relegarlo nel dimenticatoio. In primo luogo, infatti, si consideri che il sindacato cui fa riferimento l'ultima parte dell'art. 18 St. lav. è quello nell'ambito del quale il lavoratore licenziato aveva istituito una RSA. Quindi si tratta di un sindacato rappresentativo ai sensi dell'art. 19 St. lav. che, come è noto, oggi, è tale in quanto abbia per lo meno partecipato alle trattative per la stipula di un contratto collettivo di qualunque livello applicato nell'unità produttiva <sup>32</sup>. Viceversa l'attore sociale che può azionare l'art. 28 St. lav. è solo l'organismo locale di un'associazione sindacale nazionale. Pertanto, alla luce di tale discutibile diva-

---

<sup>31</sup> L'*animus* antisindacale è di solito richiesto per le condotte pluri-offensive, per le violazioni della parte normativa del contratto collettivo, per le condotte altrimenti lecite, cfr. F. LUNARDON, *La repressione della condotta antisindacale*, in *Conflitto, concertazione e partecipazione*, a cura di F. LUNARDON, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da F. CARINCI-M. PERSIANI, Padova, 2011, 661.

<sup>32</sup> Cfr. per tutti i riferimenti L. IMBERTI, *Art. 19 St. lav.*, in R. DEL PUNTA-F. SCARPELLI (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, cit., 1075.



rio<sup>33</sup>, si allarga l'insieme di sindacati potenzialmente interessati a tutelare la normalità sindacale in azienda contro licenziamenti illegittimi, ma a cui è impedito di agire per ottenere la repressione della condotta antisindacale. Ritentare l'alternativa offerta dall'ultima parte dell'art. 18 St. lav. rappresenta, quindi, una opportunità da coltivare con maggiore convinzione, oggi più che in passato.

La seconda novità riguarda l'applicabilità dell'istituto dell'istanza congiunta al dirigente sindacale che, lamentando l'illegittimità del licenziamento, abbia diritto alle tutele del d.lgs. 23/2015. A questo riguardo alcuni hanno affermato che l'istanza congiunta è oramai un procedimento ad esaurimento, come l'art. 18 St. lav.<sup>34</sup>. Altri, invece, hanno affermato che, nel silenzio del legislatore delegato dal *jobs act*, il procedimento speciale debba continuare ad applicarsi ai dirigenti sindacali assunti dopo il 7 marzo 2015<sup>35</sup>. Quest'ultimo orientamento sembra complessivamente più "giusto", nel senso che non sembra ragionevole discriminare fra dirigenti sindacali assunti prima e dopo il *jobs act* anche sotto questo profilo. La tesi, però, non è facile da difendere. Si potrebbe, ad esempio, considerare che la tutela messa in campo in favore del dirigente sindacale licenziato ha un campo di applicazione autonomo rispetto a quello delle tutele predisposte nell'art. 18 St. lav. per gli altri lavoratori licenziati. Il comma 8 di quest'ultima disposizione, infatti, riferisce le soglie occupazionali alle sole previsioni dei commi dal 4 al 7, non a quelle dei commi successivi, ove si fa riferimento, per l'appunto, all'istanza congiunta. Il campo d'applicazione di quest'ultimo istituto, invece, è il medesimo dell'art. 22 St. lav., quindi è individuato all'art. 35 della stessa legge. Si tratta di campi d'azione di fatto ampiamente, anche se non totalmente sovrapponibili, ma qui importa solo evidenziarne la significativa autonomia formale, per difendere la difficile tesi dell'applicabilità dell'ultima parte dell'art. 18 anche ai dirigenti sindacali soggetti al *jobs act*.

---

<sup>33</sup> Divenuto quasi intollerabile dolo il referendum del 1995 e la decisione della Corte cost., n. 231 del 2013 (cfr. L. DE ANGELIS, *Brevi annotazioni sull'incostituzionalità del criterio di legittimazione attiva di cui all'art. 28 dello statuto dei lavoratori*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 195, 2013, 3).

<sup>34</sup> L. AMORIELLO, *Art. 18 St. lav.*, cit., 910.

<sup>35</sup> M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, Torino, 2018, 195.

Si potrebbe obiettare che non ha senso estendere a questi ultimi una tutela finalizzata ad anticipare una tutela reintegratoria che, nella maggior parte dei casi, non potranno ottenere con la decisione definitiva, ma si tratterebbe di una obiezione, per un verso, poco fondata, per altro verso, formalistica. Poco fondata perché già le tutele dell'art. 18, commi 4-7, St. lav. frammentano il sistema sanzionatorio, riducendo l'applicazione della tutela reale; formalistica perché è scontato che il lavoratore dirigente sindacale che abbia impugnato individualmente il licenziamento e che voglia presentare l'istanza congiunta per l'immediata reintegra, domanderà (anche) l'applicazione delle sanzioni più gravi previste per il licenziamento discriminatorio (sia nell'art. 18 St. lav. che nell'art. 2 d.lgs. 23 del 2015) per ottenere, almeno in via principale, proprio quella reintegra di cui chiede il godimento anticipato, attraverso l'istanza congiunta. Infine, a confermare definitivamente la "giustizia" della tesi se non la sua fondatezza, si ricordi che ai lavoratori licenziati cui si applica il d.lgs. 23/2015, non spetta il beneficio del rito speciale c.d. Fornero, quindi l'esigenza di una tutela cautelare per il sindacalista è più opportuna che mai.

##### **5. - Il sindacato dei lavoratori dipendenti nel processo contro le condotte antisindacali.**

Fin qui abbiamo passato in rassegna discipline che non hanno attecchito davvero nel sistema (§§ 3 e 4) o che tirano in ballo il sindacato in numerosi e diversi ruoli ausiliari o, per così dire, di "compartecipazione" nell'amministrazione della giustizia e delle controversie. La responsabilità degli insuccessi può essere imputata ad un legislatore troppo cauto, che non ha saputo o voluto scommettere ed investire su una strategia invece che su altre, ma anche alle parti sociali che, per troppo tempo, non hanno visto nel processo un luogo strategico entro cui agire. Un'altra parte della responsabilità, però, è ascrivibile probabilmente al gran seguito e all'attrattiva dell'art. 28 St. lav., che rappresenta, viceversa, il più importante ed efficiente strumento processuale messo a disposizione dei sindacati dei lavoratori. Anzi, si può affermare che almeno una delle ragioni del successo dell'art. 28 St. lav. spiega bene il motivo del *flop* degli altri istituti passati in rassegna *supra*.

Con l'art. 28 St. lav., infatti, il legislatore disciplina uno strumento processuale che, come è noto, vede negli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali gli unici legittimati ad agire contro le condotte datoriali che impediscono o limitano l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale, nonché del diritto di sciopero<sup>36</sup>. In questo caso, quindi, il sindacato è chiamato ad assumere le vesti dell'attore/ricorrente nel processo, per la tutela di interessi che chiaramente lo riguardano direttamente (vedremo subito in che termini). Viceversa, gli istituti più sopra menzionati, si collocano nell'ambito della disciplina processuale o stragiudiziale di risoluzione di controversie individuali, in cui la posta in gioco è, in primo luogo, la tutela dell'interesse del singolo lavoratore, che quest'ultimo ritiene essere assunto a suo proprio diritto soggettivo in virtù delle discipline di diritto sostanziale rivendicate. Ora, in questi ultimi casi, l'intervento in giudizio delle oo.ss. non poteva essere regolato agevolmente e con disinvoltura, in virtù della regola processuale sulla legittimazione ad agire, per cui, per dirla in positivo, si può stare in giudizio per la tutela dei "propri" diritti e interessi legittimi (art. 24 Cost.) e, per dirla in negativo, non si può far valere nel processo un diritto altrui in nome proprio, fuori dei casi espressamente previsti dalla legge (art. 81 c.p.c.). Una regola processuale tanto influente sulla cultura degli interpreti che, per fare un esempio, è ben presto prevalso l'orientamento, nient'affatto scontato, secondo cui l'art. 409 c.p.c. esclude dal campo di applicazione del rito del lavoro le controversie che vedono coinvolte le oo.ss.<sup>37</sup>.

Da questo punto di vista, l'art. 28 St. lav., che per molti altri aspetti strutturali è una disposizione molto innovativa<sup>38</sup>, ha svolto la funzione di – o, se vogliamo, è stato usato per – preservare i principi processuali "borghesi", fondati sull'individualismo e sulla già menzionata

---

<sup>36</sup> Impossibile rinviare a tutta la letteratura sul punto, si considerino quindi i riferimenti in E. LANFRANCHI, *Art. 28 St. lav.*, in R. DEL PUNTA-F. SCARPELLI (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, cit., 1137; G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Art. 28 St. lav.*, in R. DE LUCA TAMAJO-O. MAZZOTTA (diretto da), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Milano-Padova, 2018, 957, e F. LUNARDON, *La repressione della condotta antisindacale*, cit., 647.

<sup>37</sup> Cfr. per i riferimenti alle diverse posizioni sul punto, O. RAZZOLINI, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale*, cit., 150.

<sup>38</sup> Inevitabile il rinvio a U. ROMAGNOLI, *Commento all'art. 28 Statuto dei lavoratori*, in G. GHEZZI-G.F. MANCINI-L. MONTUSCHI-U. ROMAGNOLI, (a cura di), *Statuto dei lavoratori*, Bologna, 1972, 409.

correlazione necessaria fra titolare dell'azione e titolare dell'interesse <sup>39</sup>. L'art. 28 St. lav., in pratica, ha risposto alla pressione operata sul sistema dall'intreccio reale che di fatto lega interessi individuali e collettivi, come una valvola di sfogo che ha ridotto e poi neutralizzato la pressione delle parti sociali sul sistema processualistico, facendo loro spazio in un contesto nuovo e confezionato appositamente per non interferire sull'amministrazione della giustizia ordinaria. Non è da escludere, infatti, che, senza l'art. 28 St. lav., la storia e il destino degli istituti analizzati nei paragrafi precedenti sarebbero stati affatto diversi.

L'immane dibattito sulla natura dell'art. 28 St. lav. conferma quanto si va dicendo. Come si sa, infatti, uno dei punti di forza della disposizione sta nel fatto che la fattispecie di riferimento è costituita in termini teleologici, nel senso che lo strumento è attivabile quando sono lesi, attraverso condotte non tipizzate nella disposizione, i beni costituzionali cui fa riferimento la legge (gli artt. 39, comma 1, e 40 Cost.). Tanto che si è detto che la disposizione conterrebbe una clausola generale, una norma generale o che fosse addirittura una norma in bianco <sup>40</sup>. Come che sia, dalla nostra prospettiva, importa osservare che l'esercizio che non deve essere impedito o limitato, riguarda le libertà e attività sindacali e il diritto di sciopero, ovvero facoltà di azione che appartengono in parte ai lavoratori, in parte alle oo.ss. <sup>41</sup> Il problema è che il legislatore non ha chiarito se la condotta lesiva da reprimere dovesse essere rivolta contro quelli e/o contro queste. E la legittimazione ad agire esclusivamente sindacale non ci aiuta a risolvere il dilemma, perché essa potrebbe essere interpretata sia come una legittimazione ordinaria a tutela dell'interesse proprio del sindacato, che come una legittimazione straordinaria o sostituzione processuale per la tutela di interessi collettivi di cui il sindacato non è titolare. Ancora una volta, ci troviamo di fronte ad una disciplina che, sul punto, è generica tanto quanto nebbioso e ambiguo si rivela l'intreccio fra interessi individuali, collettivi e sindacali. In questo caso, la genericità del legislatore è

---

<sup>39</sup> È questa la condivisibile osservazione sull'art. 28 St. lav. di O. RAZZOLINI, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale*, cit., 25, e i riferimenti alla letteratura ivi contenuti (cfr. anche la nt. n. 25 *supra*).

<sup>40</sup> Per i riferimenti si permetta il rinvio a M. FALSONE, *Tecnica rimediale e art. 28 dello statuto dei lavoratori*, in *Lav. dir.*, 3-4, 572 ss.

<sup>41</sup> Per tutti G. PERA, *Libertà sindacale (dir. vig.)*, *Enc. dir.*, XXIV, 1974, spec. § 3.

stata molto fruttuosa, perché ha permesso di estendere molto il raggio d'azione dell'art. 28 St. lav.; ma ai nostri fini è interessante osservare come i paletti irrinunciabili posti dalla giurisprudenza e dalla dottrina per contenere il *trend* espansivo della disposizione, siano chiaramente funzionali all'esigenza di mantenere l'ordine delle regole processuali, tenendo fermi il nesso fra soggetti legittimati ad agire e soggetti interessati (d)alla tutela richiesta e la separazione fra dimensione individuale e collettiva delle controversie <sup>42</sup>.

Secondo alcuni, gli interessi tutelati dall'art. 28 St. lav. sono quelli individuali, la cui soddisfazione interessa il sindacato per connessione, perché a beneficiarne è la sua azione; secondo altri, l'art. 28 St. lav. tutela sia gli interessi del sindacato come istituzione, sia gli interessi collettivi dei lavoratori; secondo la maggioranza, infine, l'art. 28 St. lav. tutela solo interessi collettivi del sindacato, ma a partire dal significativo presupposto (storico o ideologico, dipende dai punti di vista) secondo cui il sindacato è l'unico titolare dell'interesse collettivo, essendo l'entità capace di rappresentarlo e di elevarlo ad interesse giuridicamente rilevante. Infine, si è sostenuto anche che l'art. 28 St. lav. tutela solo gli interessi strumentali, ovvero gli interessi del sindacato la cui tutela è funzionale a soddisfare un interesse finale, quello collettivo dei lavoratori <sup>43</sup>. In questo bailamme di orientamenti, la linea del Piave difesa in modi diversi ma unanimemente, soprattutto in giurisprudenza, è stata quella del coinvolgimento diretto dell'interesse del sindacato. Per difendere questa linea, sono stati adoperati almeno due *escamotage*.

Il primo *escamotage* riguarda il diverso trattamento riservato alle condotte mono-offensive e a quelle pluri-offensive. Le prime, ledendo direttamente l'interesse sindacale, non necessitavano di essere trattate con particolari cautele, perché per loro natura non rompono il nesso fra titolare dell'interesse e titolare dell'azione; così è prevalso l'orientamento della natura oggettiva dell'antisindacalità della condotta datoriale, secondo cui è irrilevante indagare l'*animus* antisindacale del datore di lavoro. Viceversa, di

---

<sup>42</sup> Cfr. O. RAZZOLINI, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale*, cit., 26 ss.

<sup>43</sup> Questa la posizione di O. RAZZOLINI, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale*, cit., spec. 130 s., e, per gli altri orientamenti, 26 ss.

fronte alle condotte pluri-offensive, una parte importante della dottrina e della giurisprudenza ha cominciato a richiedere la verifica dell'intenzione antisindacale del datore, sul presupposto che, altrimenti, la condotta sarebbe stata sostanzialmente lesiva solo di interessi individuali e non si sarebbe potuta ammettere l'azione del sindacato *ex art. 28 St. lav.* A prescindere dalla fondatezza di questo *escamotage* ideato dagli interpreti, in questa sede è sufficiente osservare che esso non era imposto da ragioni logico-giuridiche insuperabili; sembra semmai il riflesso pavloviano, teso ad impedire confusione e intrecci fra interessi e azioni individuali e collettivi e a porre un limite al rischio di ammettere una legittimazione processuale straordinaria, non espressamente prevista dal legislatore.

Questo orientamento, peraltro, non è stato applicato solo alle condotte pluri-offensive che violano norme di legge o di contratto collettivo (si pensi proprio al licenziamento illegittimo del dirigente sindacale), ma anche alle condotte antisindacali altrimenti lecite, cioè a condotte non lesive di altre disposizioni vincolanti. Anche in questo caso, infatti, la necessità di accertare la sussistenza della correlazione fra legittimato ad agire e titolare dell'interesse tutelato si è espressa nell'esigenza di cogliere un *animus nocendi* <sup>44</sup>. L'aspetto da evidenziare, a questo riguardo, è che il requisito dell'intenzione antisindacale non viene ricercato per punire condotte particolarmente odiose (come se si trattasse di cercare il dolo di una condotta di rilievo penale), ma per individuare indizi e prove del fatto che la condotta sia effettivamente rivolta ad un soggetto passivo titolare di un interesse collettivo <sup>45</sup>, e non ad un lavoratore. L'*animus* datoriale è dunque la spia che conferma la legittimazione ad agire del sindacato.

Il secondo *escamotage*, riguarda particolari condotte pluri-offensive che, per la preminenza assunta dall'interesse individuale leso, hanno imposto precauzioni ancora più gravi. In certi casi, infatti, non si richiede solo l'*animus* antisindacale, ma anche che la lesione si sostanzi in violazioni sistematiche, cioè ripetute e significative; in certi casi, inoltre, si richiede

---

<sup>44</sup> Trib. Palermo, 28 agosto 2006, n. 2067, in *Il merito*, 2007, n. 4, 11.

<sup>45</sup> L'orientamento giurisprudenziale secondo cui il sindacato è legittimato ad agire anche quando la condotta leda direttamente attività e libertà sindacali esercitate da altri lavoratori e/o altre organizzazioni, rappresenta in questo discorso una sorta di compromesso che, però, non mette in discussione la necessità di separare nettamente la dimensione individuale da quella collettiva.

che tali ripetute violazioni incidano sull'immagine e la credibilità del sindacato. Questi orientamenti, invero non pacifici <sup>46</sup>, sono prevalenti e sono stati applicati con accenti e rigore diversi, sia in letteratura che in giurisprudenza, in particolare nel caso della condotta che per antonomasia dovrebbe accedere al campo delle controversie individuali, ovvero quella che consiste nella violazione delle clausole della parte normativa del contratto collettivo. Essa infatti assume rilievo ai sensi dell'art. 28 St. lav. solo se attenta all'ordine contrattuale <sup>47</sup>, ovvero a condizione che interferisca chiaramente con l'interesse del sindacato al rispetto degli equilibri raggiunti con la contrattazione collettiva.

In definitiva, l'art. 28 St. lav. è stato valorizzato molto, ma sempre in modo da accertare che la libertà e l'attività sindacale impedita o limitata interferissero chiaramente con l'interesse collettivo tutelato dal sindacato, in particolare quando i casi concreti si collocano nella zona grigia fra dimensione individuale e collettiva <sup>48</sup>.

## 6. - Le organizzazioni sindacali nel processo a tutela degli interessi collettivi: nuove funzioni, attuali e potenziali.

---

046

La valvola di sfogo rappresentata dall'art. 28 St. lav. ha svolto bene la sua funzione per decenni, anche se oggi presenta i segni del tempo. Alla scarsa sindacalizzazione dei lavoratori, che di fatto rende meno agevole l'utilizzo dello strumento, si aggiungono alcuni limiti strutturali della disposizione statutaria, prima irrilevanti e oggi faticosamente superabili senza ritocchi del legislatore <sup>49</sup>. Ci si riferisce, ad esempio, al fatto che la condotta antisindacale punibile è solo quella realizzata dal datore di lavoro all'interno dei luoghi di lavoro, mentre la condotta *unfair* (che può avere effetti

---

<sup>46</sup> Cfr. Cass. civ., 22 aprile 2004, n.7706 in *Dejure*.

<sup>47</sup> T. TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Milano, 1974

<sup>48</sup> È interessante, a questo riguardo, osservare come i giudici investiti di cause *ex art. 28 St. lav.* abbiano spesso cura di riferirsi all' "interesse collettivo del sindacato", piuttosto che all' "interesse collettivo dei lavoratori", come si può constatare sulle banche dati più diffuse.

<sup>49</sup> Ci si riferisce al fatto che la condotta antisindacale punibile è solo quella rivolta ai lavoratori subordinati, realizzata dal rispettivo datore di lavoro, all'interno dei luoghi di lavoro (cfr. M. FALSONÈ, *La repressione della condotta antisindacale oltre la fabbrica*, paper in risposta alla call dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca con Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, su «la percezione del valore dello Statuto dei lavoratori negli studiosi di nuova generazione»).

infra o extra aziendali) di altre organizzazioni concorrenti o di associazioni datoriali non può essere repressa *ex art. 28 St. lav.* O ancora, al fatto che l'art. 28 St. lav. legittima l'azione giudiziale dei sindacati che rappresentano i lavoratori dipendenti, non quelli para-subordinati e autonomi, nonostante l'art. 39, comma 1, Cost. copra senza dubbio anche questa categoria di lavoratori e collaboratori, che oggi, più di ieri, tende ad organizzarsi e a svolgere attività sindacale. Per non dire, infine, del problema già evidenziato *supra* (§ 4 e nt. 33) per cui la stessa legittimazione attiva continua ad essere riservata all'organismo locale del sindacato nazionale, quando oggi l'azione sindacale è svolta notoriamente anche da sindacati non nazionali, nel cui ambito vengono spesso istituite RSA *ex art. 19 St. lav.* meritevoli di specifiche tutele.

Per questi ed altri limiti, oltre che per più concrete ragioni strategiche, si è aperta pian piano la strada ad una "terza via", rispetto all'alternativa secca offerta dalla tutela giudiziaria per il sindacato o per il singolo lavoratore: è la via offerta dagli altri strumenti processuali che autorizzano espressamente un soggetto rappresentativo come il sindacato a tutelare interessi di cui non è titolare: interessi c.d. collettivi o diffusi, attraverso gli istituti processuali della rappresentanza volontaria e/o della della sostituzione processuale<sup>50</sup>. Si tratta di strumenti che possono offrire dei vantaggi in casi specifici, ad esempio perché regolano in modo particolarmente

---

<sup>50</sup> Cfr. Cass. civ., 2 gennaio 2020, n. 1, in *Questione giustizia*, con nota di L. CURCIO, secondo cui "il procedimento *ex art. 28 St. lav.* è riservato ai casi in cui venga in questione la tutela dell'interesse collettivo del sindacato al libero esercizio delle sue prerogative, interesse che è distinto ed autonomo rispetto a quello dei singoli lavoratori. Il d.lgs. n. 216 del 2003, art. 5, comma 2, prevede l'azione delle organizzazioni sindacali, delle associazioni e delle organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso qualora si intenda far valere una discriminazione collettiva a danno di un gruppo di lavoratori identificati dall'appartenenza sindacale e, dunque, non individuati nominativamente in modo diretto e immediato quali persone lese dalla discriminazione. Nonostante i punti di contatto, entrambe collettive ed entrambe poste a tutela di un interesse collettivo, le due azioni processuali sono diverse e (...) in parte fungibili; App. Roma, 9 ottobre 2012, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, 3, 661, con nota di A. GUARISO, secondo cui «qualora venga dedotta una discriminazione per motivi sindacali relativa a singoli lavoratori, la parte che si ritenga lesa può azionare il procedimento di cui all'art. 28 d.lgs. 1° settembre 2011 n. 150 sotto il profilo della discriminazione per convinzioni personali, mentre il procedimento *ex art. 28 St. lav.* è riservato ai casi in cui venga in questione la tutela dell'interesse collettivo del sindacato al libero esercizio delle sue prerogative, interesse che è distinto e autonomo rispetto a quello dei singoli lavoratori».



favorevole l'onere della prova<sup>51</sup>. Grazie a questi strumenti, il sindacato è autorizzato a svolgere il ruolo di parte del processo, ma in questo caso a tutela di diritti e interessi dei lavoratori che divengono giuridicamente rilevanti perché invece di appartenere ad un solo lavoratore, appartengono ad un gruppo, non necessariamente definitivo, di persone. Questa suggestiva alternativa processuale, però, è piuttosto stretta, perché è ammessa solo per contrastare le discriminazioni per convinzioni personali, fra le quali rientra anche l'affiliazione sindacale<sup>52</sup>, non altre forme lesive dell'interesse collettivo dei lavoratori.

Per completare il puzzle delle numerose funzioni esercitabili dal sindacato nella risoluzione di controversie, si deve considerare il comma 2 dell'art. 2907 c.c. secondo cui «la tutela giurisdizionale dei diritti, nell'interesse delle categorie professionali, è attuata su domanda delle associazioni legalmente riconosciute, nei casi determinati dalla legge e con le forme da questa stabilite». La disposizione, naturalmente, è stata presto accantonata in epoca repubblicana, a causa dei due riferimenti al sistema corporativo – la categoria professionale e le associazioni legalmente riconosciute – che fanno propendere per l'abrogazione della disposizione, a seguito del d.lgs.lgt. n. 369 del 1944<sup>53</sup>. Recentemente, però, è stata avanzata la proposta di rivalorizzarne la funzione, attraverso una interpretazione costituzionalmente orientata, per permettere alle oo.ss. di tutelare in causa l'interesse collettivo dei lavoratori, quando questo non presenti sufficienti

---

<sup>51</sup> Cfr. Cass. civ., 2 gennaio 2020, n. 1, cit., secondo cui «nei giudizi antidiscriminatori, i criteri di riparto dell'onere probatorio non seguono i canoni ordinari di cui all' art. 2729 c.c., bensì quelli speciali di cui all'art. 4 del d.lgs. 216 del 2003 (applicabile "ratione temporis"), che non stabiliscono un'inversione dell'onere probatorio, ma solo un'agevolazione del regime probatorio in favore del ricorrente, prevedendo una "presunzione" di discriminazione indirizzata per l'ipotesi in cui, specie nei casi di coinvolgimento di una pluralità di lavoratori, abbia difficoltà a dimostrare l'esistenza degli atti discriminatori; ne consegue che il lavoratore deve provare il fattore di rischio, e cioè il trattamento che assume come meno favorevole rispetto a quello riservato a soggetti in condizioni analoghe e non portatori del fattore di rischio, ed il datore di lavoro le circostanze inequivoche, idonee a escludere, per precisione, gravità e concordanza di significato, la natura discriminatoria della condotta, in quanto dimostrative di una scelta che sarebbe stata operata con i medesimi parametri nei confronti di qualsiasi lavoratore privo del fattore di rischio, che si fosse trovato nella stessa posizione».

<sup>52</sup> D. IZZI, *Libertà sindacale e rispetto delle convinzioni personali: la lezione di Pomigliano D'Arco*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Giovanni Garofalo*, Bari, 2015 463.

<sup>53</sup> L. P. COMOGGIO-F. PAROLA, *Commento all'art. 2907 c.c.*, in *Codici Commentati - Leggi D'Italia*, § 6.

collegamenti con l'interesse istituzionale del sindacato, né profili specificamente discriminatori<sup>54</sup>. Che i riferimenti formali ad istituti fascisti non siano da sé soli sufficienti a dare per scontata l'abrogazione della disposizione, è un assunto certamente condivisibile. Probabilmente, però, all'argomento secondo cui, se è stato possibile "resuscitare" l'art. 2077 c.c. sull'efficacia del contratto collettivo, allora è possibile fare lo stesso con l'art. 2907, comma 2, c.c.<sup>55</sup>, se ne potrebbero avanzare di più convincenti, perché come è noto quella "resurrezione" è stata opera di una giurisprudenza che non ha incontrato mai i favori della dottrina. Ad esempio, si può partire dall'osservazione secondo cui le disposizioni normative che fanno riferimento ad istituti di conio fascista oramai aboliti, sono da ritenersi implicitamente abrogate solo se la regola e gli effetti che essa intende produrre si rivolgono all'istituto medesimo, non quando invece quei riferimenti rappresentano solo lo strumento formale per elaborare una norma rivolta ad altri istituti o fenomeni che non sono stati travolti dalla abolizione del sistema sindacale e corporativo fascista. In questo secondo caso, infatti, il riferimento agli istituti fascisti rappresentano solo una contingenza storica superabile in via di interpretazione. Così, è ovvio che le regole codicistiche che disciplinano la contrattazione collettiva corporativa devono considerarsi abrogate, perché l'art. 4 R.d.l. n. 721 del 1943 e, soprattutto, l'art. 43 d.lgs.lgt. n. 369 del 1944 dichiarano espressamente l'estinzione di quest'ultima, facendo salva solo la loro ultrattività<sup>56</sup>. Invece, quando le regole codicistiche adoperano l'armamentario corporativo fascista solo per esprimere agevolmente e sinteticamente una regola da applicare ad atti, fatti e fenomeni ancora esistenti e sopravvissuti al fascismo, essa può ritenersi ancora in vigore e applicabile. L'esempio lampante è offerto dall'art. 2093 c.c. che prevede l'applicazione dell'intero libro V del codice civile agli enti pubblici «inquadri nelle associazioni professionali». Ebbene, la dottrina e la giurisprudenza assolutamente maggioritarie

---

<sup>54</sup> O. RAZZOLINI, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale*, cit. Lo studio è ovviamente calibrato sulla posizione dei sindacati dei lavoratori, e sarebbe interessante indagare se le stesse conclusioni presentate, possano o meno estendersi anche alle organizzazioni datoriali.

<sup>55</sup> Cfr. O. RAZZOLINI, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale*, cit., 134, in scia alla polemica di F. MANCINI sulla mancata valorizzazione dell'art. 443 c.p.c. che, prima del 1973, ribadiva sul piano processuale la norma di cui all'art. 2907, comma 2, c.c.

<sup>56</sup> Cfr. G. PERA, *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Milano, 1960, 32.

hanno ben presto interpretato quest'ultimo riferimento alla luce del suo significato sostanziale, prescindendo quindi dal contingente strumento formale adoperato letteralmente. La norma, infatti, è stata subito reinterpretata per essere rivolta agli enti pubblici «che svolgono esclusivamente o prevalentemente attività economica» (i.e. gli enti pubblici economici), poiché erano solo questi ultimi, secondo le stesse leggi speciali fasciste, gli enti pubblici che potevano essere inquadrati nelle associazioni professionali di allora<sup>57</sup>. Detto ciò, possiamo osservare che l'art. 2907, comma 2, c.c. intende produrre effetti sulla giurisdizione, il cui esercizio ovviamente è sopravvissuto alla soppressione dell'ordinamento corporativo; ugualmente, ma in questo caso attraverso una lettura costituzionalmente orientata, si può dire che il concetto di categoria professionale che la norma intendeva proteggere è adoperabile ancora oggi, purché lo si ripulisca dalle incrostazioni fasciste e si guardi alla sua sostanza, che lo stesso legislatore del ventennio individuava nella «attività effettivamente esercitata dall'imprenditore» (art. 2070 c.c.); proprio come fa regolarmente nelle aule di giustizia, per individuare il minimo retributivo *ex* art. 36 Cost. (tramite l'art. 2070 c.c.)<sup>58</sup>. Tuttavia, il riferimento all'associazione legalmente riconosciuta rappresenta, da questa prospettiva, un ostacolo più insidioso. Ma è un ostacolo che non viene posto dall'origine corporativa della disposizione, ma che accede, semmai, al sempre più sentito problema della mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost. Non a caso, chi propone di rivitalizzare la norma *de iure condito*, ha dovuto dedicare non pochi sforzi di manutenzione interpretativa, per sostituire al sindacato legalmente riconosciuto, quello rappresentativo, secondo la nostra tradizione di diritto sindacale<sup>59</sup>.

Venendo alla sostanza della proposta, dal punto di vista costituzionale si afferma che l'interesse collettivo è un interesse giuridicamente rilevante e che il sindacato possa tutelarlo anche attraverso la giurisdizione alla luce di una lettura congiunta dell'art. 39, comma 1, e dell'art. 24 Cost., che si

---

<sup>57</sup> Si permetta il rinvio a M. FALSONE, *I rapporti di lavoro nelle imprese esercitate da enti pubblici: [art. 2093]*, Milano, 2018, spec. cap. I.

<sup>58</sup> Cfr. per i riferimenti essenziali G. CONSONNI, *Il concetto di "categoria professionale": contraddizioni ed ipotesi applicative nell'attuale sistema di relazioni industriali*, in *Dir. rel. ind.*, 2, 2017, 496, a commento di Trib. Torino, 13 ottobre 2016, n. 1743.

<sup>59</sup> Cfr. O. RAZZOLINI, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale*, cit., spec. 137.

riferisce alla tutela degli interessi legittimi, ma in senso lato. Sotto il profilo strutturale, rileggendo la diffusa tesi secondo l'interesse collettivo è sintesi ma non somma degli interessi individuali, si avanza la proposta di concepire tale sintesi non in senso "hegeliano", cioè come ricomposizione ad unità di interessi individuali divergenti, ma come costante e cangiante selezione e sacrificio degli interessi individuali dei lavoratori ritenuti rispettivamente meritevoli o meno di tutela. In questo modo, si riduce la diversità ontologica dell'interesse collettivo – dovuta alla sua indivisibilità –, accostando, così pare, l'interesse collettivo all'interesse c.d. diffuso. La tesi è avanzata per agevolare il riconoscimento della legittimità ad agire in capo al sindacato, non in qualità di titolare dell'interesse collettivo così concepito, ma come suo interprete rappresentativo investito dalla Costituzione della funzione di tutelarlo anche davanti ai giudici.

La proposta ha il pregio di completare l'orizzonte sfaccettato degli scenari possibili ove il sindacato può giocare un ruolo nella risoluzione delle controversie, senza sovrapporsi con gli istituti previsti in ambito di controversie individuali e senza entrare in conflitto con l'art. 28 St. lav. Dal nostro punto di osservazione, in particolare, la proposta è interessante perché permette di riconoscere la legittimazione ad agire in capo al sindacato rappresentativo, quando l'interesse collettivo giuridicamente rilevante non assurge al rango di diritto soggettivo, ad esempio perché le disposizioni sostanziali di riferimento contengono obbligazioni indeterminate soggettivamente o oggettivamente. Si pensi alle sempre più diffuse clausole contrattuali di impegno del datore a non abusare del lavoro precario <sup>60</sup> o a quelle recentissime che condizionano benefici pubblici all'assunzione dell'impegno "a gestire i livelli occupazionali attraverso accordi sindacali" <sup>61</sup>.

## **7. - Le organizzazioni sindacali e la giustizia costituzionale.**

La questione del ruolo delle oo.ss. si è posta anche nell'ambito del processo costituzionale, quando queste non siano parte processuale nel giu-

---

<sup>60</sup> Questa la possibile ricaduta segnalata da O. RAZZOLINI, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale*, cit., 149.

<sup>61</sup> Cfr. Art. 1, comma 2, lett. l), d.l. n. 23 del 2020.

dizio *a quo*, ma abbiano un interesse specifico verso la controversia e/o verso la questione di costituzionalità<sup>62</sup>.

La natura incidentale della giustizia costituzionale italiana impone particolare rigore in materia di intervento dei terzi nel giudizio di legittimità delle leggi<sup>63</sup>. Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte Costituzionale (n.i.), deliberate dalla Consulta, hanno regolato solo l'intervento dei terzi che del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Presidente della Giunta regionale che ha promulgato la l. reg. impugnata (che ne hanno diritto ai sensi della l. n. 87 del 1953) e hanno previsto che l'eventuale intervento di altri soggetti sarebbe stato oggetto di decisione insindacabile della Consulta. In mancanza di criteri prestabiliti, l'orientamento della Corte costituzionale è cambiato nel tempo. Dopo una chiusura totale all'intervento dei terzi, la Corte ha mostrato un atteggiamento piuttosto aperto (fino agli anni '90), cui è seguito, infine, un approccio più schivo<sup>64</sup>. Non è facile ripercorrere l'orientamento della Consulta, perché le decisioni sugli interventi di terzi sono assunte con ordinanza non numerata, che solo dal 1995 viene motivata e allegata in calce alla sentenza che definisce il giudizio. Ad ogni modo, oggi, la posizione può dirsi definita nel senso che sono ammessi ad intervenire «soggetti terzi, che siano portatori di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura». Pertanto, «l'incidenza sulla posizione soggettiva dell'interveniente non deve derivare, come per tutte le altre situazioni sostanziali disciplinate dalla legge denunciata, dalla pronuncia della Corte sulla legittimità costituzionale della legge stessa, ma dall'immediato effetto che la pronuncia della Corte produce sul rapporto sostanziale dedotto nel giudizio a quo»<sup>65</sup>. Stando così le cose l'intervento del sindacato in cause che non lo vedevano già parte nel

---

<sup>62</sup> T. GROPPI, *Verso un giudizio costituzionale aperto? Riflettendo su interventi di terzi e amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo*, in *Quad. cost.*, 2, 2019, 371.

<sup>63</sup> Cfr. R. ROMBOLI, *L'interesse qualificato che legittima l'intervento del terzo nel giudizio incidentale sulle leggi*, in *Giur. cost.*, 2014, 1810 e, per l'analisi comparata, P. PASSAGLIA (a cura di), *L'intervento dei terzi nei giudizi di legittimità costituzionale*, Servizio studi della Corte costituzionale, Area di diritto comparato, 2018.

<sup>64</sup> E. MALFATTI-S. PANIZZA-R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2016, 119.

<sup>65</sup> Cfr. rispettivamente Corte cost., 27 febbraio 2020, n. 37, e Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, entrambe in *Dejure*.

giudizio *a quo*, è stato rarissimo. Al recente intervento del sindacato firmatario del contratto collettivo di comparto che la legge impugnata davanti alla Consulta impediva di rinnovare (Corte cost. 24 giugno 2015, n. 178, sul blocco della contrattazione collettiva nel pubblico impiego), si affiancano, nella stragrande maggioranza dei casi, secchi dinieghi<sup>66</sup>. Il punto di approdo è oggi suggellato da una recentissima riforma delle n.i., con cui il giudice delle leggi ha disciplinato l'intervento di terzi, spogliandosi del potere tecnicamente arbitrario sulla materia<sup>67</sup>. Infatti, si legge ora all'art. 4 n.i. che «nei giudizi in via incidentale possono intervenire i titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio».

La questione, però, non si chiude qui: l'aspetto più interessante dell'ultima riforma delle n.i. consiste nel fatto che la Corte ha ammesso e regolato per la prima volta la figura degli *amici curiae*, fino ad ora esclusi dal giudizio (art. 4-ter n.i. in vigore dalla fine di gennaio 2020). È certamente una decisione attesa e condivisibile, ma l'ausilio degli *amici curiae* rimane racchiuso in un recinto davvero stretto, perché la disciplina prevista riconosce un ruolo molto meno favorevole, non solo di quello riconosciuto alle parti, ma anche di quello riconosciuto agli altri soggetti portatori di un "interesse qualificato". A differenza di questi ultimi, infatti, gli *amici curiae* non possono accedere alla documentazione processuale, non possono depositare deduzioni e conclusioni e la loro ammissione viene decisa attraverso un decreto non numerato né pubblicato in G.U.<sup>68</sup>. Gli *amici curiae*, in definitiva, possono solo produrre un'opinione scritta di massimo «25.000 battute, spazi inclusi» (*sic*) e non sono nemmeno ammessi a partecipare all'udienza (quindi non è affatto un vero intervento). Gli *amici curiae* chiamati a giocare questo piccolo ma significativo ruolo sono «le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità». La

---

<sup>66</sup> Cfr. Corte cost., 3 luglio 2013, n. 231, che ha dichiarato parzialmente illegittimo l'art. 19 St. lav. o Corte cost., 11 aprile 2018 n. 120, che ha dichiarato illegittimo il divieto di costituire sindacati autonomi in ambito militare.

<sup>67</sup> Cfr. delibera della Corte in sede non giurisdizionale dell'8 gennaio 2020 pubblicata in G.U. n. 17 del 22 gennaio 2020.

<sup>68</sup> La Corte deve invece emettere un'ordinanza motivata, numerata e pubblicata nella G.U. per la parte interveniente che abbia un "interesse qualificato".

definizione è chiaramente ampia e generica, tale da farvi rientrare senza dubbio anche le oo.ss. A questo riguardo bisogna sottolineare che la norma riferisce il concetto di “attinenza” non al rapporto sostanziale dedotto nel giudizio *a quo* – come fa la Consulta in riferimento all’intervento di chi abbia un interesse qualificato – ma alla questione di costituzionalità. In questo modo, scontata l’ammissibilità del sindacato in relazione ad interessi sindacali suoi propri e ad interessi collettivi relativi all’esercizio di libertà e attività sindacali o del diritto sciopero, che siano intaccati dalla legge sospettata di illegittimità, si pone il tema dell’ammissibilità dell’opinione scritta del sindacato, quando questi voglia esprimerla rispetto ad una legge che regoli i rapporti individuali di lavoro. La definizione di *amicus curiae* così ampia e generica lascia intendere di sì, per il semplice fatto che le decisioni della Consulta producono effetti *erga omnes*. È probabile però che la Corte costituzionale applicherà un filtro per porre rimedio, esercitando il proprio potere insindacabile di ammettere solo le opinioni “che offrono elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità” (art. 4-ter n.i.). Siccome la novità si applica ai procedimenti avviati dopo il 22 gennaio 2020, non vi sono ancora notizie sui risvolti pratici della riforma, né si hanno notizie sull’ammissione di opinioni scritte. Ad ogni modo, questo ultimo tassello permetterà senza dubbio al sindacato di svolgere un’inedita attività ausiliaria dei giudici delle leggi e c’è da scommettere che l’opportunità verrà coltivata dalle parti sociali. Tuttavia spetterà alla Corte dare rilievo a questo istituto, ad esempio motivando le decisioni senza reticenza anche alla luce delle opinioni ammesse, per evitare che anche questo istituto perda la sua fibra potenziale, come accaduto ad alcuni degli altri istituti con cui si è cercato di assegnare un ruolo al sindacato all’interno del processo.

#### 8. - Qualche spunto conclusivo.

La panoramica sui principali istituti che coinvolgono le oo.ss. nella risoluzione delle controversie conferma che ad esse sono assegnati dal legislatore e dagli interpreti tanti e diversi ruoli: quelli del conciliatore, dell’arbitro, dell’ausiliario del giudice o della parte, del litisconsorte neces-

sario, dell'attore/ricorrente – come legittimato ad agire ordinario o come legittimato straordinario – fino a quello di *amicus curiae* della Consulta. Le ragioni di questa condizione potrebbero essere connesse alla natura multifunzionale (o ambigua) del sindacato, ma sono, innanzitutto, ascrivibili ad un legislatore che non ha saputo o voluto operare delle scelte di politica del diritto, che indirizzassero il sindacato verso una posizione più definita e più forte nel processo. Questo approccio, a sua volta, potrebbe essere dipeso dalla volontà politica, a volte sostenuta anche dalla dottrina, di non interferire nelle relazioni intersindacali e nella dimensione collettiva dei rapporti di lavoro e di non rompere i più tradizionali principi del diritto processuale, ovvero la correlazione necessaria fra titolarità dell'interesse e dell'azione, individuale e collettiva. In pratica, si può osservare, da questo punto di vista, come l'astensione del legislatore, che in ambito sindacale si è espressa tramite l'omissione di una legislazione attuativa dei principi costituzionali, sotto il profilo processuale si è manifestata predisponendo in favore dei sindacati, alternative eterogenee che, però, si annullano in buona misura fra loro o che si fagocitano l'un l'altro, secondo i rispettivi rapporti di forza. Tali alternative, infatti, si sono rivelate poco coerenti sotto il profilo sistematico e in certi casi asfittiche o, viceversa, dirompenti, o infine, ostacolate da una serie di paletti di diritto positivo o di natura culturale e ideologica. Che sia il caso di considerare anche il ruolo del sindacato nel processo e nella risoluzione delle controversie quel (lontano) giorno in cui si vorrà dare attuazione all'art. 39 Cost.?





## 4.

# Interesse collettivo, diritti individuali omogenei e la nuova azione di classe

---

Sommario: 1. Azione sindacale e processo. – 2. Interessi diffusi, interessi collettivi ed interessi pubblici: necessità di una distinzione. – 3. La tutela in giudizio degli interessi pubblici e di quelli collettivi nel Diritto del lavoro. – 4. L'art. 28 stat. lav. – 5. La tesi dell'effettività della tutela giurisdizionale a garanzia dell'effettività dell'azione sindacale. – 6. La tesi dell'interesse collettivo come condizione della legittimazione ad agire dei sindacati in via generale. – 7. Il nuovo processo collettivo come possibile strumento di rafforzamento dell'azione sindacale ed i suoi limiti. – 8. La tutela dell'interesse collettivo nella nuova azione di classe.

057

### 1. - Azione sindacale e processo.

A distanza di cinquant'anni dall'entrata in vigore della legge n. 300 del 1970, è utile tornare a riflettere, alla luce dei profondi mutamenti che sono intervenuti nel corso del tempo anche nel campo delle nostre relazioni industriali, se ed in quali forme il processo può rappresentare uno dei terreni in cui si sviluppa l'azione sindacale.

Il tema, non nuovo, è di notevole complessità. Già Gino Giugni ebbe modo di constatare che, nel periodo precedente all'approvazione dello Statuto e del nuovo processo del lavoro, "il sistema delle relazioni industriali non trovava un puntuale riferimento nel momento applicativo del diritto"<sup>1</sup>, anche per effetto della progressiva crisi dei modelli di regolazione delle controversie collettive che erano stati elaborati nel corso del tempo. Il

---

<sup>1</sup> G. GIUGNI, *Azione sindacale, politica giudiziaria, dottrina giuridica*, in *Quad. Rass. Sind.*, n. 46, 1974, ora in *Lavoro legge contratti*, Bologna, 1989, p. 221 ss.

riferimento era alle tecniche di amministrazione del contratto collettivo ed al ricorso all'autorità giudiziaria, nell'ambito "dei quali gli stessi termini della controversia assumevano poi caratterizzazione e contenuti profondamenti diversi"<sup>2</sup>. Da un lato, infatti, l'amministrazione del contratto collettivo finiva con il limitarsi a dar luogo a transazioni di carattere economico, senza incidere sull'assetto regolativo mediante la produzione di nuove soluzioni normative modificative dell'ordinamento intersindacale; dall'altro, la struttura del processo determinava la scomparsa di "ogni reale riferimento al conflitto" industriale. Di conseguenza, "molti rapporti, che avevano di per sé un significato collettivo, venissero inquadrati in una visione individualizzante e anche deformati nei loro contenuti"<sup>3</sup>. Vi era, quindi, una netta separazione tra l'azione sindacale e la politica giudiziaria, soltanto in parte ridotta dall'avvenuta legittimazione del sindacato in sede processuale con l'art. 28 stat. lav. e con la possibilità che lo stesso possa essere chiamato a rendere informazioni nel processo ai sensi dell'art. 425 c.p.c.

Quella distanza, tuttavia, è stata parzialmente colmata. L'art. 28 stat. lav., infatti, ha svolto il compito di portare il conflitto collettivo nel processo per attuare i principi contenuti nello stesso Statuto<sup>4</sup>. In tal modo, esso ha contribuito a realizzare il "raccordo funzionale tra ordinamento statutale e ordinamento intersindacale"<sup>5</sup> e l'effettività delle prerogative sindacali in azienda. Sotto quest'ultimo profilo, non v'è dubbio che il procedimento "fornisce ad uno dei due attori del conflitto sindacale un poderoso strumento di immediata soddisfazione contro il pregiudizio subito, attraverso

---

<sup>2</sup> G. GIUGNI, *op. cit.*, p. 222.

<sup>3</sup> G. GIUGNI, *op. cit.*, p. 224.

<sup>4</sup> In tal senso, G. GHEZZI, voce *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in *Nov. dig. it.*, p. 418; A. FRENI, G. GIUGNI, *Lo Statuto dei lavoratori*, Milano, 1971, p. 121.

<sup>5</sup> M. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale. Nuova edizione riveduta e aggiornata*, Torino, Utet, 2003, p. 119. Sotto questo profilo è stato affermato che "se è vero che la pratica giudiziaria, nell'ambito delle relazioni industriali, dovrebbe arrivare buon ultima, sul presupposto di una potenziale adeguatezza della autonoma ovvero autosufficiente capacità compositiva interna delle stesse organizzazioni sindacali, è altrettanto vero che l'incompiuto disegno legislativo statutale in materia sindacale, pur sublimato nella tensione promozionale dello Statuto, ha inevitabilmente valorizzato il contenzioso processuale, spesso unica sede per ravvivare il circuito ovvero il dialogo tra ordinamento generale e quello intersindacale" (così M. ESPOSITO, G. NATULLO, *I limiti del dialogo tra ordinamento sindacale e ordinamento statale nel cono della controversia Fiom vs. Fiat*, in *Dir. lav. mer.*, 2012, p. 137).

il pronto e rapido intervento giudiziale, che rappresenta una contropartita tecnica – e quindi un contropotere effettivo – rispetto alla possibilità del datore di sottrarsi in via di fatto al conflitto”<sup>6</sup>.

Non può essere questa, tuttavia, la sede per tornare a riflettere sulle molteplici questioni interpretative che sono emerse, sin dalla sua introduzione, con riferimento a questa disposizione<sup>7</sup>.

L’analisi che si intende compiere riguarda se ed in che modo i sindacati siano abilitati dall’ordinamento a proiettare la loro azione in ambito processuale, al di fuori delle ipotesi riconducibili all’art. 28 stat. lav. La ragione di questa indagine risiede nel fatto che lo strumento processuale potrebbe consentire alle organizzazioni sindacali di rafforzare il proprio ruolo di rappresentanza dei lavoratori, al di fuori del conflitto industriale, oggettivamente in declino.

Va subito precisato, tuttavia, che, per le ragioni che si diranno, non è condivisibile l’impressione che questa disposizione si presenti “oramai come un’arma che non può più colpire alcuni dei bersagli per cui era stata pensata”<sup>8</sup>. La procedura, infatti, offre ancora certamente un rimedio adeguato in caso di lesione delle prerogative sindacali in azienda e nei confronti di tutte quelle condotte che, a cominciare dalla compressione del diritto di sciopero, possano ritenersi antisindacali, nel senso precisato nel corso del tempo dalla giurisprudenza.

Tuttavia, il ricorso al procedimento per la repressione della condotta antisindacale presuppone sia un elevato grado di conflittualità, che può essere garantito da una forte presenza del sindacato in azienda e, in ultima analisi, da un tasso di rappresentanza sindacale elevato. La storia degli ultimi venti anni, invece, dimostra una progressiva frammentazione della rappresentanza sindacale ed una rarefazione del conflitto. Come è stato osservato, “può dirsi definitivamente tramontata, anche in Italia, la stagione della conflittualità permanente”, dal momento che “la minaccia di

---

<sup>6</sup> A. PRETEROTI, *I soggetti e i rapporti sindacali*, in G. SANTORO-PASSARELLI, a cura di, *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Utet, Torino, 2014, p. 1795.

<sup>7</sup> Si rinvia a M. G. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Napoli, 1979; T. TREU *Attività sindacale e interessi collettivi*, in *Pol. dir.*, 1971; di recente, cfr. M. FALSONE, *Tecnica rimediabile e art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *Lav. dir.*, 3-4-, 2017, p. 565 ss. ed alla ulteriore bibliografia ivi citata.

<sup>8</sup> M. FALSONE, *op. cit.*, p. 578.

un conflitto continuo si autoelide per i bassi tassi di sindacalizzazione e la scarsa adesione dei lavoratori agli scioperi, se si eccettua il settore dei servizi pubblici essenziali”<sup>9</sup>.

In realtà, la diminuzione del ricorso allo sciopero non è, automaticamente, sintomo di debolezza sindacale. Al contrario, “un forte potere del sindacato rende quindi inutile, o meno necessario, il ricorso al conflitto. Ma, per così dire, la lotta prosegue con altri mezzi, più indiretti e istituzionali, che appaiono idonei a conseguire vantaggi altrettanto o maggiormente significativi. Questo fenomeno ci segnala nello stesso tempo come l’azione sindacale si arricchisce in corso d’opera di altri strumenti, e per questa ragione il ricorso allo sciopero viene collocato sullo sfondo”<sup>10</sup>.

Più che una sorta di vetustà della norma, allora, sono le attuali forme dell’azione sindacale che hanno contribuito a mutare l’oggetto delle controversie introdotte dalle organizzazioni dei lavoratori. Se si assiste, da un lato, ad una riduzione delle controversie aventi ad oggetto la limitazione delle libertà sindacali o dell’esercizio del diritto di sciopero, dall’altro, si è registrato, più di recente, un aumento del contenzioso sulle regole stesse delle relazioni industriali e, in generale, il ricorso all’autorità giudiziaria per contestare determinate riforme del lavoro introdotte dal legislatore<sup>11</sup>. In proposito, è stato constatato come, allo stato attuale, il ricorso all’autorità giudiziaria, ai sensi dell’art. 28 stat. lav., ma anche nelle forme ordinarie, rappresenta la strada principale che, il sindacato ha percorso “per contrapporsi a ciò che non condivide”<sup>12</sup>. In altri termini, la tutela giurisdizionale è stata invocata per ottenere ciò che, altrimenti, il sindacato non avrebbe saputo imporre mediante il conflitto, sia nei confronti del datore di lavoro sia nei confronti degli altri agenti negoziali. Come è stato efficacemente messo in rilievo da chi ha analizzato con attenzione le vicende giudiziarie che, tra le altre, hanno coinvolto in particolare la Fiom ed il gruppo automobilistico Fiat, è indubbio che “le azioni giudiziali sono state concepite ed impiegate secondo logiche nonché strategie tipicamente

---

<sup>9</sup> L. CORAZZA, *Il nuovo conflitto collettivo*, Milano, 2012, p. 17.

<sup>10</sup> M. CARRIERI, *I sindacati*, Bologna, 2012, p. 51; G. BAGLIONI, *L’accerchiamento*, Bologna, 2006.

<sup>11</sup> Di tale opinione è anche C. SALAZAR, *La Costituzione interpretata dalle parti sociali*, in *Costituzionalismo.it*, Fasc. 2/2018, p. 19 ss., che mette in risalto anche come tale strategia sia una risposta alla crisi di rappresentanza dei sindacati.

<sup>12</sup> A. LASSANDARI, *L’azione giudiziale come forma di autotutela collettiva*, 2014, p. 327.

sindacali”<sup>13</sup>. E, a volte, tali strategie hanno condotto a risultati importanti. Il contenzioso giudiziario promosso dai sindacati ha determinato un adeguamento della stessa legislazione al mutato contesto delle relazioni industriali, come dimostra la vicenda che ha portato alla sentenza della Corte costituzionale sull’art. 19 stat. lav. Non solo. Esso ha interessato anche lo stesso sistema di regole che le organizzazioni sindacali sono andate riscrivendo dal 2011 in poi, a conferma del fatto che “l’autosufficienza, o quasi, degli attori sociali nel regolare le nostre relazioni industriali (l’autonomia collettiva) non possa essere riproposta attualmente con gli stessi connotati e la stessa intensità del passato”<sup>14</sup>.

Cambia, dunque, il rapporto tra azione sindacale e tutela giurisdizionale e questo giustifica una rinnovata riflessione sui rapporti tra la dimensione collettiva ed il processo civile, al fine di comprendere se l’interesse collettivo di cui il sindacato è portatore possa trovare una sua adeguata tutela al di fuori del conflitto.

Nel corso del tempo, del resto, il ruolo del sindacato è certamente mutato, come dimostra il progressivo aumento delle ipotesi di rinvio che la legge opera in favore della contrattazione collettiva in funzione regolativa. A ben vedere, nella misura in cui la legge attribuisce al sindacato la funzione di contribuire alla definizione od all’integrazione di precetti legali<sup>15</sup>, il concetto stesso di interesse collettivo assume connotazioni tali da non poter essere considerato una proiezione o una sintesi di interessi individuali<sup>16</sup>. La progressiva estensione delle funzioni assegnate alla contrattazione collettiva, quindi, fa sorgere l’interrogativo se esistono, oltre alle ipotesi

---

<sup>13</sup> A. LASSANDARI, *op. cit.*, p. 326.

<sup>14</sup> M. CARRIERI, F. PIRRO, *Relazioni industriali, seconda edizione*, Egea, 2019, p. 92.

<sup>15</sup> Nell’ambito degli studi di relazioni industriali, in particolare, i sindacati “acquisiscono anche, insieme alle loro controparti, lo status di «legislatori privati», capaci di intervenire a tutto campo sulle diverse sfaccettature del rapporto di lavoro” (M. CARRIERI, *op. cit.*, p. 59).

<sup>16</sup> Lo rilevava già G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova, 1981, p. 181; F. SCARPELLI, *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, Milano, 1993; M. D’ANTONA, *Il quarto comma dell’art. 39 della Costituzione oggi*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, 667 ss. In sintesi, è proprio la funzione attribuita alla contrattazione collettiva che impedisce questo esito interpretativo, dal momento che essa determina i suoi effetti anche a prescindere dall’adesione ai sindacati stipulanti.

espressamente previste dal legislatore, azioni proponibili in giudizio per garantire l'effettività della funzione svolta dalle organizzazioni sindacali<sup>17</sup>. A tal proposito, non vi è dubbio che questo risultato possa essere perseguito attraverso il riconoscimento del diritto di agire per la tutela di diritti individuali omogenei e, cioè, posizioni giuridiche individuali comuni ad una pluralità di soggetti e che, per le ragioni che si diranno, devono rimanere distinte dalla nozione di "interesse collettivo". Sotto questo profilo, le organizzazioni sindacali potrebbero fare ricorso alla tutela giurisdizionale come uno degli strumenti in cui si manifesta l'azione sindacale e, in particolare, per tentare di recuperare quella funzione di rappresentanza che sembra essersi smarrita negli ultimi anni<sup>18</sup>. Esse, infatti, potrebbero avere interesse ad essere riconosciute come soggetti legittimati a tutelare i diritti dei singoli lavoratori, al fine di utilizzare la risorsa giudiziaria come strumento di proselitismo sindacale e, comunque, di rappresentanza giudiziale degli interessi. Del resto, è innegabile che il ricorso alla giustizia è sempre stato utilizzato dal sindacato come uno degli strumenti per rafforzare la propria presenza nei luoghi di lavoro.

---

062

Tuttavia, il nostro ordinamento processuale ha imposto che le controversie di rilevanza collettiva, nel senso di liti astrattamente proponibili da una elevata quantità di ricorrenti, possono essere proposte come una sommatoria di azioni individuali contenute in uno o più atti giudiziari. A tutti sono noti i limiti di questo modello processuale. Per superarli, è stato di recente sostenuto che, in ragione di una particolare lettura della nozione di interesse collettivo e di specifici principi costituzionali, sarebbe possibile desumere la titolarità sindacale del diritto di azione in sede giurisdizionale di interessi e diritti riferibili ai singoli lavoratori<sup>19</sup>.

In realtà, per le ragioni che si diranno, questa tesi è difficilmente condivisibile, anche alla luce dell'introduzione del processo collettivo di recente introduzione con la legge n. 39 del 2019, che sarà analizzata in seguito e

---

<sup>17</sup> Si pone questo interrogativo, come si vedrà, G.A. RECCHIA, *Studio sulla giustiziabilità degli interessi collettivi dei lavoratori*, Cacucci, Bari, 2018.

<sup>18</sup> Nel settore delle relazioni industriali si parla, in proposito, di "benefici selettivi", che sono offerti dalle organizzazioni sindacali proprio al fine di rafforzare la loro rappresentatività (cfr., in proposito, M. CARRIERI, *op. cit.*, pp. 93-94).

<sup>19</sup> O. RAZZOLINI, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale*, Milano, 2018.

che, nei limiti che si vedranno, potrebbe contribuire a ridurre quella distanza tra processo e relazioni collettive di lavoro già messa in evidenza.

## **2. - Interessi diffusi, interessi collettivi ed interessi pubblici: necessità di una distinzione.**

La tematica che si intende affrontare non può prescindere dalla qualificazione di qual è l'interesse di cui è portatore il sindacato e che esso può legittimamente far valere in giudizio. Si potrebbe essere tentati di pensare, in effetti, che l'individuazione dell'"interesse collettivo" possa giustificare la legittimazione processuale delle associazioni sindacali per la tutela di interessi e/o diritti riferibili anche ai singoli lavoratori.

Questa tesi, invero, è difficilmente sostenibile. Alla luce dell'ordinamento vigente, infatti, è possibile individuare una differenza qualitativa tra la categoria degli "interessi diffusi" e quella dell'"interesse collettivo"<sup>20</sup>, come dimostra l'art. 28 stat. lav. Mediante questa disposizione, infatti, si è attribuito un diritto di azione a tutela della dimensione collettiva del fenomeno sindacale.

La norma statutaria, però, non è più sola. Come è noto, le discipline legali a tutela dei consumatori e quella di tutela dell'ambiente hanno introdotto azioni a tutela di interessi superindividuali. In queste ipotesi, si è in presenza di una serie indefinita di diritti individuali che possono essere lesi da una unica condotta illecita. Il titolare del diritto pregiudicato, quindi, può esercitare, in proprio, l'azione in giudizio ovvero essere rappresentato, per ottenere una sentenza di identico contenuto di quella che avrebbe richiesto il singolo, da un ente od associazione a cui la legge attribuisce espressamente la tutela di tali interessi diffusi o diritti individuali omogenei. In questo caso, l'azione proposta in giudizio dal soggetto collettivo è esercitata in sostituzione dei soggetti individuali pregiudicati dal comportamento illecito.

L'"interesse collettivo", tuttavia, è qualcosa di qualitativamente differente

---

<sup>20</sup> La questione, di estrema complessità, non potrà essere trattata compiutamente in questa sede. Si rinvia, almeno, a AA. VV., *Responsabilità delle imprese e interessi collettivi: in margine alle class actions*, Gangemi editore, 2009; C. PETRILLO, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, Aracne, 2005.



e la sua ricostruzione dogmatica ad opera della dottrina processualistica è stata molto condizionata da posizione teoriche ben note ai giuslavoristi. Esso, intanto, può venire in rilievo nella misura in cui esista un'organizzazione in grado di determinare, tra soggetti appartenenti ad una medesima collettività, “vincoli capaci di far loro perdere rilevanza giuridica come posizioni individuali, per far loro assumere rilievo come elementi di un interesse più vasto”<sup>21</sup>. Del resto, come si vedrà meglio in seguito, è stato proprio l'art. 28 stat. lav. e le interpretazioni formulate su di esso dalla dottrina giuslavoristica ad avere avuto il merito di fare emergere una distinzione concettuale tra interessi collettivi “specifici, riscontrabili nella comunità degli appartenenti ad una serie particolare” e quelli “generici, riscontrabili allo stato diffuso nella generalità dei consociati”<sup>22</sup>.

Se, quindi, dal punto di vista fattuale o sociologico, è certamente possibile considerare l'interesse collettivo quale sintesi di interessi e diritti di cui sono titolari i singoli lavoratori, sotto il profilo giuridico esso si manifesta come un interesse non scomponibile e riferibile ad una comunità organizzata. Il contratto collettivo, del resto, rappresenta l'esempio più evidente di come l'interesse collettivo assume una rilevanza giuridica autonoma e che esso non è realizzabile in assenza di una organizzazione.

In alcuni casi, inoltre, l'ordinamento, come si vedrà meglio in seguito, attribuisce a determinati soggetti collettivi anche il diritto di azione per la tutela giurisdizionale dell'interesse collettivo eventualmente leso. Ciò contribuisce a dimostrare che, così come emerge dalla normativa in vigore, l'interesse collettivo è giuridicamente qualcosa di diverso dalla mera sommatoria di diritti individuali, che, seppur assai simili nel loro contenuto e qualificabili come “interessi individuali comuni che però non trovano collocazione nella grande dicotomia diritto pubblico/diritto privato”<sup>23</sup>, possono definirsi omogenei. Del resto, la direttiva 98/27/CE, al secondo considerando, afferma che “per interessi collettivi si intendono gli interessi che non ricomprendono la somma degli interessi lesi da una viola-

---

<sup>21</sup> V. VIGORITI, *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*, Milano, 1973, p. 40.

<sup>22</sup> E. GHERA, *Interessi collettivi e processo del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1973, I, p. 359.

<sup>23</sup> A. CAMBARO, *Interessi diffusi, interessi collettivi e gli incerti confini tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 789.

zione”<sup>24</sup>, che, quindi, potrebbero essere fatti valere dai singoli titolari. L’analisi delle fattispecie in cui l’interesse collettivo trova una sua tutela giurisdizionale conferma questa affermazione.

Sostenere la diversità qualitativa tra interesse individuale e collettivo, tuttavia, non è sufficiente. È necessario, infatti, comprendere qual è il contenuto di tale interesse collettivo e chi ne sia il titolare, al fine di verificare se ed in che misura possa trovare adeguata tutela giurisdizionale. Ad opinione di chi scrive, il legislatore ha attribuito una rilevanza processuale all’interesse collettivo quando ha inteso attribuire ad entità rappresentative di una determinata categoria di persone il diritto all’azione, al fine di rendere effettivi diritti che, proprio perché prescindono dalla dimensione individuale, non potrebbero essere pienamente soddisfatti da un’iniziativa processuale *uti singuli*. È possibile, allora, affermare che l’azione collettiva viene riconosciuta per tutelare determinati interessi superindividuali, in quanto espressione di determinati valori dell’ordinamento e la cui realizzazione non viene affidata esclusivamente all’autorità statale.

Questa conclusione è suggerita dal fatto che, in materia di tutela del consumatore, l’interesse collettivo è quello, superindividuale, di garantire il diritto dei consumatori al fine di assicurare il corretto funzionamento del mercato concorrenziale o, meglio, di rimediare gli inevitabili “fallimenti del mercato”<sup>25</sup>. A tal fine, l’ordinamento, oltre alla eventuale individuazione di autorità pubbliche, rafforza la possibilità di realizzare tale interesse attraverso l’attribuzione della titolarità alle associazioni di un’azione di carattere inibitorio, che presuppone sempre l’accertamento dell’illecito. Questo tipo di azione è idonea a soddisfare l’interesse anche del singolo consumatore, anche eventualmente non danneggiato dalle pratiche ritenute illecite dal legislatore, ed a svolgere una efficace azione di

---

<sup>24</sup> Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 maggio 1998 relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 23 aprile 2001, n. 224, successiva abrogata dall’art. 146 del Codice del consumo del 2005.

<sup>25</sup> Traggo queste conclusioni dalla lettura, tra gli altri, di V. ROPPO, *Ancora su contratto asimmetrico e terzo contratto. Le coordinate del dibattito, con qualche elemento di novità*, in (a cura di) G. ALPA, V. ROPPO, *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati di Stefano Rodotà*, Editori Laterza, 2013, p. 252 ss.

deterrenza nei confronti dell'impresa. Questa, infatti, in caso di accertamento dell'illecito, si vedrebbe esposta ad eventuali innumerevoli domande di carattere risarcitorio o restitutorio promossa anche dai singoli, in un'unica azione di classe o mediante una pluralità di liti individuali, che trovano il loro presupposto nell'accertamento dell'antigiuridicità della condotta determinato dal ricorso dal soggetto collettivo.

La funzione che l'azione collettiva svolge, pertanto, è certamente quelle di assolvere ad un fattore di regolazione del mercato attraverso l'attribuzione di diritti soggettivi comuni ad una determinata categoria di persone. L'affermazione positiva di tali diritti, quindi, è il presupposto per il conferimento ad enti rappresentativi dei diritti dei consumatori di un'azione di tipo collettivo, con la quale è possibile ottenere una tutela inibitoria e restitutoria. Si assiste, in particolare, al ricorso agli strumenti del diritto privato per il perseguimento di finalità di interesse generale, in un'ottica di *private enforcement* che caratterizza, tra l'altro, tutto il settore della concorrenza <sup>26</sup>.

---

066

L'interesse generale, inoltre, può assumere una connotazione pubblicistica. In questo caso, l'ordinamento attribuisce a determinati organismi pubblici il potere sanzionatorio e di legittimazione in giudizio. Qualora, invece, si è in presenza di un interesse privato, ma di rilevanza collettiva perché riconducibile ad una determinata categoria di persone, l'ordinamento, quando lo ritenga meritevole di protezione in ragione di specifici valori e principi fondamentali, affida la sua tutela in giudizio a soggetti collettivi che, proprio perché dotati di una determinata soglia di rappresentatività di quella categoria, sono ritenuti dall'ordinamento i soggetti meglio in grado di contribuire a realizzarlo ricorrendo anche all'autorità giudiziaria.

Si può sostenere, allora, che si può parlare di "interesse collettivo" quando l'ordinamento, in ragione di un determinato assetto di valori, gli conferisca rilevanza sostanziale e, nella discrezionalità del legislatore, anche processuale. In buona sostanza, lo Stato tutela l'interesse collettivo quando il

---

<sup>26</sup> P. CASSINIS, *Public e private enforcement, azioni collettive e Libro Bianco della Commissione sulle azioni di risarcimento danni da violazioni antitrust*, in AA. VV., *Responsabilità delle imprese*, cit., p. 118. S. ISAACHAROF, *Class action e autorità statale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2014, p. 1031ss.

suo perseguimento è impedito da condotte lesive di diritti conferiti agli individui ed il cui esercizio corrisponde ad un assetto valoriale che attribuiscono loro rilevanza pubblica. In questo caso, viene attribuito a soggetti privati, totalmente od in parte a seconda dei casi, il potere di farlo valere in giudizio, se e nella misura in cui tali soggetti privati siano rappresentativi di interessi così assimilabili tra loro tanto da farli ritenere una categoria.

La distinzione concettuale tra interesse collettivo ed interessi individuali diffusi si riscontra anche nella diversità di rimedi che le norme di legge attribuiscono alle azioni collettive. Sotto questo aspetto, l'art. 28 stat. lav. rappresenta un modello, che, come si vedrà, è stato seguito anche in altri settori dell'ordinamento, quando il legislatore ha avvertito l'esigenza di tutelare uno specifico gruppo sociale. Le azioni collettive, infatti, proprio perché preordinate alla tutela di un interesse collettivo, così come prima definito, svolgono, intanto, una funzione inibitoria. Esse, cioè, sono finalizzate ad imporre che determinate regole di comportamento sociale siano rispettate, al fine di evitare il pregiudizio di quel determinato assetto di valori e principi che si traduce nella violazione dell'interesse collettivo tutelato dall'ordinamento. La tutela delle posizioni individuali, invero, è soltanto indiretta e trova spazio nella misura in cui la violazione dei diritti soggettivi dei singoli si traduca nella lesione dell'interesse collettivo protetto.

Si può, quindi, affermare che l'interesse collettivo trova una sua prima forma di tutela nelle azioni di carattere inibitorio, idonee ad ottenere un provvedimento che faccia venir meno la condotta antigiuridica idonea a compromettere determinate regole di condotta prescritte da determinati principi giuridici. Nell'ambito della concorrenza, rimediare ai fallimenti del mercato, nell'ambito delle relazioni sindacali, rimediare al pregiudizio arrecato alla libertà sindacale ed alla lesione del diritto di sciopero.

Le azioni collettive, invero, possono avere ad oggetto anche domande di carattere risarcitorio. In questo caso, sebbene i due aspetti, soprattutto nel diritto dei consumatori, siano strettamente connessi tra di loro<sup>27</sup>, l'azione

---

<sup>27</sup> I. PAGNI, *Class action e azione inibitoria tra diritto sostanziale e processo*, in AA. VV., *Responsabilità delle imprese*, cit., p. 44.

è finalizzata alla tutela di diritti individuali omogenei, la cui lesione pregiudica anche l'interesse collettivo, ma di cui rimangono titolari i singoli e non gli enti rappresentativi.

L'azione inibitoria, peraltro, potrebbe essere proposta proprio per evitare il pregiudizio dei diritti dei singoli, che possa derivare dalla violazione di determinate regole di condotta. Il contenuto tipico dell'azione posta a tutela dell'interesse collettivo, quindi, è rappresentato dalla richiesta di cessazione, oltre che la rimozione degli effetti, della condotta non conforme a determinate regole desumibili dall'ordinamento. La finalità di reintegrazione del patrimonio del singolo eventualmente danneggiato è, quindi, soltanto eventuale e viene perseguita soltanto a seguito dell'adesione del singolo. Questa conclusione si fonda sulla circostanza che le azioni promosse da soggetti collettivi per il ristoro dei danni subiti dai singoli in conseguenza della violazione di determinate regole di condotta devono sempre trovare l'adesione espressa del danneggiato, sulla base di precise disposizioni processuali che possono variare, ma che presuppongono tutte un atto del singolo.

---

068

Del resto, questo tipo di soluzione è quella maggiormente coerente con il nostro sistema processuale. La necessità che il soggetto danneggiato manifesti la propria volontà di adesione ad un'azione collettiva di carattere risarcitorio, infatti, deriva dal fatto che il nostro ordinamento è connotato dalla regola della coincidenza soggettiva del titolare del diritto con il portatore dell'interesse ad agire che lo legittima a promuovere un'azione. Invero, far valere in giudizio un diritto altrui è possibile esclusivamente nei casi previsti dalla legge e presenti nel nostro ordinamento. Inoltre, al fine di richiedere la tutela di un diritto è necessario, ai sensi dell'art. 100 c.p.c. che quel diritto sia stato violato.

Le considerazioni fino ad ora svolte consentono di chiarire chi è il soggetto titolare dell'azione a tutela dell'interesse collettivo e chi, invece, di quella a tutela dei diritti individuali omogenei. Se l'interesse collettivo è definibile come il diritto all'esercizio di determinati diritti, espressione di valori e principi di rilevanza superindividuale e perciò ritenuti meritevoli di protezione da parte del legislatore, il titolare dell'interesse ad agire è il soggetto, necessariamente collettivo, a cui l'ordinamento ne attribuisce la titolarità sul piano sostanziale. A questo punto, il legislatore potrebbe

attribuire esclusivamente il diritto di azione collettiva di carattere inibitorio, qualora ritenesse, nella sua discrezionalità, che ciò sia sufficiente per ripristinare il contesto in cui l'interesse collettivo può effettivamente realizzarsi. Ma, come accade, la legge potrebbe "rafforzare" il perseguimento dell'interesse collettivo consentendo la proposizione di una unica azione, risarcitoria o restitutoria, promossa da una pluralità di danneggiati, che, a quel punto, condividono con l'ente esponenziale l'interesse ad agire.

### **3. - La tutela in giudizio degli interessi pubblici e di quelli collettivi nel Diritto del lavoro.**

Le considerazioni fino ad ora svolte sono confermate dalla lettura di alcune disposizioni che attribuiscono al sindacato o ad altri organismi il potere di agire in giudizio a tutela di situazioni superindividuali.

Il legislatore, per quanto riguarda il Diritto del lavoro, infatti, ha ritenuto di attribuire il diritto di azione ai sindacati in tutte le ipotesi in cui ha voluto "assicurare giustiziabilità ad una serie di diritti che se lasciati su un piano di azione individuale resterebbero, il più delle volte, privi di effettività" <sup>28</sup>.

Si pensi all'art. 37 d.lgs. n. 198 del 2006, che attribuisce ai consiglieri di parità la legittimazione attiva ad agire per l'accertamento di condotte discriminatorie di carattere collettivo. Non vi è dubbio, in proposito, che l'oggetto del giudizio instaurato dai consiglieri di parità è rappresentato da una situazione giuridica superindividuale. Il fatto che il legislatore, tuttavia, attribuisca la legittimazione ad agire speciale a questo organismo vuol dire che la repressione di condotte discriminatorie di rilevanza collettiva rappresenta un interesse pubblico <sup>29</sup>, la cui realizzazione, appunto, è

---

<sup>28</sup> A. DI STASI, *L'interesse collettivo e la vis espansiva della legittimazione processuale*, in *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Cacucci, Bari, 2015, p. 291. Di recente, cfr. G.A. RECCHIA, *op. cit.*, pp. ss.

<sup>29</sup> In tal senso cfr. F. BORGOGELLI, *I consiglieri di parità*, in *Le Nuove leggi civ. comm.*, 1994, p. 156; D. GOTTARDI, *Il consigliere di parità*, in (a cura di) L. GAETA, L. ZOPPOLI, *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, Torino, 1992, p. 186 ss. Opinione contraria è stata, però, espressa da G. PESSI, *Lavoro e discriminazione femminile*, in Atti dell'XI Congresso Aidllass (Gubbio, 3-5, giugno 1994), Milano, 1996, p. 57 ss. e F. GUARRIELLO, *Le azioni in giudizio*, in (a cura di) L. GAETA, L. ZOPPOLI, *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, Torino, 1992, p. 186 ss.

affidata a funzionari pubblici e non ad associazioni private rappresentative di un interesse di categoria.

Diverso è il caso disciplinato dall'art. 44, c. 10, d.lgs. 286/1998, che attribuisce alle rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale la legittimazione attiva a proporre ricorso al giudice del lavoro in caso di comportamento discriminatorio di carattere collettivo. In questo caso, l'azione è attribuita a tutela di un interesse collettivo perché riferito ad una categoria, quella dei lavoratori. Inoltre, a conferma del fatto che, sotto il profilo giuridico, l'interesse tutelato è distinto da diritti individuali dei singoli, la norma attribuisce tale legittimazione al sindacato "anche nei casi in cui non siano individuabili in modo immediato e diretto i lavoratori lesi dalle discriminazioni" per motivi razziali<sup>30</sup>. In questi casi, a ben vedere, le organizzazioni agiscono *iure proprio*, poiché la lesione della disciplina antidiscriminatoria, anziché riferirsi "in modo diretto e immediato" ad un soggetto danneggiato, è genericamente riconducibile a una collettività indifferenziata di persone. In questo caso, quindi, l'ente che esercita l'azione intende far valere in giudizio un interesse generale o collettivo che prescinde dalla posizione dei singoli.

A queste si aggiungono disposizioni ulteriori che attribuiscono alle organizzazioni sindacali la rappresentanza processuale di una pluralità di soggetti pregiudicati da determinate condotte antiggiuridiche. Sempre nell'ambito del diritto antidiscriminatorio, l'art. 5 d.lgs. n. 216/2003 prevede che le "organizzazioni sindacali, le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso, in forza di delega, rilasciata per atto pubblico o scrittura privata autenticata, a pena di nullità, sono legittimate ad agire ... in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione". Diversamente dai casi richiamati in precedenza, si desume che, in queste ipotesi, le associazioni e gli enti agiscono in qualità di mandatari di singole persone, al fine di evitare che la vittima di discriminazioni, per timore di ritorsioni da parte del datore di lavoro o per altre

---

<sup>30</sup> In dottrina, si rinvia sul tema, tra gli altri, a A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozioni, interesse, tutele*, Padova, 2010, p. 323 ss.; G. MASTINU, *Diritto e processo nella lotta contro le discriminazioni di genere*, Padova, 2010, p. 100 ss.

intuibili ragioni, sia indotto a non esercitare i diritti sostanziali che la legge le riconosce. Lo stesso modello è adottato dalla legge n. 67 del 2006 in materia di parità di trattamento e di pari opportunità delle persone con disabilità. In questo secondo caso, allora, la legge attribuisce l'azione collettiva a tutela di diritti individuali omogenei, che possono essere, appunto, sostenuti in giudizio in ragione di un mandato conferito al soggetto collettivo.

Il nostro ordinamento, quindi, conosce due modelli per far valere diritti riconducibili ad una pluralità di soggetti e che, tuttavia, devono essere tenuti distinti. Nel caso della rappresentanza processuale, infatti, il legislatore ha autorizzato un soggetto collettivo a far valere diritti altrui, sulla base di una espressa delega dei soggetti lesi. In questa ipotesi, l'organizzazione non fa valere un proprio diritto, a differenza che negli altri casi in cui, in realtà, esso fa valere un interesse generale, ma interessi diffusi o diritti individuali omogenei. Vi sono casi in cui, invece, la legge attribuisce ad un soggetto collettivo individuato la legittimazione ad agire *iure proprio*. In questa ipotesi, quindi, per le ragioni esaminate, l'ordinamento riconosce l'esistenza di un interesse collettivo, che può essere tutelato in giudizio su impulso di chi è ritenuto il soggetto rappresentativo di quell'interesse collettivo individuato dalla norma.

Quest'ultimo modello, che attribuisce al sindacato la legittimazione di agire *iure proprio*, trova il suo antecedente proprio nell'art. 28 stat. lav. Questa è stata certamente la prima disposizione che ha consentito l'ingresso dell'interesse collettivo all'interno del processo civile e che, certamente, ha influenzato la scrittura delle disposizioni sopra richiamate. Alla luce delle considerazioni svolte in precedenza e delle riflessioni che si sono sviluppate nel corso degli ultimi anni, è possibile rileggere alcune tesi che sono state avanzate con riferimento a questa previsione statutaria.

#### 4. - L'art. 28 stat. lav.

La dottrina giuslavorista, in effetti, ha dato un enorme contributo all'inquadramento giuridico della categoria dell'interesse collettivo proprio a partire dall'interpretazione dell'art. 28 stat. lav. In uno dei primi studi, la norma, così come è stato autorevolmente sostenuto, è posta a salvaguardia



di situazioni giuridiche individuali, riconducibili, a seconda dei casi, ai singoli lavoratori od al sindacato ovvero ad entrambi<sup>31</sup>. Tuttavia, è stato replicato che mediante questo procedimento non è possibile far diritti dei singoli lavoratori, ma l'interesse collettivo del sindacato inteso come "interdipendenza strutturale degli interessi – dei singoli e dell'organizzazione – coinvolti nella vicenda"<sup>32</sup>. In altra prospettiva, l'art. 28 stat. lav. ha introdotto "una sorta di azione pure a garanzia della legalità" attribuendo al sindacato il ruolo di "pubblico ministero a tutela della normalità sindacale"<sup>33</sup>.

L'art. 28 stat. lav., in sostanza, è funzionale a ricondurre il conflitto sindacale all'interno dei binari tracciati dai principi costituzionali, così come attuati dallo statuto dei lavoratori. Il sindacato, in tal modo, agisce soltanto indirettamente a tutela dei diritti attribuiti ai singoli dalle altre disposizioni dello statuto, perché esse, nella logica statutaria, hanno una rilevanza superindividuale o collettiva. La condotta del datore di lavoro idonea a compromettere l'agibilità dei diritti sindacali riconosciuti dall'ordinamento, infatti, non pregiudica semplicemente l'interesse del singolo, ma quello dell'interesse del gruppo "a che tutti i suoi componenti esercitino senza interferenze le libertà elementari su cui poggia la sua possibilità di organizzarsi per realizzare gli obiettivi comuni"<sup>34</sup>. In altri termini, mediante l'art. 28 stat. lav., che si aggiunge agli ordinari strumenti di tutela, il sindacato agisce "come autonomo gestore dell'interesse collettivo alla realizzazione dei diritti sociali dei singoli lavoratori"<sup>35</sup>.

Questa conclusione non può essere confutata prendendo come riferimento l'art. 18 in caso di licenziamento del dirigente sindacale. Anche in questa ipotesi, infatti, la legge attribuisce al sindacato la titolarità dell'azione perché il diritto leso dall'estromissione del dirigente sindacale è l'agibilità dei diritti sindacali. In sostanza, l'azione di reintegrazione tutela

---

<sup>31</sup> U. ROMAGNOLI, *Aspetti processuali dell'art. 28 dello statuto dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971.

<sup>32</sup> T. TREU, *Attività sindacale e interessi collettivi*, in *Pol. dir.*, 1971.

<sup>33</sup> G. PERA, *Commento all'art. 28*, in (a cura di) C. ASSANTI, G. PERA, *Commento allo statuto dei lavoratori*, Padova, 1972, p. 323.

<sup>34</sup> T. TREU, *op. cit.*, p. 27 ss. Nello stesso ordine di idee anche E. GHERA, *op. cit.*, p. 354 ss.

<sup>35</sup> C. PUNZI, *Commento all'art. 28 – Profili di diritto processuale*, in (diretto da) U. PROSPERETTI, *Commentario allo Statuto dei lavoratori*, Milano, 1975, p. 974.

la presenza sindacale in azienda e, in via indiretta, quella della stabilità del posto di lavoro. In questo caso vi è esclusivamente identità di *petitum*, il rimedio, mentre differenti sono i fatti costitutivi dell'azione <sup>36</sup>.

L'art. 28 stat. lav., quindi, è preordinato esclusivamente a tutelare l'interesse collettivo, come dimostra la stessa struttura del procedimento <sup>37</sup>. Tuttavia, gli studiosi che muovono da tale premessa si dividono quando devono identificare il contenuto dell'interesse collettivo tutelato dalla norma. Secondo una prima prospettiva ricostruttiva, l'interesse collettivo deve essere fatto coincidere con l'interesse istituzionale dell'ente, con la conseguenza che l'ambito di applicazione dell'art. 28 deve essere ritenuta residuale ed utilizzabile, cioè, quando non si intenda far valere diritti soggettivi dei singoli <sup>38</sup>.

Più convincente, per le ragioni esaminate in precedenza, è la posizione di chi ha ritenuto che l'interesse collettivo è rappresentato dall'interesse dei lavoratori organizzati in associazioni sindacali <sup>39</sup>, che rappresentano, quindi, il momento genetico dell'interesse collettivo medesimo. L'associazione sindacale, di conseguenza, non è l'interprete qualificato di interessi che rimangono individuali, ma è titolare di un interesse collettivo distinto ed autonomo rispetto a quelli individuali. Il legislatore, poi, ha ritenuto di selezionare i soggetti titolari di tale interesse al fine di consentire la tutela anche in sede processuale, attraverso l'individuazione di criteri di rappresentatività ritenuti, come noto, pienamente giustificati.

La titolarità dell'interesse collettivo in capo al sindacato è stata affermata anche in ragione di diversi argomenti, che svalutano il dato organizzativo. Ad esempio, è stato sostenuto che l'interesse collettivo rappresenta una valutazione unitaria di pretese che sono sempre individuali e che, pertanto, è irrilevante il momento organizzativo ai fini della sua tutela. Tuttavia, anche i sostenitori di questa posizione hanno affermato, in realtà in

---

<sup>36</sup> R. VACCARELLA, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1977, p. 125 ss.

<sup>37</sup> C. CECHELLA, *Coordinamento fra azione individuale e azione sindacale nel procedimento ex art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1984, p. 411.

<sup>38</sup> L. RIVA SANSEVERINO, *Parere "pro veritate" sull'art. 28 dello Statuto dei lavoratori - Legge 20 maggio 1970, n. 300*, in *Orient. Giur. lav.*, 1970, p. 371 ss.; *contra* L. LANFRANCHI, *Prospettive ricostruttive in tema di art. 28 dello statuto dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 403 ss.

<sup>39</sup> M.G. GAROFALO, *Interessi collettivi ... cit.*, p. 133 e 138 ss.

modo contraddittorio rispetto alla premessa, che il sindacato agisce *iure proprio* e non in rappresentanza od in sostituzione processuale dei lavoratori <sup>40</sup>.

Sulla base di tali premesse, si è ritenuto che le posizioni dei lavoratori sono tutelate mediante l'art. 28 stat. lav. soltanto "in via mediata o riflessa" <sup>41</sup>, dal momento che esso costituisce "una forma di tutela giurisdizionale per interessi non esclusivamente individuali ma di serie, di gruppo, di una comunità" <sup>42</sup>.

Le argomentazioni fino ad ora sinteticamente ricordate spiegano perché sono rimaste isolate le posizioni di chi ha affermato che l'art. 28 stat. lav. va ricondotto allo schema della sostituzione processuale <sup>43</sup>. È, invero, opinione ormai consolidata che la norma tutela l'interesse collettivo proprio del sindacato rappresentato dalla repressione del comportamento datoriale che limita l'autotutela collettiva dei lavoratori <sup>44</sup>. Di conseguenza, nell'ipotesi di condotte antisindacali plurioffensive, non è possibile attribuire al sindacato un potere dispositivo dei diritti individuali dei lavoratori, la cui violazione può essere allegata, eventualmente, quale fatto costitutivo dell'azione finalizzata alla repressione di condotte che limitano l'azione sindacale <sup>45</sup>. Ciò spiega il motivo per cui, in questi casi, vi potrebbero essere due azioni distinte, l'una promossa dall'organismo locale, l'altra dal singolo lavoratore, senza che il giudicato formatosi sull'una

---

<sup>40</sup> Ha sostenuto queste conclusioni R. SCOGNAMIGLIO, *Considerazioni sull'art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, I, 1972, p. 180.

<sup>41</sup> A. PROTO PISANI, *Il procedimento di repressione dell'attività sindacale*, in *Studi di diritto processuale del lavoro*, Milano, 1976, p. 58.

<sup>42</sup> A. PROTO PISANI, *op. cit.*, p. 66.

<sup>43</sup> Cfr. L. LANFRANCHI, *Situazioni giuridiche individuali a rilevanza collettiva ed attuazione della condanna alla reintegrazione del lavoratore*, in *Riv. giur. lav.*, I, 1977, p. 3 ss.

<sup>44</sup> Cfr. App. Roma, 9 ottobre 2012, in *DL Riv. critica Dir. Lav.* 2012, 661 con nota di GUARISO, in cui si afferma che "quando venga dedotta una discriminazione per motivi sindacali relativa a singoli lavoratori, la parte che si ritenga lesa può azionare il procedimento di cui all'art. 28 d.lgs. n. 150/2011 sotto il profilo della discriminazione per convinzioni personali, mentre il procedimento ex art. 28 st. lav. è riservato ai casi in cui venga in questione la tutela dell'interesse collettivo del sindacato al libero esercizio delle sue prerogative, interesse che è distinto e autonomo rispetto a quello dei lavoratori".

<sup>45</sup> Come accade, come già ricordato, nella tutela del dirigente sindacale in caso di licenziamento. Si potrebbero fare ulteriori esempi, come la negazione dei permessi sindacali retribuiti o non.

possa interferire sull'esito dell'altra <sup>46</sup>. Questo dato conferma, allora, che il bene tutelato dalla disposizione è l'interesse collettivo e non i diritti individuali eventualmente lesi dalla condotta antisindacale. Il sindacato ricorre per la tutela dell'interesse collettivo e, in particolare, per ottenere un provvedimento di cessazione della condotta illecita, oltre che la rimozione dei suoi effetti. Quest'ultimo risultato è certamente perseguibile attraverso l'attribuzione di diritti ai lavoratori. Essi, pur rimanendo estranei al processo, possono giovare del provvedimento giudiziario ottenuto ai sensi dell'art. 28 stat. lav. e, qualora contenga una condanna, mettere in esecuzione il titolo. Quest'ultima facoltà, tuttavia, non è riconosciuta al sindacato, proprio perché, non essendo contitolare del diritto individuale, non ne può disporre.

Queste conclusioni sono quelle più coerenti con la giurisprudenza che si è formata sull'art. 28 stat. lav. e che ha chiarito che il titolare del diritto di azione è il sindacato, al fine di tutelare l'interesse collettivo all'effettività dei diritti sindacali, dell'attività di contrattazione e del diritto di sciopero <sup>47</sup>.

Questo vuol dire che l'azione in giudizio proposta dal sindacato non è esperita in sostituzione od in rappresentanza dei singoli lavoratori. Con l'art. 28 stat. lav., infatti, il sindacato ha disposizione una tutela speciale per far valere l'interesse collettivo di una determinata categoria rappresentato dall'interesse all'effettività delle libertà di cui agli artt. 39 e 40 Cost. e di esigibilità del contenuto posto dalle altre disposizioni dello statuto che tutelano la libertà sindacale e, quindi, quella di organizzazione. Se così è, il sindacato può certamente agire in giudizio in tutte le ipotesi in cui la condotta datoriale si traduce in un comportamento idoneo a comprimere i diritti sindacali riconosciuti dall'ordinamento.

---

<sup>46</sup> Cass., sez. lav., 9 febbraio 2017, n. 3484, in *DeJure*. La Corte, in questa sentenza, richiama propri precedenti analoghi.

<sup>47</sup> Già da C. Cost., 6 marzo 1974, n. 54, che, come è noto, ha affermato che *"in qualsiasi modo si voglia ricostruire la natura giuridica del diritto di azione, attribuito dall'art. 28 alle associazioni sindacali, sarebbe indubbio che tale diritto spetta solamente ove sussista l'interesse dell'associazione ricorrente, in base alla esplicita dizione della norma e cioè, quando la condotta antisindacale abbia inciso su diritti propri del sindacato, senza che con ciò resti, comunque, precluso l'autonomo diritto di azione riconosciuto, in via generale, al lavoratore, quando la condotta in esame abbia leso la sfera giuridica di quest'ultimo"*. Di recente, cfr. Trib. Roma, 22 aprile 2017, in *Riv. it. dir. lav.*, 4, II, 2017, p. 917; Trib. Modena, 10 novembre 2017, reperibile in *DeJure*; Cass., sez. lav., 13 dicembre 2017, n. 29950, in *Dir. & Giust.*, 14 dicembre 2017, con nota di SCOFFERI.

Alla luce delle riflessioni svolte in precedenza al §2 si può sostenere che l'art. 28 stat. lav. ha certamente contribuito a definire, in concreto, qual è l'interesse collettivo che il legislatore ha ritenuto potesse essere tutelato in giudizio da parte delle associazioni sindacali. Se si accoglie l'impostazione metodologica in precedenza suggerita, è possibile affermare, infatti, che l'interesse collettivo coincide con quello della categoria dei lavoratori all'effettività dei diritti e delle libertà sindacali previste dall'ordinamento, che possono essere esercitati esclusivamente mediante l'organizzazione dei singoli lavoratori. Esso, pertanto, non rappresenta una sommatoria di interessi individuali, così come dimostra coerentemente la natura dell'azione concessa ai sindacati, che è finalizzata a far cessare il comportamento sindacale in una prospettiva di inibitoria degli effetti. Le eventuali statuizioni di carattere ripristinatorio rappresentano il contenuto della domanda di "rimozione degli effetti", con la conseguenza che l'azione collettiva può soddisfare anche la necessità di risarcire il danno dei singoli lavoratori eventualmente danneggiati dalla condotta datoriale oggetto di giudizio. L'azione, infine, è stata conferita a quelle organizzazioni sindacali che, per il loro grado di rappresentatività, sono quelle che il legislatore ha ritenuto essere la sintesi della categoria portatrice dell'interesse collettivo che l'ordinamento ha inteso tutelare.

##### **5. - La tesi dell'effettività della tutela giurisdizionale a garanzia dell'effettività dell'azione sindacale.**

Come anticipato, parte della dottrina, di recente, ha sostenuto la possibilità di tutelare l'interesse collettivo dei lavoratori in sede giurisdizionale alla luce di una rilettura, costituzionalmente orientata, dell'art. 2907, c. 2, cod. civ.<sup>48</sup>.

In particolare, secondo questa interessante prospettiva, l'art. 24 cost. impone di riconoscere una tutela giurisdizionale effettiva e, quindi, adeguata alle caratteristiche sostanziali del diritto azionato. Di conseguenza, deve trovare effettiva tutela anche l'azione sindacale, garantita dall'art. 39 cost.,

---

<sup>48</sup> O. RAZZOLINI, *op. cit.*, p. 131.

perché attraverso di essa “interessi dei lavoratori di mero fatto possono diventare giuridicamente rilevanti e, conseguentemente giustiziabili”<sup>49</sup>.

La premessa del ragionamento è che la pluralità di interessi dei lavoratori può essere qualificata come “interesse collettivo”, di cui il sindacato non è ritenuto titolare sostanziale, ma “l’interprete e il portatore costituzionalmente qualificato”. In quest’ottica, “il sindacato non è il titolare sostanziale dell’interesse collettivo, ne è tuttavia l’unico possibile giuridico portatore ed interprete”<sup>50</sup>, senza negare, tuttavia, che esso può essere titolare di diritti ed interessi propri, che trovano la possibilità della loro tutela in giudizio per il tramite dell’art. 28 stat. lav.<sup>51</sup>.

Sulla base di questa premessa teorica, l’art. 2907, c. 2, cod. civ. rappresenterebbe il “fondamento normativo della legittimazione ad agire in giudizio del sindacato”<sup>52</sup>. Tuttavia, successivamente, viene sostenuto che “in base al principio della tutela effettiva sancito dall’art. 24, c. 1, cost., deve ritenersi che, quando una determinata situazione sostanziale, qualificabile in termini di diritto soggettivo o semplice interesse, abbia ottenuto riconoscimento giuridico, debba esserne garantita la possibilità di una effettiva protezione da parte di un giudice, *anche in assenza di espresse previsioni di legge*”<sup>53</sup>. Di conseguenza, il sindacato potrebbe far valere i diritti individuali attribuiti dalla contrattazione collettiva, che rappresenta il “prodotto” dell’azione sindacale.

Questa tesi che, a ben vedere, reintroduce, in via interpretativa, la possibilità di promuovere controversie collettive di lavoro, si presta ad alcune obiezioni.

La disposizione, come è noto, prevede che “*la tutela giurisdizionale dei diritti, nell’interesse delle categorie professionali, è attuata su domanda delle associazioni legalmente riconosciute, nei casi determinati dalla legge e con le forme da questa stabilite*”. L’interpretazione letterale impedisce di ritenere

---

<sup>49</sup> O. RAZZOLINI, *op. cit.*, p. 111.

<sup>50</sup> O. RAZZOLINI, *op. cit.*, p. 130.

<sup>51</sup> O. RAZZOLINI, *op. cit.*, p. 130-131. In realtà, il sindacato può far valere diritti propri con le forme ordinarie e non solo mediante la proposizione di un ricorso ai sensi dell’art. 28.

<sup>52</sup> O. RAZZOLINI, *op. cit.*, p. 132.

<sup>53</sup> O. RAZZOLINI, *op. cit.*, p. 133, che cita, a sostegno di questa tesi, G. COSTANTINO, *Legittimazione ad agire*, in *Enc. Giur. Trecc.*, 1990, e L. P. COMOGLIO, *Commento all’art. 24*, in (a cura di), G. BRANCA, *Commentario della Costituzione, artt. 24-26*, 1981, Bologna.

l'esistenza di un diritto di azione implicito, dal momento che lo stesso comma rinvia ad una legge specifica che regolamenti i casi e le modalità di esercizio.

La previsione richiamata, inoltre, è inapplicabile, dal momento che essa presuppone un assetto delle fonti diverso da quello previsto dalla Costituzione. La dottrina, intanto, ha avuto modo di osservare che la categoria delle controversie collettive di lavoro non può essere ritenuta compatibile con il nostro ordinamento per due ragioni intimamente connesse tra di loro: la soppressione dell'ordinamento corporativo e la mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 cost. Il fatto che i sindacati siano privi della personalità giuridica richiesta dalla disposizione costituzionale e la mancata attribuzione dell'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo, in definitiva, fa venire meno il presupposto logico-giuridico, incompatibile con l'attuale ordinamento costituzionale, sotteso dall'art. 2907, c. 2, cod. civ.: la legittimazione legale del sindacato a rappresentare una determinata categoria professionale, che lo abilita a definire in via contrattuale il contenuto dei rapporti individuali di lavoro ad essa riconducibile.

Del resto, che il legislatore abbia ritenuto non più applicabile questa disposizione lo si desume anche dal fatto che l'art. 409 cod. proc. civ., si riferisce, a differenza che nel periodo precedente la legge n. 533 del 1977, alle sole controversie individuali e non più anche quelle collettive. Questa scelta non è casuale. Essa prende atto del sistema sindacale di fatto e, quindi, "nell'assenza del riconoscimento giuridico delle associazioni sindacali che, sprovviste della rappresentanza legale delle categorie lavorative di riferimento, non potrebbero validamente attivarsi per ottenere la tutela degli interessi di categoria"<sup>54</sup>.

L'inapplicabilità o disapplicazione delle disposizioni di diritto corporativo, peraltro, si desume anche dalla giurisprudenza che si è formata, ad esempio, sull'art. 2070 cod. civ. È pacifico, infatti, che la previsione contenuta in tale disposizione non opera con riferimento alla contrattazione

---

<sup>54</sup> D. BORGHESI, *Nozioni di procedura del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 46. Cfr. anche D. DALFINO, *Le controversie individuali di lavoro*, in (a cura di) P. CURZIO, L. DI PAOLA, R. ROMELI, *Processo del lavoro*, Milano, 2017, p. 6.

collettiva di diritto comune, in quanto ritenuta incompatibile con il principio della libertà sindacale <sup>55</sup>.

Le considerazioni brevemente svolte, a parere di chi scrive, impediscono che l'art. 2907, c. 2, cod. civ., non più applicabile a seguito della soppressione dell'ordinamento corporativo, possa essere "recuperato" sulla base della particolare lettura costituzionalmente orientata degli artt. 24 e 39 cost. proposta. Ammesso, ma non concesso, che possa parlarsi di interpretazione costituzionalmente orientata con riferimento ad una disposizione non più applicabile, questo tipo di operazione ermeneutica è preclusa perché la disposizione è chiara e non lascia dubbi sul significato delle parole utilizzate dal legislatore. L'interpretazione conforme a costituzione, o costituzionalmente orientata, invece, presuppone l'ambiguità di un testo normativo e la possibilità, quindi, di attribuirgli diversi significati. In proposito, è stato ricordato che la Corte costituzionale ha più volte ribadito che "l'univoco tenore letterale della norma impugnata preclude un'interpretazione adeguatrice, che deve, pertanto, dare spazio al sindacato di legittimità costituzionale" <sup>56</sup>.

Tra l'altro, il ricorso a tale disposizione sembra superflua, proprio in ragione delle premesse del ragionamento condotto da chi ha sostenuto questa tesi. Se, infatti, il sindacato deve essere ritenuto idoneo a tutelare in via giurisdizionale l'interesse collettivo dei lavoratori in ragione dell'esistenza di un diritto "senza azione" desumibile dalla Costituzione, non si comprende perché si dovrebbe ritenere invocare l'art. 2907, c. 2, cod. civ. La possibilità del sindacato di tutelare diritti individuali dei lavoratori viene giustificata, inoltre, in ragione di una particolare qualificazione dell'interesse collettivo <sup>57</sup>, inteso come la valutazione unitaria di interessi e di diritti che, però, rimangono di titolarità individuale. Tuttavia, dal momento che la contrattazione collettiva è espressione della libertà di

---

<sup>55</sup> La questione è stata definitivamente risolta da Cass., S.U., 26 marzo 1997, n. 2665, in *Giust. civ.*, con nota di PERA. Di recente, cfr. Cass., sez. lav., 18 dicembre 2014, n. 26742, in *De Jure*.

<sup>56</sup> V. SPEZIALE, *Il "declino" della legge, l'"ascesa" del diritto giurisprudenziale e i limiti all'interpretazione giudiziale*, in *Costituzionalismo.it* – Fasc. 1/2018, p. 201, il quale riprende le posizioni espresse da M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., p. 426.

<sup>57</sup> L'A., infatti, sembra aderire all'impostazione di M. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Padova, Padova, 1972 e R. FLAMMIA, *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto. I. Autotutela degli interessi di lavoro*, Milano, 1963, espressamente citati in più parti del lavoro monografico.



organizzazione desumibile dall'art. 39, primo comma, cost., si dovrebbe ammettere la possibilità il sindacato, proprio perché portatore qualificato dell'interesse collettivo, possa ricorrere all'autorità giudiziaria al fine di garantire l'effettività dell'azione sindacale e, quindi, il rispetto delle clausole contrattuali.

Questa posizione, tuttavia, si presta ad alcune obiezioni. Il richiamo al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, per giustificare la titolarità di un'azione collettiva quale strumento di effettività dell'azione sindacale, è criticabile in ragione della concezione dell'interesse collettivo come sintesi qualificata di interessi individuali di cui il sindacato non è titolare. Sebbene si possa convenire che la possibilità di ricorrere al giudice per la tutela degli interessi dei singoli possa essere, per le ragioni già esaminate, un utile sostegno all'azione sindacale, la tesi è poco sostenibile sotto il profilo giuridico, come dimostra la giurisprudenza che si è formata sull'art. 28 stat. lav. e la pluralità di posizione difformi in dottrina.

Inoltre, si può fondatamente dubitare che il principio di libertà di organizzazione sindacale possa assumere una latitudine tale da giustificare la cura degli interessi collettivi anche in sede giurisdizionale, al di fuori delle ipotesi previste dal legislatore<sup>58</sup>. Il principio contenuto nel primo comma dell'art. 39 cost., infatti, impedisce “qualsivoglia ingerenza dello Stato nell'organizzazione sindacale, l'inammissibilità di predisporre modelli legali organizzatori di sorta nel cui ambito debbano di necessità esercitarsi le iniziative sindacali”<sup>59</sup>. Esso, quindi, va interpretato nel senso che l'ordinamento non può impedire il libero esercizio dell'attività sindacale, che trova il suo approdo finale nella contrattazione collettiva<sup>60</sup>. In sostanza, l'ordinamento costituzionale tutela la libertà sindacale e quello di contrattazione, ma l'effettività dell'azione sindacale dipende dalla capacità del sindacato di imporsi quale agente negoziale e di svolgere, quindi, quella funzione di rappresentanza degli interessi che esso è in grado concreta-

---

<sup>58</sup> La tesi criticata sembra essere espressione della tendenza al “sovraccarico funzionale” dell'art. 39 cost., messa in rilievo da V. SPEZIALE, *Il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale di lavoro*, in *Giorn. dir. rel. ind.*, 2012, n. 135, 3, p. 366.

<sup>59</sup> G. PERA, *Voce Libertà sindacale (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1974, p. 513. Della stessa opinione è U. PROSPERETTI, *Voce Libertà sindacale (premesse)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1974, p. 499.

<sup>60</sup> G. GIUGNI, *Art. 39 Cost.*, in C. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, p. 257 ss.

mente di acquisire. Per tale motivo, peraltro, il legislatore ha inteso tutelare, anche sotto il profilo processuale, il concreto svolgimento dell'attività sindacale mediante la speciale procedura di cui all'art. 28 stat. lav.

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale, infatti, non può essere invocato per attribuire il diritto di azione in assenza del diritto sostanziale da tutelare. Questo principio, invero, impone al giudice di individuare il rimedio più efficace per la realizzazione del diritto sostanziale compromesso<sup>61</sup> e ciò richiede, tuttavia, che, a monte, sia individuabile una norma che attribuisca ad un soggetto determinato un determinato diritto. In sostanza, non è possibile ricorrere al principio di effettività per “la trasformazione del fatto in diritto”, dal momento che per il diritto l'effettività è una qualità del fatto o di una tutela espresse da norme interne e sovranazionali”<sup>62</sup>. Si è detto, in proposito che “la tutela giurisdizionale piena ed effettiva degli interessi protetti dalle norme non è altro che la proiezione soggettiva della piena ed effettiva attuazione delle norme stesse”<sup>63</sup>. In altri termini, il principio di effettività della tutela giurisdizionale è connaturato “alla stessa strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale, intesa più specificamente come necessaria corrispondenza fra i risultati del processo e le utilità riconosciute dall'ordinamento sul piano sostanziale”<sup>64</sup>. Se così è, non è possibile sostenere che in ragione di tale principio interessi e diritti che si assumono essere di titolarità individuale possano essere fatti valere in giudizio da un soggetto da loro distinto, in assenza di una norma che lo consenta. Il sindacato, allora, può essere certamente considerato l'interprete qualificato di quegli interessi nell'ambito della dimensione sindacale. Tuttavia, il ricorso al principio di effettività della tutela non può essere utilizzato per introdurre una ipotesi di sostituzione o di rappresentanza non prevista dalla legge. In sostanza, il principio della tutela giurisdizionale effettiva, desumibile dall'art. 24, primo comma, cost., presuppone l'esistenza giuridica del diritto da far valere e l'indivi-

---

<sup>61</sup> I. PAGNI, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, p. 401.

<sup>62</sup> G. VETTORI, *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2018, p. 939 ss.

<sup>63</sup> M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in (a cura di) G. GRISI, *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 2019, pp. 26-27.

<sup>64</sup> A. CARRATTA, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, p. 2.

duazione del relativo titolare e, ciò posto, esso giustifica la proposizione di azioni giudiziarie atipiche per “assicurare meccanismi in grado di modulare e adeguare la tutela in corrispondenza dei bisogni stessi o, quanto meno, forme di tutela non ancorate in schemi troppo rigidi”<sup>65</sup>.

#### **6. - La tesi dell'interesse collettivo come condizione della legittimazione ad agire dei sindacati in via generale.**

Altra dottrina ha tentato di far coincidere l'interesse collettivo con quello ad agire in sede giurisdizionale seguendo un percorso differente, al fine di ricucire lo scarto esistente “tra pluralismo sostanziale e costituzionalmente tutelato e (tendenziale) individualismo processuale”<sup>66</sup>.

Dopo l'attenta analisi delle diverse teorie sull'interesse collettivo, si giunge a proporre, a seguito di una lettura dell'art. 24 cost. e dell'art. 100 c.p.c., la individuazione di “azioni collettive atipiche”. Esse sono così definite perché, a differenza di quelle altre sopra ricordate, non sono previste da specifiche disposizioni di legge, ma sarebbero desumibili dai principi generali dell'ordinamento. In particolare, se l'interesse collettivo ha una sua autonoma rilevanza giuridica, “non se ne può escludere, pena l'incostituzionalità del sistema, l'accesso al processo attraverso il soggetto che di questo interesse è titolare”<sup>67</sup>.

Questa parte della dottrina tenta di riconoscere la possibilità del sindacato di agire in giudizio al di fuori della procedura prevista dall'art. 28, perché quest'ultima disposizione non sarebbe più “uno strumento idoneo di tutela”. Ciò sarebbe dimostrato dalla “tormentata, e tutt'altro che prossima a concludersi, vicenda della possibilità di configurare come antisindacale la violazione della parte normativa del contratto collettivo e, più in generale la considerazione che non tutte le violazioni delle posizioni di vantaggio debbano incidere sulla libertà di auto-organizzazione o di autotutela cui il procedimento dell'art. 29 st. lav. è rivolto”<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2014, p. 912.

<sup>66</sup> G.A. RECCHIA, *op. cit.*, p. 196.

<sup>67</sup> G.A. RECCHIA, *op. cit.*, p. 198.

<sup>68</sup> G.A. RECCHIA, *op. cit.*, p. 216.

In sintesi, il sindacato, nella misura in cui viene investito di funzioni regolative, non trova nell'art. 28 una norma processuale adeguata a far valere la violazione, da parte del datore di lavoro, delle norme di legge che quelle funzioni gli attribuiscono. Di conseguenza, in molte ipotesi in cui l'ordinamento riconosce una posizione di vantaggio al sindacato, l'interesse collettivo di cui il sindacato è titolare non troverebbe adeguata tutela giurisdizionale, con conseguenti dubbi di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 24 cost.<sup>69</sup>.

La tesi proposta è condivisibile solo in parte. Il sindacato può essere certamente ritenuto titolare dell'interesse collettivo, a cui l'ordinamento ha dato autonoma rilevanza mediante una pluralità di disposizioni di natura sostanziale ed anche processuale. Di conseguenza, il sindacato dovrebbe poter avere accesso alla tutela giurisdizionale, nel rispetto dell'art. 24 cost., in tutte le ipotesi in cui venga pregiudicato l'interesse collettivo di cui è titolare, anche in assenza di una disposizione di carattere processuale che gli conferisca il diritto di azione.

Tuttavia, arrivare a sostenere che, in base all'art. 24 cost., al sindacato dovrebbe riconoscersi il diritto di azione in ogni ipotesi di violazione delle clausole di rinvio della legge alla contrattazione collettiva o di mancato rispetto della funzione normativa del contratto collettivo, è discutibile.

Si è dell'opinione, invero, che l'interesse collettivo di cui il sindacato è titolare va qualificato come diritto all'agibilità dell'azione sindacale o, in altre parole, nel diritto delle associazioni sindacali di esercitare tutte quelle facoltà strumentali alla effettiva rappresentanza negoziale dei lavoratori. Peraltro, molte delle disposizioni di vantaggio che sono attribuite alle organizzazioni sindacali rappresentano la proiezione del principio di libertà di azione sindacale, di cui all'art. 39, primo comma, cost. Questo consente di tenere distinti il piano dell'azione sindacale nel suo svolgimento, che corrisponde all'interesse collettivo di cui il sindacato è titolare, dal "prodotto" dell'azione sindacale e, cioè, il contratto collettivo, dal quale derivano diritti individuali rivendicabili dai singoli lavoratori.

---

<sup>69</sup> G.A. RECCHIA, *op. cit.*, p. 216, il quale prende come esempio, a sostegno della sua tesi, la violazione dell'art. 23 d.lgs. 81/2015 sui limiti quantitativi fissati dalla contrattazione collettiva in materia di assunzioni a termine. Questa tesi sarà criticata *infra*.

Se così è, l'art. 28 stat. lav. conserva la sua capacità di rimedio effettivo a tutela dell'interesse collettivo. La formulazione aperta della disposizione, infatti, consente di tutelare l'interesse collettivo, inteso come interesse del sindacato di tutelare la propria posizione soggettiva di capacità rappresentativa, anche nel caso della violazione della parte obbligatoria e, a determinate condizioni, della parte normativa del contratto collettivo.

La violazione della parte obbligatoria, così come delle disposizioni di legge che attribuiscono ai sindacati specifici diritti di informazione e consultazione sindacale, è idonea a compromettere il ruolo delle organizzazioni sindacali e, quindi, la loro effettiva possibilità di organizzarsi <sup>70</sup>.

Allo stesso modo, anche la violazione della parte normativa del contratto può condurre, in concreto, allo stesso esito, così come sostenuto anche dalla giurisprudenza. La reiterata violazione delle clausole normative, infatti, può gettare discreditato sull'associazione sindacale ed indurre i lavoratori ad evitare la loro affiliazione, con la conseguenza che non v'è alcun ostacolo a ritenere esperibile l'azione di cui all'art. 28 stat. lav. <sup>71</sup>. Sotto questo profilo, allora, non si comprende perché la speciale procedura prevista dallo statuto sarebbe inadeguata a sostenere l'azione sindacale attribuita dalla contrattazione collettiva.

In realtà, l'art. 28 stat. lav. è inutilizzabile se la controversia sorga tra le stesse organizzazioni sindacali, in cui si controverta dell'interpretazione ed applicazione delle disposizioni contrattuali che regolamentano i loro

---

<sup>70</sup> La Corte di Cassazione, in proposito, ha affermato che “*malgrado non sussista nel campo delle relazioni industriali un principio di parità di trattamento tra le varie organizzazioni sindacali, viene, tuttavia, a configurare una condotta antisindacale il comportamento datoriale che si concretizzi in un rifiuto, a danno di taluni sindacati, di forme di consultazione, di esame congiunto o di instaurazione di trattative, espressamente previste da clausole contrattuali o da disposizioni di legge, allorchando detto rifiuto si traduca - sia per le modalità in cui si esprime, sia per comportamento globalmente tenuto dall'imprenditore nei riguardi di dette organizzazioni - in condotte oggettivamente discriminatorie, atte ad incidere negativamente sulla stessa libertà del sindacato e sulla sua capacità di negoziazione, minandone la credibilità e l'immagine anche sotto il profilo della forza aggregativa in termini di acquisizione di nuovi consensi*” (Cass., sez. lav., 9 gennaio 2008, n. 212, in *Giust. civ.*, 2008, 9, 1, p. 1926 ss.

<sup>71</sup> In proposito, cfr. Trib. Palermo, 2 maggio 2017, in *ilgiuslavorista*, 5 settembre 2017, secondo cui “*non sussiste legittimazione ad agire del sindacato in caso di violazione della norma del ccnl che attiene unicamente al rapporto tra il datore di lavoro ed il singolo lavoratore; mentre può farsi ricorso allo strumento processuale dell'art. 28 Stat. lav., al limite, nell'ipotesi di violazione sistematica degli standards collettivi di trattamento da parte del datore di disposizioni contenute nella parte normativa del contratto collettivo, tali da comportare un attentato all'ordine contrattuale e alla stessa posizione del sindacato in ragione delle specifiche circostanze e modalità*”.

rapporti. Si pensi alle ipotesi in cui sorgano contestazioni sulle modalità di rinnovo delle R.S.U. o sulla permanenza di un lavoratore all'interno dell'organo di rappresentanza in caso di adesione ad un'organizzazione differente da quella per la quale è stato eletto. In questi casi, in cui il disconoscimento delle prerogative sindacali non proviene da un atto datoriale ma da una o più associazioni sindacali, nessuno ha mai negato, eventualmente una volta che le parti abbiano esperito le procedure intersindacali di composizione del conflitto, la possibilità che il sindacato interessato ricorra al giudice civile instaurando un processo ordinario o sommario di cognizione.

Non è neppure condivisibile la tesi secondo cui, al di fuori nel caso in cui ciò si tradurrebbe in una condotta antisindacale, il sindacato sarebbe, in ogni caso, titolare dell'interesse collettivo alla corretta applicazione della parte normativa del contratto collettivo, con la conseguenza che esso avrebbe l'interesse ad agire per l'accertamento della sua violazione<sup>72</sup>.

Questa affermazione, invero, si presta ad alcune obiezioni. Essa, intanto, rischia di confondere la qualificazione dell'interesse collettivo come interesse proprio del sindacato con l'altra, in precedenza criticata, che lo declina quale sommatoria di interessi individuali interpretati unitariamente dal sindacato.

Se, quindi, l'interesse collettivo deve essere più correttamente considerato quale interesse proprio del sindacato, la tesi si presta all'obiezione, a dire il vero poco superabile, che la parte normativa del contratto collettivo è attributiva di diritti ed obblighi riconducibili ai rapporti individuali di lavoro. Il riconoscimento di un'azione di mero accertamento in capo al sindacato svolgerebbe una funzione pratica pressoché inesistente, dal momento che il diritto violato dovrebbe essere fatto valere, comunque, dai singoli lavoratori individualmente<sup>73</sup>. Tra l'altro, il diritto di azione rappresenta una modalità di disposizione di un diritto. Se, così come nella ricostruzione dell'interesse collettivo proposta, il sindacato non è titolare dei diritti individuali, perché esso è portatore di un interesse qualitativa-

---

<sup>72</sup> G. A. RECCHIA, *op. cit.*, p. 221. Tesi, peraltro, non sostenuta dalla giurisprudenza; in proposito, cfr. App. Firenze, 20 marzo 2009, in *Riv. it. dir. lav.*, 2, II, 2010, p. 696 ss.

<sup>73</sup> Di tale condivisibile opinione è D. BORGHESI, *Contratto collettivo e processo*, p. 129, richiamato dallo stesso G. A. RECCHIA, *op. cit.*, p. 221.

mente diverso, esso non ne può disporre, come sopra ricordato, attraverso l'esercizio dell'azione in sede giudiziaria.

Ma, in realtà, la maggiore difficoltà teorica ad accogliere questa tesi risiede nell'ammissibilità stessa di un'azione di mero accertamento, in assenza di pregiudizialità con un bene della vita eventualmente acquisibile con il processo <sup>74</sup>. Le azioni di mero accertamento, infatti, sono comunque preordinate ad eliminare contrasti circa la titolarità od il contenuto di un determinato diritto, il cui esercizio è rimesso poi nella disponibilità del titolare. Le parti private, in sostanza, non possono agire "nell'interesse della legge", dal momento che l'interesse di cui all'art. 100 cod. proc. civ. presuppone pur sempre un'utilità conseguibile al livello individuale, corrispondente alla perdita subita per effetto dell'atto illecito. Sotto questo punto di vista, allora, il sindacato, mediante la proposizione di un'azione di accertamento della violazione del contratto collettivo, farebbe valere in giudizio un diritto non proprio, dal momento che esso non è pregiudicato dall'inadempimento contrattuale, in assenza di una previsione di legge che consenta questo tipo di sostituzione processuale. Questa opinione, del resto, oltre ad essere quella più coerente ad alcune disposizioni contenute nel codice civile e di procedura civile <sup>75</sup>, è confermata dalle disposizioni, di recente introduzione, sul procedimento collettivo, che saranno analizzate in seguito.

Difetterebbe, allora, l'interesse ad agire in concreto, in tutte quelle ipotesi in cui la condotta datoriale non si traduce, di fatto, in un comportamento antisindacale consistente nella violazione sistematica del contenuto del contratto collettivo, con l'effetto di arrecare concretamente un pregiudizio alla capacità negoziale del sindacato. In questo caso, come anticipato, il sindacato, attraverso l'ordine di rimozione degli effetti, potrebbe far conseguire un diritto anche ai singoli lavoratori. Si pensi al risarcimento del danno in caso di nullità del licenziamento per ragioni sindacali o, per rimanere nell'ambito della violazione della parte normativa del contratto collettivo, il riconoscimento di differenze retributive.

---

<sup>74</sup> Per pregiudizialità si intende, oltre alle ipotesi di cui all'art. 34 cod. proc. civ., tutte le altre questioni che si pongono quale antecedente logico di un'azione di condanna.

<sup>75</sup> Cfr. art. 100 cod. proc. civ. sull'interesse ad agire e l'art. 2909 cod. civ. in materia di giudicato.

Più complesso è il discorso quando il datore di lavoro violi l'esito del processo di rinvio che la legge opera in favore della contrattazione collettiva in funzione specificativa di precetti legali o quando la legge impone il rispetto di un determinato contratto collettivo ai fini della gestione del rapporto di lavoro. In proposito, è stato sostenuto, ad esempio, che il sindacato possa avere interesse ad agire in caso di violazione della clausola di contingentamento dei contratti a termine conclusi da un datore di lavoro, al fine di ottenere l'accertamento della nullità dei contratti stipulati dopo aver superato la soglia stabilita dalla contrattazione collettiva<sup>76</sup>.

Questa opinione non è condivisibile. Essa, infatti, si fonda su una interpretazione dell'interesse collettivo troppo ampia, che rischia di confondersi, questa volta, con quella di interesse pubblico, dal quale, come visto, deve essere tenuto distinto. In questa prospettiva si arriverebbe all'esito, invero paradossale, di ritenere il sindacato legittimato ad agire in tutte le ipotesi sia violata la funzione normativa del contratto collettivo delegata dalla legge equiparandolo ad un organo della pubblica amministrazione. In queste ipotesi, infatti, l'ordinamento predispose un apparato sanzionatorio di tipo pubblicistico, così come quando avviene in caso di violazione della legge, ed affida ad organismi pubblici il compito di accertare l'illecito e comminare le sanzioni. Si pensi, ad esempio, alla violazione dei cd. minimali di contribuzione di cui al d.l. 338/1989. In questo caso, l'eventuale insufficiente versamento è oggetto di indagine ispettiva da parte degli organi competenti e, all'esito, sarà l'Istituto previdenziale a richiedere il dovuto, mentre spetterà all'autorità amministrativa l'irrogazione di sanzioni civili.

Allo stesso modo, con riferimento alle clausole di contingentamento, la legge prevede espressamente che la violazione dei limiti quantitativi non comporta la trasformazione dei rapporti a tempo indeterminato, ma determina l'applicazione di una sanzione di natura amministrativa. Del resto, è dubitabile anche che lo stesso lavoratore, assunto al di là dei limiti quantitativi sia titolare, in assenza della sanzione della conversione, di un interesse ad agire per l'accertamento della violazione.

Anche in questo caso, in realtà, l'unico rimedio esperibile per tutelare

---

<sup>76</sup> G. A. RECCHIA, *op. cit.*, p. 226.



l'interesse collettivo potrebbe essere quello previsto dall'art. 28 stat. lav. Non v'è dubbio, infatti, che la violazione della clausola di contingentamento, espressione di un potere normativo delegato dalla legge all'autonomia collettiva, potrebbe determinare l'effetto di limitare la libertà sindacale. Rimane, però, il fatto che il provvedimento giudiziario potrebbe limitarsi esclusivamente ad ordinare la cessazione degli effetti e, quindi, il rispetto, per il futuro, dei limiti quantitativi individuati dall'autonomia collettiva. Non è configurabile, in questo caso, un provvedimento atto a rimuovere gli effetti, dal momento che, come visto, la sanzione prevista dalla legge è di natura amministrativa e non determina effetti ulteriori sui rapporti di lavoro.

#### **7. - Il nuovo processo collettivo come possibile strumento di rafforzamento dell'azione sindacale ed i suoi limiti.**

La necessità di distinguere l'interesse collettivo di cui è titolare il sindacato ed i diritti dei singoli lavoratori che possono avere una loro omogeneità di categoria è confermata dalla nuova azione di classe, introdotta con la legge 12 aprile 2019, n. 31, che, nelle intenzioni del legislatore, dovrebbe in vigore il 12 ottobre 2020<sup>77</sup>. Questa legge rappresenta certamente una rilevante novità nel nostro ordinamento, che arriva all'esito di un *iter* legislativo particolarmente complesso, anche per le resistenze che questo istituto ha incontrato<sup>78</sup>.

Originariamente introdotta, come è noto, soltanto per la tutela dei diritti dei consumatori, la legge ha mutato la funzione dell'azione di classe. Essa, infatti, da strumento di tutela dei soggetti deboli nelle relazioni di mercato è divenuta un rimedio di diritto comune, anche per effetto del suo inseri-

---

<sup>77</sup> Per dei primi commenti di questa normativa cfr. A. G. DIANA, *Class action e inibitoria collettiva. Nuova disciplina*, Padova, 2020; I. SPEZIALE, *La nuova azione di classe. Alcune considerazioni*, in *Corr. giur.* 3/2020, in cui vi è una puntuale ricostruzione anche dei profili processuali dell'azione.

<sup>78</sup> Per una ricostruzione dettagliata della genesi dell'azione di classe si rinvia a A. DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie*, Napoli, 2013, 532 ss. I. PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140 bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2010, 349.

mento nel codice di procedura civile <sup>79</sup>. In linea generale, è possibile sostenere che un'azione in forma collettiva può determinare alcuni vantaggi. Si pensi, intanto, alla riduzione dei costi di accesso alla giustizia, aumentati nel processo del lavoro a causa dell'introduzione del contributo unificato, oltre che per effetto del regime di regolamentazione delle spese di lite in caso di soccombenza. Proporre una unica azione nell'interesse di una pluralità di potenziali ricorrenti può anche contribuire all'efficienza ed all'economia processuale, soprattutto nel caso delle cd. "cause seriali". A questo si deve anche aggiungere un potenziale effetto di deterrenza che un'azione collettiva potrebbe esercitare sulle imprese, soprattutto di medio-grandi dimensioni <sup>80</sup>.

Si tratta di comprendere, tuttavia, se essa possa essere promossa dalle organizzazioni sindacali e/o dai singoli lavoratori <sup>81</sup>. Non si può nascondere, infatti, che il nuovo processo collettivo sembra essere stata pensato soprattutto per superare alcune delle criticità che sono emerse con riferimento all'azione di classe originariamente prevista dall'art. 140 del Codice del consumo <sup>82</sup>. Tuttavia, sia la collocazione delle disposizioni che regolano il procedimento nel codice di rito sia i presupposti individuati per la sua proposizione non sono di ostacolo a che il nuovo processo possa essere utilizzato anche per introdurre controversie di lavoro di rilevanza collettiva.

L'art. 840 bis c.p.c., infatti, richiede l'appartenenza ad una "classe" e la necessità di tutelare "diritti individuali omogenei". Nell'ambito del diritto del lavoro, questi concetti possono coincidere con la sfera di applicazione di un determinato contratto collettivo nazionale e, quindi, con una categoria professionale. Allo stesso modo, non vi può essere dubbio che il

---

<sup>79</sup> A. SPADAFORA, *La "nuova" azione di classe: da strumento protettivo settoriale a rimedio di diritto comune?*, in *Contr.*, 1, 2016, p. 73.

<sup>80</sup> Di questa opinione è anche I. SPEZIALE, *La nuova azione di classe. Alcune considerazioni*, in *Corr. giur.* 3/2020.

<sup>81</sup> Per un primo commento, che si riferisce però al disegno di legge, cfr. O. RAZZOLINI, *Azione di classe risarcitoria e azione collettiva inibitoria: novità anche per il diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1, 2019, p. 81 ss.

<sup>82</sup> La letteratura, in proposito, è molto ampia. Senza pretesa di esaustività, cfr. C. BERTI, *La figura del consumatore e la sua soggettività giuridica*, in *Res. civ. prev.* 5, 2018, p. 1684 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno, restituzioni e rimedi nell'azione di classe*, in *Res. civ. prev.*, 3, 2011, p. 501 ss. M. DE CRISTOFARO, *L'azione collettiva risarcitoria "di classe": profili sistematici e processuali*, in *Resp. civ. prev.*, 10, 2010, p. 1932 ss.

contratto collettivo attribuisce ai lavoratori a cui esso si applica diritti individuali che possono essere ritenuti “omogenei” appunto perché attribuito dalla medesima fonte normativa. È, inoltre, evidente che il datore di lavoro possa, con la sua condotta, determinare l’effetto di pregiudicare i diritti individuali dei lavoratori a cui si applica il contratto collettivo. Se così fosse, il nuovo processo collettivo potrebbe consentire al sindacato di agire per l’accertamento della violazione di diritti individuali omogenei, nel senso in precedenza precisato. Una volta ottenuto tale accertamento, i singoli interessati potranno aderire alla controversia così intrapresa per ottenere il risarcimento del danno. Il processo, infatti, è articolato in diverse fasi, che variano a seconda del soggetto promotore dell’azione. Qualora esso sia il soggetto collettivo, l’art. 840 *sexies* c.p.c. dispone che il giudice deve accertare se l’impresa ha leso diritti individuali omogenei e, in caso affermativo, assegnare un termine ai titolari dei diritti lesi per aderire all’azione o per integrare gli atti in precedenza già depositati <sup>83</sup>. Con la nuova legge, quindi, il sindacato potrebbe promuovere giudizi collettivi dall’oggetto più ampio di quello consentito dall’art. 28 stat. lav. In realtà, il ricorso a questo processo collettivo da parte dei sindacati potrebbe essere ritenuto impraticabile per altre ragioni. La competenza a conoscere di tali controversie è attribuita, intanto, al Tribunale delle imprese. Questa circostanza, che non costituisce un ostacolo normativo alla proponibilità di azioni collettive che abbiano ad oggetto liti che attengono ai rapporti di lavoro, potrebbe suggerire l’inopportunità di devolvere controversie di questo tipo ad una sezione che, per definizione, è deputata a risolvere conflitti giudiziari che attengono ai rapporti tra imprese e soci di società di capitali. Inoltre, per una scelta poco condivisibile, la Pubblica Amministrazione è esclusa dall’ambito di applicazione del nuovo procedimento collettivo, ad eccezione che gli “enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità”.

In terzo luogo, l’azione collettiva può essere proposta da un’organizzazione o un’associazione senza scopo di lucro che ricomprenda, fra gli obiettivi statutari, la tutela dei diritti individuali omogenei. Esse, inoltre,

---

<sup>83</sup> Se, invece, l’azione collettiva è promossa da un soggetto individuale, il giudice dovrà pronunciarsi sulle domande risarcitorie o restitutorie proposte.

devono essere iscritte in un apposito elenco pubblico istituito presso il Ministero della Giustizia, al fine di evitare azioni pretestuose o meramente simboliche da parte di soggetti in cerca di facile pubblicità<sup>84</sup>. La necessità di essere iscritte ad un elenco pubblico potrebbe costituire un fattore di ostacolo per il sindacato. L'art. 196 *ter* dis. att. c.p.c., infatti, prescrive, con riferimento all'elenco delle associazioni legittimate ad agire, che "i requisiti per l'iscrizione comprendono la verifica delle finalità programmatiche, dell'adeguatezza a rappresentare e tutelare i diritti omogenei azionati e della stabilità e continuità delle associazioni e delle organizzazioni stesse, nonché la verifica delle fonti di finanziamento utilizzate".

I criteri per essere inseriti nell'elenco, invero, non sono equiparabili a quelli richiesti dall'art. 39 cost. a cui le associazioni sindacali, come è noto, hanno sempre guardato con diffidenza, se non con ostilità. Ciò nonostante, la sottoposizione ad un controllo pubblico potrebbe costituire un fattore di disincentivo a ricorrere a questo tipo di azione. Tra l'altro, le organizzazioni sindacali sarebbero tenute ad aggiornare i propri statuti, dal momento che essi non prevedono espressamente tra i loro obiettivi quello della tutela dei diritti dei lavoratori in sede giudiziaria<sup>85</sup>.

In realtà, è stato sostenuto, in ragione di alcuni orientamenti della giustizia amministrativa, che la proponibilità dell'azione collettiva non è necessariamente condizionata all'iscrizione ad un registro pubblico<sup>86</sup>. Questa conclusione è discutibile, alla luce del tenore letterale della disposizione processuale in precedenza richiamata e che appare difficilmente superabile.

Peraltro, la necessità di iscrizione all'elenco tenuto dal ministero conferma come il nuovo processo collettivo sia stato pensato per la tutela dei consumatori, dal momento che essa è prevista dalla direttiva europea 2004/39/CE.

I criteri di selezione degli enti rappresentativi contenuti in quella disciplina non sono mutuabili nel Diritto del lavoro. In quest'ambito, infatti, la

---

<sup>84</sup> I. PAGNI, *La nuova disciplina dell'azione di classe e della inibitoria collettiva. Contributo sul DDL n. 844*, in [http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/documenti/50704\\_documenti.htm](http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/documenti/50704_documenti.htm), 5.

<sup>85</sup> Gli statuti delle organizzazioni sindacali esaminati, infatti, non contengono alcun riferimento espresso, tra i propri obiettivi statutari, alla tutela collettiva dei lavoratori in sede giudiziaria.

<sup>86</sup> O. RAZZOLINI, *Azione di classe risarcitoria*, cit., p. 89.

legge, fa riferimento esclusivamente al principio della rappresentatività, ritenuto il criterio maggiormente idoneo a selezionare i soggetti sindacali ai quali attribuire determinati diritti o facoltà. Non vi è dubbio, allora, che sarebbe auspicabile un intervento legislativo che introduca nell'art. 840 bis c.p.c. una disposizione espressa con riferimento alle organizzazioni sindacali, selezionandole in ragione del loro effettivo livello di rappresentatività della categoria.

#### 8. - La tutela dell'interesse collettivo nella nuova azione di classe.

Ammessa, comunque, la possibilità di agire da parte delle organizzazioni sindacali, la legge non si preoccupa di precisare se esse agiscano in ragione di una legittimazione ordinaria o sostitutiva (art. 81 c.p.c.) ovvero di rappresentanza processuale (art. 77 c.p.c.), o di altro <sup>87</sup>.

Per le ragioni che sono state esaminate, invero, è sostenibile che l'organizzazione agisce *iure proprio*, con un'iniziativa autonoma rispetto a quella di ciascun danneggiato, al pari di quanto avviene nelle ipotesi già ricordate in materia antidiscriminatoria ovvero per condotta antisindacale. Come in quel caso, in effetti, si realizza una dissociazione fra l'organizzazione, titolare dello *ius agendi*, e i soggetti portatori delle pretese sostanziali dedotte nel procedimento <sup>88</sup>. In sostanza, l'organizzazione, che, per statuto, si pone tra i suoi scopi anche quello di tutelare in sede giudiziaria i diritti individuali omogenei di una classe, può farsi promotrice *iure proprio* del nuovo rimedio, in difesa sia degli interessi individuali dei componenti della categoria che essa rappresenta sia dell'interesse collettivo, che consiste nell'accertamento giudiziale dell'illecito seriale e della conseguente responsabilità dell'impresa convenuta.

Il nuovo processo, allora, conferma che l'interesse collettivo di cui è portatore il sindacato deve essere tenuto distinto dai diritti individuali omogenei tutelabili con la nuova azione di classe. Questa conclusione è giustificata dalla lettera dell'art. 840 *sexies*, comma 1, c.p.c. La dispo-

---

<sup>87</sup> I. PAGNI, *op. ult. cit.*, 5.

<sup>88</sup> M. L. GUARNIERI, *Note a prima lettura sull'art. 840-bis c.p.c.*, in <http://www.judicium.it>, 4 giugno 2019, 4, p. 5; I. SPEZIALE, *La nuova azione di classe. Alcune considerazioni*, in *Corr. giur.* 3/2020, p. 4 ss.

zione, infatti, distingue l'eventualità in cui l'azione sia esercitata dal componente della classe, da quella in cui venga attivata dal soggetto collettivo. Nella prima ipotesi, il giudice provvederà alle domande restitutorie e risarcitorie (lett. a); nella seconda, egli "accerta che il resistente, con la condotta addebitatagli dal ricorrente, ha leso diritti individuali omogenei" (lett. b)<sup>89</sup>.

Questo vuol dire che il legislatore ha attribuito all'interesse collettivo una rilevanza autonoma e distinta da quella dei singoli diritti individuali, il cui contenuto va definito. Si pensi, per fare un esempio, alla condotta del datore di lavoro che violi sistematicamente gli obblighi assunti con il contratto collettivo. In questo caso, come visto, il sindacato potrebbe agire ai sensi dell'art. 28 stat. lav., qualora l'inadempimento protratto nel tempo assuma i contorni di una condotta antisindacale. Ma, invero, potrebbe agire col nuovo procedimento al fine di far accertare la condotta illecita e consentire ai lavoratori di poter utilizzare, nel medesimo procedimento, tale accertamento, al fine di poter successivamente conseguire il risarcimento del danno.

A ben vedere, si potrebbe, in tal modo, dare ingresso alle controversie collettive di lavoro, fino ad ora risolte nell'ambito dell'ordinamento intersindacale, sia di carattere giuridico sia economico, e che siano riconducibili all'applicazione od interpretazione di diritti attribuiti alla classe di lavoratori che i sindacati intendono rappresentare. Si pensi alle cause, cd. seriali, promosse per l'accertamento di determinati diritti, anche retributivi, desumibili dalla legge, ma negati dai datori di lavoro in ragione di particolari interpretazioni della normativa di origine legale o contrattuale<sup>90</sup>.

Il sindacato, inoltre, potrebbe avere interesse all'accertamento che determinate modalità di organizzazione del lavoro determinano un danno alla salute dei lavoratori, al fine di consentire poi ai singoli lavoratori, qualora vi sia l'accertamento della nocività degli ambienti, di richiedere il risarcimento del danno. Ma si pensi anche alle controversie recenti in materia di

---

<sup>89</sup> M. L. GUARNIERI, *op. cit.*, 5.

<sup>90</sup> È questo, ad esempio, il caso delle controversie sul riconoscimento, ai fini retributivi, del tempo cd. di vestizione nel settore della sanità pubblica, su cui la Corte di Cassazione sta avendo modo di pronunciarsi da tempo, con decisioni tutte di analogo contenuto.

qualificazione del rapporto dei *riders* di Foodora o a quelle finalizzate ad ordinare la consegna dei dispositivi di protezione individuale ad un gruppo determinato di collaboratori. In tutti questi casi, l'associazione sindacale potrebbe avere interesse a tutelare in sede giudiziaria una serie di lavoratori privi di rappresentanza collettiva, rafforzando in tal modo la propria azione sindacale.

Questa possibilità non sembra preclusa dalla formulazione adottata con riferimento alle azioni esperibili, rappresentate da quelle di “condanna al risarcimento del danno ed alle restituzioni”. La formulazione della norma è, invero, molto ampia e può ricomprendere ogni ipotesi di responsabilità precontrattuale, contrattuale ed extracontrattuale, da cui, tuttavia, possa essere prospettata la causazione di un danno, sia di natura patrimoniale sia non patrimoniale. L'azione promossa dall'ente, quindi, è di accertamento o di condanna generica al risarcimento del danno od alle restituzioni in favore dei singoli che eventualmente aderiranno <sup>91</sup>.

La tutela dell'interesse collettivo, infine, emerge nel secondo modello di processo previsto dalla legge. L'art. 840 *sexiedecies* c.p.c. prevede la possibilità di esperire un'azione inibitoria collettiva, che assomiglia molto allo schema di cui all'art. 28 Stat. lav., ma dal quale si distanzia, innanzi tutto, per la platea dei soggetti legittimati ad agire e, in secondo luogo, per il suo oggetto.

Questo tipo di domanda, infatti, può essere esercitata da “chiunque” abbia interesse e, quindi, sia da individui sia dalle organizzazioni iscritte all'elenco di cui si è già detto in precedenza. L'individuazione dei legittimati ad agire suscita alcune perplessità <sup>92</sup>. Il riferimento a “chiunque”, infatti, potrebbe legittimare la proposizione dell'azione inibitoria collettiva anche

---

<sup>91</sup> È dello stesso avviso C. CONSOLO, *La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina*, in *Corr. giur.*, 6, 2019, p. 741; con riferimento al disegno di legge, parlano di condanna anche C. CONSOLO, M. STELLA, *La nuova azione di classe, non più solo consumeristica, in una proposta di legge da non lasciar cadere*, in *Riv. dir. banc.*, 12, 2018, p. 5 e A. C. DI LANDRO, *La “nuova” azione di classe. Linee di riforma e riflessioni critiche*, in *Contr.*, 1, 2016, p. 69.; I. SPEZIALE, *La nuova azione di classe. Alcune considerazioni*, in *Corr. giur.* 3/2020.

<sup>92</sup> In proposito, si condivide l'affermazione di O. RAZZOLINI, *Azione di classe risarcitoria*, cit., p. 92, che sottolinea come la disposizione, così come formulata, può “porre le basi per inedite forme di concorrenza tra il sindacato e qualsiasi altra associazione privata o persino singoli lavoratori che decideranno di assumere l'iniziativa giudiziaria collettiva”.

ad un soggetto singolo, senza caratteristiche o qualità particolari che, invece, sono richieste alle organizzazioni collettive, che, anche ai fini dell'esperibilità dell'azione, devono essere iscritte all'elenco prima ricordato. Per le medesime ragioni illustrate in precedenza, inoltre, è discutibile, anche in questo caso, l'esclusione, tra i legittimati passivi, della pubblica amministrazione.

L'interesse protetto, inoltre, è quello di ottenere "una inibitoria di atti e comportamenti, posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o enti", mediante "l'ordine di cessazione o il divieto di reiterazione della condotta omissiva o commissiva". Ai fini della decisione, così come avviene in materia antidiscriminatoria, "il tribunale può avvalersi di dati statistici e di presunzioni semplici". Il giudice, inoltre, può, con la sentenza di condanna alla cessazione della condotta "adottare i provvedimenti di cui all'art. 614 *bis* c.p.c., anche al di fuori dei casi lì previsti", "ordinare che la parte soccombente adotti le misure idonee ad eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate" e "a dare diffusione al provvedimento ... mediante utilizzo dei mezzi di comunicazione ritenuti più appropriati".

In tal modo, le organizzazioni sindacali potrebbero ottenere un provvedimento analogo a quello che può essere conseguito a seguito del processo di cui all'art. 28 stat. lav., ma in ipotesi non riconducibili ad una condotta antisindacale dal datore di lavoro. La nuova azione collettiva di tipo inibitorio, però, potrebbe essere utilizzata da quelle organizzazioni sindacali prive del requisito della rappresentatività a livello nazionale, ma che decidano di iscriversi nell'elenco ministeriale ricordato in precedenza. In tal modo, potrebbe determinarsi una concorrenza tra sindacati che, attraverso l'azione collettiva, intendano perseguire un rafforzamento della loro rappresentatività. Questo esito, tuttavia, potrebbe essere evitato se, come rilevato in precedenza, intervenisse una modifica legislativa che attribuisca il diritto di azione, in assenza di iscrizione all'elenco ministeriale, ai soggetti collettivi che siano dotati di un determinato requisito di rappresentatività, che può coincidere con quello individuato dalla norma statutaria.

Sarà la prassi applicativa che consentirà di verificare se ed in che misura le organizzazioni sindacali ricorreranno al nuovo processo collettivo. Esso, in linea teorica, potrebbe ridurre ulteriormente quella distanza tra rela-



zioni industriali e processo che lo statuto dei lavoratori ed il processo del lavoro hanno colmato solo in parte. Tuttavia, l'impostazione del legislatore, chiaramente condizionata dalla struttura e dalla finalità dell'azione di classe consumeristica, rischia di compromettere questo risultato. Ecco perché sarebbero opportune alcune modifiche normative, per rendere il processo collettivo maggiormente coerente con la struttura delle nostre relazioni industriali. A tal fine, sarebbe necessario utilizzare criteri di selezione dei soggetti legittimati ad agire differenti e precludere a singoli il ricorso all'azione inibitoria di comportamenti datoriali plurioffensivi. Queste modifiche, peraltro, conferirebbero maggiore coerenza ad una legislazione che ha il merito di aver introdotto un processo maggiormente adatto alla tutela di interessi collettivi, ma che rischia di determinare un pluralismo competitivo in ambito giudiziario che può pregiudicare proprio quell'interesse collettivo che si è inteso tutelare in sede processuale.

## 5.

# LA “BELLA GIOVINEZZA” DELL’ART. 28 DELLO STATUTO DEI LAVORATORI

---

Sommario: 1. Premessa. L’art. 28 St. lav. compie 50 anni. – 2. La natura pervasiva della fattispecie “condotta antisindacale”. – 3. La potenza diffusiva del modello di protezione. – 4. La “cittadinanza” (non solo processuale) dell’interesse collettivo nel Diritto del lavoro... – 5. (*Segue*): ...e fuori dal Diritto del lavoro. – 6. Affanni, veri e presunti, della repressione della condotta antisindacale. – 7. La perdurante valenza del modello dell’art. 28 St. lav. dalla parte del lavoro non subordinato: spunti dalla legislazione più recente.

097

### 1. - Premessa. L’art. 28 St. lav. compie 50 anni.

Si attribuisce a Victor Hugo la battuta «i quarant’anni sono la vecchiaia della giovinezza, ma i cinquant’anni sono la giovinezza della vecchiaia» e davanti alle dovute, quanto giuste, celebrazioni del cinquantesimo anniversario della più importante delle leggi del lavoro italiane, lo Statuto dei lavoratori, quel motto di spirito si mostra assai calzante, persino involontariamente impietoso.

Laddove invero, in occasione del quarantennale, la letteratura specialistica si era interrogata sulla perdurante validità – o per usare un termine oggi più di moda, *resilienza* – di quell’importante complesso normativo, rivendicando semmai la necessità di un intervento riformatore capace di ridare vitalità ai suoi principi, affaticati, più che dagli anni, da una visione sempre più economicistica del diritto e dallo spostamento dell’asse della

regolazione dal rapporto al mercato <sup>1</sup>, preoccupa un po' pensare che si possa invece arrivare all'odierna ricorrenza attribuendo alla l. n. 300 del 1970 la stessa deferenza, persino l'affetto, che si riserva a persone un po' più avanti negli anni, ma la cui età sia segnale di una rigida appartenenza al passato. Insomma, che si possa continuare a raccontare molto di ciò che lo Statuto ha rappresentato, sorvolando su un presente un po' in affanno e addirittura imbarazzati di un futuro tutt'altro che certo.

Tali considerazioni valgono ancor di più se la lente di osservazione si focalizza su una sola delle sue norme, l'art. 28, intitolato alla repressione della condotta antisindacale, certamente tra le più originali e impegnative sotto il profilo esegetico: non solo la sua portata «esplosiva» <sup>2</sup>, secondo la definizione di Umberto Romagnoli, è rimasta alquanto in ombra nelle liturgie degli ultimi anniversari, ma la stessa dottrina giuslavoristica, superati gli iniziali e ormai antichi entusiasmi <sup>3</sup>, ha finito per dedicarle poche riflessioni monografiche <sup>4</sup>. Strano destino, invero, per uno strumento che, nell'economia della l. n. 300 del 1970, rappresenta la garanzia della effettività di una visione del lavoro non più atomistica, in cui «i lavoratori sono partecipi della vita civile attraverso le loro organizzazioni, e sono queste il termine di riferimento necessario per una moderna legislazione sui rap-

---

<sup>1</sup> Cfr. in particolare, L. MARIUCCI, *Ridare senso al diritto del lavoro. Lo Statuto oggi*, in *Lav. dir.*, 2010, 1, 5 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Quarant'anni e li dimostra tutti*, in *Lav. dir.*, 2010, 1, 19 ss.; U. ROMAGNOLI, *Tornare allo Statuto*, in *Lav. dir.*, 2010, 1, 39 ss.; T. TREU, *A quarant'anni dallo Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 1, 1, 7 ss.; P. TOSI, *Lo Statuto dei lavoratori (40 anni dopo) tra garantismo e competitività*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 1, 1, 15 ss.; O. MAZZOTTA, *Le molte eredità dello Statuto dei lavoratori*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu*, Napoli, 2011, 307 ss.

<sup>2</sup> U. ROMAGNOLI, *Intervento*, in AA.VV., *Le azioni a tutela di interessi collettivi (Atti del Convegno di Studio di Pavia, 11-12 giugno 1974)*, Padova, 1976, 294.

<sup>3</sup> Basterà in questa sede ricordare gli studi fondamentali di T. TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Milano, 1974; R. VACCARELLA, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Milan, 1977; M.G. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Napoli, 1979.

<sup>4</sup> Se non si incorre in errore, si contano sul tema solo quattro lavori monografici negli ultimi venti anni: M. ESPOSITO, *La condotta antisindacale nelle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2008; O. RAZZOLINI, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale: Studio preliminare a partire da un'analisi comparata*, Milano 2018; G.A. RECCHIA, *Studio sulla giustiziabilità degli interessi collettivi*, Bari, 2018, cui sia consentito rimandare anche per ulteriori approfondimenti sulle osservazioni che in questa sede verranno sviluppate C. DEMARCO, *L'Art. 28 dello Statuto dei lavoratori tra storia e attualità*, Napoli, 2019.

porti di lavoro»<sup>5</sup>. Come è noto, infatti, tale disposizione conferisce agli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali la titolarità soggettiva di un’azione giudiziale che, sulla base di un procedimento assai tempestivo e avente natura sommaria (ma non cautelare<sup>6</sup>) è idonea a colpire ogni atto o comportamento del datore di lavoro, diretto a impedire o limitare l’esercizio della libertà sindacale, dell’attività sindacale o del diritto di sciopero, attraverso un provvedimento di condanna alla cessazione del comportamento illegittimo e alla rimozione dei suoi effetti. Il provvedimento del giudice, immediatamente esecutivo, è peraltro assistito, in caso di inottemperanza da parte del datore di lavoro, dall’applicazione di una sanzione penale (art. 650 c.p.) in un ulteriore processo che ammette la costituzione del sindacato interessato come parte civile.

Sebbene non sia mai venuta meno l’attenzione alla copiosa produzione giurisprudenziale generata dall’art. 28, essa si è caratterizzata sempre più per un atteggiamento assai pragmatico, rivolto ora a stigmatizzare le torsioni che lo stesso strumento subisce, da meccanismo di risoluzione giudiziale del conflitto industriale a terreno anomalo di competizione tra sindacati<sup>7</sup>, ora a puntare il dito su alcuni degli aspetti della fattispecie, quali ad esempio la titolarità dell’azione in giudizio.

---

<sup>5</sup> Così G. GIUGNI, *Le ragioni dell’intervento legislativo nei rapporti di lavoro*, in *Ec. lav.*, 1967, 18, ricordato da F. LISO, *Gino Giugni: appunti per la storia di un progetto di modernizzazione mancato*, in *Dir. Lav. rel. ind.*, 2018, 1, 1 ss.

<sup>6</sup> Dopo aver infatti tentato in prima battuta accostamenti ora al procedimento monitorio (di cui l’art. 28 St. lav. condivide la struttura di procedimento sommario destinato a concludersi con un provvedimento idoneo a divenire immutabile, ma non la medesima *ratio* di economia processuale), ora a quello cautelare *ex art.* 700 c.p.c. (cui è affine solo per urgenza e atipicità del provvedimento, ma non certo per natura cautelare), tanto la dottrina quanto la giurisprudenza hanno rinunciato a inquadramenti impossibili; cfr. D. BORGHESI, *La tutela contro le discriminazioni*, in D. BORGHESI-L. DE ANGELIS, *Il processo del lavoro e della previdenza*, Torino, 2013, spec. 466 ss.

<sup>7</sup> Si pensi, ad esempio alla vicenda Almagora della fine del 2016, in cui il giudice è stato chiamato a valutare l’antisindacalità del comportamento aziendale che aveva dato corso a un licenziamento collettivo nella sede di Roma, per effetto della bocciatura da parte della rsu di una ipotesi di accordo con le organizzazioni confederali, che prevedeva il temporaneo ricorso agli ammortizzatori sociali accanto a meccanismi di uscita a carattere volontario, e nonostante il referendum (che invece approvava lo stesso accordo) indetto da Cgil; il giudice, invocato nei fatti a intercedere in una frattura tra rappresentanze aziendali, lavoratori rappresentati e confederazioni nazionali, ha rigettato il ricorso (Trib. Roma 22 aprile 2017, in *Dejure*). Sulla vicenda, L. VALENTE, *I ruoli del sindacato e delle istituzioni per la soluzione delle crisi occupazionali*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2017, 3, 729 ss.; G. SFORZA, *Crisi della rappresentatività e contrattazione aziendale: riflessioni sollecitate dal caso Almagora*, in *Riv. It., dir. Lav.*, 2017, 4, II, 925 ss.

Tale difficoltà a “maneggiare” oggi la repressione della condotta antisindacale ha numerose ragioni. Alcune sono contingenti: la previsione è rimasta sostanzialmente inalterata, salvo che per aspetti del tutto marginali<sup>8</sup>, resistendo alle trasformazioni del lavoro<sup>9</sup> e alle numerose riforme della sua regolazione<sup>10</sup>, così come agli attacchi diretti quanto a una possibile incostituzionalità<sup>11</sup>. Ma vi è anche una ragione originaria: l’art. 28 St. lav. è una norma che incrocia la dimensione sostanziale con quella rimediale e processuale<sup>12</sup>, collega l’ordinamento intersindacale con quello statale (con inevitabili ripercussioni su entrambi)<sup>13</sup>, ma soprattutto riconosce – e in questo si stacca da un quadro rimasto tradizionalmente legato a una dimensione individuale – la protezione giudiziale di un interesse superindividuale, determinato dalla stessa condizione del lavoro e che si riconosce nel soggetto collettivo, il sindacato, che di quell’interesse si fa portatore. In questo, anzi, la parte “costituzionale” e quella “promozionale” dello Statuto si incontrano, giacché, come è stato scritto, «la strumentazione stabilita dallo Statuto per elevare il tasso di effettività

<sup>8</sup> Si tratta del trasferimento della competenza a decidere del giudizio di opposizione al decreto, *ex art. 28*, commi 2 e 3, allo stesso giudice monocratico di primo grado (l. n. 847 del 1977), e originariamente affidato al Tribunale quando il provvedimento d’urgenza era di spettanza del pretore del lavoro, e dell’ampliamento dell’ambito di applicazione ai comportamenti antisindacali delle pubbliche amministrazioni (l. n. 146 del 1990), per via della iniziale aggiunta dei commi 6 e 7, e della distinzione tra competenza del TAR e del Tribunale ordinario a seconda della plurioffensività o meno dell’illecito, poi superata con la l. n. 83 del 2000.

<sup>9</sup> Da ultimo, M. REVELLI, *Lavoro, trasformazioni sociali e scelte di vita*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, 1, I, 3 ss.

<sup>10</sup> Basterebbe un parallelismo tra l’art. 28 e la dimensione della protezione collettiva, e l’art. 18 dello stesso Statuto, norma simbolo della dimensione individuale della protezione (della stabilità) del lavoro, depotenziato prima nella moltiplicazione delle tutele rimediali per opera della sua riscrittura *ex l. n. 92 del 2012* e poi “sorpasato” dall’avvento del cd. contratto a tutele crescenti (d.lgs. n. 23 del 2015).

<sup>11</sup> L’ultimo tentativo è stato respinto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 89 del 17 marzo 1995, in *Foro It.*, 1995, I, 1735.

<sup>12</sup> M.V. BALLESTRERO, *Uno Statuto lungo cinquant’anni*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, 1, I, 23.

<sup>13</sup> Cfr. M.G. GAROFALO, *Per una teoria giuridica del contratto collettivo. Qualche osservazione di metodo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, 518 ss., e in breve si aggiunge: «la pluralità degli ordinamenti deve fare i conti con il fatto che i diversi ordinamenti insistono, totalmente o parzialmente, sulla medesima società, sugli stessi rapporti sociali e nel medesimo tempo e, quindi, devono per forza entrare in relazione tra di loro: e tale relazione può essere, nell’ottica di ciascuno dei due ordinamenti, di ostilità verso l’altro [...]; di indifferenza; di riconoscimento più o meno ampio, al proprio interno, delle sue norme; fino alla completa compenetrazione che, naturalmente, comporta una *reductio ad unum* dei due ordinamenti e, quindi, il superamento della loro alterità».

dei diritti individuali è costituita dalla legislazione di sostegno alla azione sindacale»<sup>14</sup>.

In questa molteplicità e complessità di piani è da rinvenire la massa critica della repressione della condotta antisindacale di cui non era consapevole, forse, nemmeno lo stesso legislatore del 1970<sup>15</sup>. Ne è traccia non solo l’eccentrica collocazione nella sequenza dell’articolato – l’art. 28 apre infatti il titolo IV dedicato alle «*Disposizioni varie e generali*» – ma anche la sua storia parlamentare. La relazione illustrativa del disegno di legge governativo si limitava a illustrare le finalità della norma senza tuttavia prestarvi particolare rilievo; così si legge: «Si è considerato che l’attività sindacale forma oggetto di tutela costituzionale a norma dell’art. 39, primo comma, della Costituzione, la cui sfera di operatività, per unanime consenso, non deve ritenersi circoscritta ad una preclusione disposta nei confronti di eventuali di eventuali pratiche limitative dei pubblici poteri bensì essere estesa a quelle pratiche limitative attuate dal datore di lavoro, titolare di interessi antagonisti a quelli di cui le associazioni professionali dei lavoratori sono i naturali portatori»<sup>16</sup>. E il dibattito in commissione e in aula si incentrò piuttosto sulla problematica relativa alla legittimazione ad agire, attribuita in prima battuta anche alle rappresentanze sindacali aziendali, e poi richiesta anche per i singoli lavoratori in azienda; poca cosa, in fondo, rispetto alle più aspre critiche all’intero progetto governativo portate, da destra, per la mancata attenzione all’attuazione dell’art. 39 Cost. e, da sinistra, per l’esclusione delle imprese più piccole dalle tutele. Nell’occasione dei suoi cinquant’anni, può apparire quantomai opportuno tornare a indagarne prima gli effetti complessivi che ha avuto sul nostro sistema giuridico e provare a scoprirne poi le possibilità ancora feconde di sviluppo.

---

<sup>14</sup> L. MARIUCCI, *Ridare senso al diritto del lavoro. Lo Statuto oggi*, cit., 15.

<sup>15</sup> La soluzione di un approdo giudiziale del conflitto non era nemmeno particolarmente caldeggiata dallo stesso Autore della legge, più favorevole, come è noto, a soluzioni arbitrali e certamente gestite con l’autonomia tipica dell’ordinamento intersindacale; si v. G. GIUGNI, *Lo Statuto dei lavoratori. Idee di riforma*, in *Barieconomica*, 1993; V. SPEZIALE, *Gino Giugni e la conciliazione in sede sindacale*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT*, 2020, n. 415. Sulle fortune dell’art. 28 St. lav. influirà allora anche la riforma del processo del lavoro 1973, proprio nella restrizione del canale alternativo arbitrale.

<sup>16</sup> SEGRETARIATO GENERALE DEL SENATO DELLA REPUBBLICA (a cura di), *Lo Statuto dei Lavoratori – Progetti di legge e discussioni parlamentari*, Roma, 1974, 59.

## 2. - La natura pervasiva della fattispecie “condotta antisindacale”.

Sono tre i caratteri di novità che hanno decretato il successo della disposizione statutaria: una costruzione della fattispecie aperta, ma teleologicamente determinata, tipizzando il comportamento illegittimo attraverso la direzione in cui si muove la lesione del bene protetto; un meccanismo processuale agile e capace di notevole capacità dissuasiva e ripristinatoria<sup>17</sup>; il riconoscimento della rilevanza, attraverso l’accesso alla tutela processuale, di interessi e soggetti collettivi, dinamicamente considerati senza essere, da un lato, dissolti in interessi e soggetti individuali o, dall’altro, sottoposti alle spinte di una aprioristica istituzionalizzazione. Si tratta di una combinazione singolare e straordinaria che non conosce pari nel nostro ordinamento – e che invero non ritornerà più nella stessa modalità nella legislazione successiva – benché ciascuno di quei caratteri abbia sortito enorme influenza dentro e fuori il Diritto del lavoro.

Quanto al primo elemento, la dizione ampia ed elastica della fattispecie legale protetta («comportamenti diretti ad impedire o limitare l’esercizio della libertà e della attività sindacale nonché del diritto di sciopero») ha salvaguardato la difficoltà – e il consapevole rifiuto – di ipotizzare e tipizzare tutte le possibili fattispecie concrete. All’ampiezza dei contenuti, si è peraltro accompagnata una lettura giurisprudenziale altrettanto teleologica della ricorrenza del requisito della “attualità” (che giustifica l’interesse ad agire), spostando l’attenzione dalla condotta in sé agli effetti pregiudizievole che essa produce (anche solo sul profilo intimidatorio)<sup>18</sup>, e l’affermazione, sempre giudiziale, della irrilevanza dell’elemento psicologico della condotta datoriale, anche in questo caso valorizzando l’oggettiva idoneità a produrre l’effetto che la norma intende impedire<sup>19</sup>.

A dispetto dunque di quelle letture che, ancora a distanza di parecchi anni

---

<sup>17</sup> Cfr. M. ESPOSITO, G. NATULLO, *I limiti del dialogo tra ordinamento sindacale e ordinamento statale nel cono della controversia Fiom vs. Fiat*, in *Dir. lav. merc.*, 2012, 135 ss.

<sup>18</sup> Si v. Cass. civ., 6 giugno 2005, n. 11741, in *Riv. giur. lav.*, 2006, II, 323; App. Milano, 16 luglio 2009, in *Orient. giur. lav.*, 2010, 38; Trib. Palermo, 30 ottobre 2014, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 526.

<sup>19</sup> Secondo la nota prospettazione di Cass., sez. un., 12 giugno 1997, n. 5295, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, 55, con nota di G. MARTINUCCI, *Le Sezioni Unite si pronunciano a favore di una tutela “oggettiva” della libertà sindacale*, poi confermata dalla giurisprudenza successiva (*ex multis*, Cass. civ., 22 aprile 2004, n. 7706; Cass. civ., 17 giugno 2014, n. 13726 in *Dejure*).

dal suo ingresso nel nostro ordinamento, ne suggerivano un ridimensionamento quale «norma sanzionatoria rispetto alle situazioni sindacali fondamentali previste nello statuto»<sup>20</sup>, l’art. 28 si è rivelato invece strumento “onnivoro”, in grado di offrire giustizia, ben oltre lo Statuto. Si pensi ai diritti sindacali riconosciuti dalle leggi in numero sempre più consistente parallelamente all’attribuzione *ex lege* alle parti sociali di ampie funzioni regolative, ma anche dagli stessi contratti collettivi, nel graduale passaggio verso relazioni industriali meno marcatamente conflittuali e più partecipative, cui la disposizione contribuisce appunto a garantire effettività<sup>21</sup>. Ha trovato così ampia capacità di tutela non solo la parte obbligatoria dei contratti collettivi<sup>22</sup>, ma anche quella (a cavallo tra funzione obbligatoria e normativa) dei diritti (strumentali) di informazione e consultazione<sup>23</sup>, e – seppure come ipotesi limite – anche la stessa parte normativa degli accordi collettivi, ovvero gli standard di trattamento dei rapporti di lavoro individuali, quando la loro violazione sistematica finisce per determinare un attentato all’ordine contrattuale e alla stessa immagine del sindacato<sup>24</sup>. L’esplicita codificazione di due chiare ipotesi di condotta antisindacale, rispettivamente contenute all’art. 47, comma 3, l. n. 428 del 1990, circa l’inosservanza degli obblighi di informazione ed esame congiunto nel trasferimento d’azienda o del suo ramo, e all’art. 7 l. n. 146 del 1990, in merito alla violazione della parte obbligatoria dei contratti collettivi del personale dipendente delle pubbliche amministrazioni e dei contratti collettivi che disciplinano il rapporto di lavoro nei servizi pubblici essenziali, se rappresentano l’attestazione di una tendenza espansiva, certamente non sono in grado di chiudere il ragionamento su una casistica sempre più ampia.

Basti sfogliare i repertori degli ultimi anni per averne piena testimonianza.

---

<sup>20</sup> G. PERA, *I limiti dell’azione per condotta antisindacale*, in *Mass. giur. lav.*, 1977, 536

<sup>21</sup> Trib. Bari, 6 settembre 2016, in *Dejure*.

<sup>22</sup> Cass. 17 gennaio 1990, n. 207, in *Mass. giur. lav.*, 1990, 144.

<sup>23</sup> Trib. Milano, 8 giugno 2010, in *Dejure*. L. MARIUCCI, *La contrattazione collettiva*, Bologna, Il Mulino, 1985, 263, sottolineava già come la lesione di tali diritti non implica solo un ostacolo alle prerogative riconosciute al sindacato, in termini di iniziativa, ma ne mina altresì la credibilità agli occhi della “base”, potendo essere avvertito da quest’ultima come un segno di debolezza rispetto alla controparte; similmente, M. MARAZZA, *Social, relazioni industriali e formazione della volontà collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 1, 1, 71 s.

<sup>24</sup> Trib. Torino, 8 gennaio 2001, in *Mass. giur. lav.*, 2001, 302.



La giurisprudenza ha riconosciuto la condotta antisindacale nella mancata consegna a ciascun rappresentante sindacale di copia delle chiavi della bacheca sindacale, poiché un accesso mediato (nel caso in cui gli originali siano custodite in segreteria, o affidate a un collaboratore) mette a rischio la tempestività della condotta antisindacale<sup>25</sup>, così come nell'esiguo preavviso con cui è stato reso noto da parte del datore il luogo messo a disposizione per l'assemblea sindacale<sup>26</sup>. Ancora, l'antisindacalità è stata affermata con riferimento a provvedimenti adottati (almeno in apparenza) in maniera non legata all'azione sindacale, come per la trattenuta di otto ore di retribuzione operata con riferimento a un accordo aziendale sull'orario flessibile, "bloccato" nella sua esecuzione dalla partecipazione a uno sciopero<sup>27</sup> o per la sanzione disciplinare applicata a una dipendente che, a seguito dell'adesione a uno sciopero, non era riuscita a evadere la posta accumulata nel rispetto degli ordinari tempi di consegna<sup>28</sup>. Così come è stata ritenuta antisindacale la sostituzione dei lavoratori in sciopero con personale di livello superiore, cui attribuire, quale attività marginale e complementare, attività non rientranti tra quelle ascritte dall'inquadramento professionale a tali figure, indipendentemente dall'organizzazione concreta del lavoro, o la decisione dell'amministrazione pubblica di avvalersi della facoltà concessa dall'art. 40, comma 3-ter, d.lgs. n. 165 del 2001, di determinazione unilaterale in materie pure rimesse alla contrattazione collettiva di fronte allo stallo delle trattative sindacali, per un comportamento imputabile però alla parte datoriale, che non si presenti alla riunione indetta, e senza che vi sia stata precedentemente una discussione compiuta sulle proposte avanzate<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> Trib. Milano, 27 luglio 2018, in *Dejure*.

<sup>26</sup> Cass. civ., 26 febbraio 2016, n. 3837, in *Guida dir.*, 2016, 13, 71.

<sup>27</sup> La trattenuta, dunque, che andava ad aggiungersi alla mancata retribuzione per le ore non lavorate per via dello sciopero, risultava adottata in adempimento all'accordo aziendale citato, ma finiva comunque per comportare un effetto deterrente rispetto all'adesione dei lavoratori a iniziative dello stesso genere; v. Cass. civ., 19 dicembre 2017, n. 30422, in *Dejure*.

<sup>28</sup> Cass. civ., 19 gennaio 2018, n.1392, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, 2 II, 460, con nota di M.P. MONACO, *L'art. 28 St. lav. fra legittimazione attiva del sindacato e attualità della condotta. Spunti di riflessione*.

<sup>29</sup> Così Trib. Frosinone, 19 giugno 2018, in *Dejure* (ma v. già Trib. Milano, 30 gennaio 2017, in *Dejure*) sull'antisindacalità del rifiuto del datore di lavoro di aprire un tavolo negoziale con qualsivoglia organizzazione sindacale).

In questi, come in molti altri casi, i giudici si trovano a dover tracciare quel confine assai mobile tra ciò che è diritto o prerogativa sindacale e ciò che è invece legittima pretesa datoriale, tenendo ben presenti le difficoltà insite nel tentativo di distinguere tra comportamenti meramente antagonisti – posti in essere sul piano dei rapporti di forza, e quindi rilevanti nel sistema di relazioni industriali ma non giuridicamente – da quei comportamenti che, acquistando rilevanza sul piano del diritto positivo, risultano definibili come antisindacali *ex art. 28 St. lav.* Il discrimine, come è noto, è stato efficacemente sintetizzato<sup>30</sup> nella differenza che passa tra i comportamenti del datore che si muovono *nel* conflitto, accettandolo e accettandone le conseguenze, e quei comportamenti che siano di opposizione *al* conflitto, ovvero di repressione o negazione dello stesso. La formula – è inevitabile, ed è questa la sua forza – rappresenta una bussola per l’interprete ma non disegna la mappa dei comportamenti possibili, legittimi o meno che siano. Anche in questo, però, va cercata la perdurante e pervasiva capacità dello strumento di fare da “reagente” alla fluida dinamica delle relazioni sindacali: a essere indeterminati (e indeterminabili) sono i comportamenti, ma non l’apprezzamento che l’ordinamento giuridico ne fornisce.

### 3. - La potenza diffusiva del modello di protezione.

Ma ciò che ha contribuito al largo fascino dell’art. 28, ancor più della sua ragione sostanziale, sono gli aspetti legati alle modalità di svolgimento del procedimento giudiziale nonché al riconoscimento e al conferimento al soggetto collettivo di un’azione a tutela di un interesse propriamente collettivo. Non solo. La previsione statutaria ha finito per diventare insieme archetipo e stimolo di un più largo accesso delle situazioni superindividuali al giudizio.

Quanto al procedimento, che si caratterizza, oltre che per snellezza e velocità, per un provvedimento giudiziale tendenzialmente definitivo, garantito da meccanismi di coazione indiretta all’adempimento, esso ha

---

<sup>30</sup> Esemplamente da M.G. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell’imprenditore*, cit., 95.

finito per rappresentare il modello non solo per la codificazione di azioni capaci di fornire risposta tempestiva a ulteriori fattispecie di protezione del lavoro – come nel caso delle discriminazioni di genere, attraverso i procedimenti di cui all’art. 37, comma 4<sup>31</sup>, e 38<sup>32</sup> d.lgs. n. 198 del 2006<sup>33</sup>, o dello speciale rito Fornero, introdotto dalla l. n. 92 del 2012 per l’impugnazione del licenziamento individuale<sup>34</sup> – ma anche al di fuori del Diritto del lavoro.

---

<sup>31</sup> Si tratta del ricorso presentato in via d’urgenza dalla consigliera o dal consigliere regionale e nazionale di parità contro discriminazioni dirette o indirette di carattere collettivo. Se il giudizio è instaurato innanzi al tribunale del lavoro, questi «nei due giorni successivi, convocate le parti e assunte sommarie informazioni, ove ritenga sussistente la violazione di cui al ricorso, con decreto motivato e immediatamente esecutivo oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, nei limiti della prova fornita, ordina all’autore della discriminazione la cessazione del comportamento pregiudizievole e adotta ogni altro provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti delle discriminazioni accertate, ivi compreso l’ordine di definizione ed attuazione da parte del responsabile di un piano di rimozione delle medesime» (se è invece competente il TAR, il procedimento segue il rito abbreviato *ex art. 119 c.p.a.*). L’inottemperanza al decreto o alla sentenza pronunciata nell’eventuale giudizio di opposizione comporta l’ammenda fino a 50.000 euro o l’arresto fino a sei mesi, oltre a un meccanismo di *astreinte* per ogni giorno di ritardo nell’esecuzione.

<sup>32</sup> L’ipotesi riguarda l’azione contro le discriminazioni di genere (quelle disciplinate dallo stesso d.lgs. n. 198/2006, ma anche le discriminazioni nell’accesso al lavoro, nella promozione e nella formazione professionale, nelle condizioni di lavoro compresa la retribuzione, nonché in relazione alle forme pensionistiche complementari) e può essere portata dal singolo lavoratore o, per sua delega, delle organizzazioni sindacali, delle associazioni e delle organizzazioni rappresentative del diritto o dell’interesse leso, o della consigliera o del consigliere di parità seguendo il medesimo procedimento descritto nella nota precedente.

<sup>33</sup> Sui procedimenti giudiziari di repressione della discriminazione di genere, cfr. F. AMATO, *L’azione individuale e l’azione collettiva*, in M. BARBERA (a cura di), *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità. Commentario sistematico al d.lgs. 196/2000*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2003, 757 ss.; L. CURCIO, *Le azioni in giudizio e l’onere della prova*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007, 529 ss.; G. DE MARZO, *Le disposizioni processuali*, in G. DE MARZO (a cura di), *Il Codice delle pari opportunità*, Milano, 2007, 369 ss.; A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, Padova, 2010, 269 ss.; E. TARQUINI, *La discriminazione sul lavoro e la tutela giudiziale*, Milano, 2015; A. GUARISO, M. MILITELLO, *La tutela giurisdizionale*, in M. BARBERA, A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Torino, 2019, 445 ss.

<sup>34</sup> Tale procedimento, in realtà, si presenta più come ibrido, con caratteristiche comuni sia al procedimento di cui all’art. 28 St. lav., sia a quello cautelare uniforme, sia al processo sommario di cui all’art. 702-bis c.p.c.; cfr. D. DALFINI, *Il nuovo procedimento in materia di impugnativa del licenziamento (nella l. 28 giugno 2012, n. 92)*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 759 ss.; I. PAGNI, *L’effettività della tutela in materia di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 2, I, 209 ss.; M. CIRULLI, *Il rito Fornero nel sistema della tutela decisoria sommaria*, in *Riv. dir. it. lav.*, 2017, I, 443 ss. Peraltro, la giurisprudenza della Cassazione ha finito per accostare i due procedimenti più di quanto non esplicitamente indicato dal legislatore, i due procedimenti, proponendo anche per il rito Fornero la stabilità del *decisum* della fase sommaria: cfr. Cass. civ., 20 gennaio 2015, n. 797; Cass. civ., 12 ottobre 2016, n. 20571 (ord.), su cui, criticamente, P. LAI, *Contributo all’inquadramento della prima fase del rito Fornero*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, 4, I, 679 ss.

Si pensi al meccanismo per l’adozione urgente di provvedimenti provvisori (blocco dei dati, sospensione del trattamento) a seguito del ricorso al Garante per le violazioni dei diritti di accesso ai dati personali *ex art.* 150, comma 2, d.lgs. n. 196 del 2003, solo di recente abrogato dal d.lgs. n. 101 del 2018 che ne ha restituito la competenza all’autorità giudiziaria ordinaria <sup>35</sup>. Ed ancora, alla riforma del procedimento sommario di cognizione (artt. 702-*bis*, 702 *ter* e 702-*quater* c.p.c.) introdotto con la l. n. 69 del 2009 che, contrariamente a quanto il nome induce a ritenere, non offre una tutela meramente cautelare <sup>36</sup>; prevedendo comunque il contraddittorio tra le parte e quindi l’accertamento del diritto potenzialmente in riferimento, esso è capace invero di produrre una decisione (nella forma, in questo caso, dell’ordinanza) che acquista l’efficacia di cosa giudicata, se non impugnata, entro 30 giorni dalla sua notificazione o comunicazione. Peraltro, per effetto di un indovinato, ma non del tutto sorprendente, ritorno, quello stesso procedimento sommario è stato chiamato a regolare tutte le controversie avverso le discriminazioni, ivi comprese, dunque, quelle in ambito lavorativo (con la sola eccezione delle già richiamate discriminazioni di genere), in un quadro di complessiva riduzione e semplificazione dei procedimenti civili <sup>37</sup>.

L’azione civile contro la discriminazione dell’art. 28 d.lgs. n. 150 del 2011 offre dunque un modello, tendenzialmente unitario <sup>38</sup>, di protezione con-

---

<sup>35</sup> Ricorda come l’art. 28 abbia «fatto scuola» F. CARINCI, *Diritto privato e diritto del lavoro: uno sguardo dal ponte*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, 2007, n. 54, il quale sottolinea però come in questo caso si tratti di misure efficaci e tempestive di tutela di diritti individuali considerati, al tempo stesso, particolarmente esposti e meritevoli.

<sup>36</sup> Cfr. C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, 135 ss.; G.F. RICCI, *La riforma del processo civile*, Torino, 2009, 103 ss.; G. LISELLA, *Modelli decisori nel procedimento sommario di cognizione e termini per appellare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 1, 297 ss.

<sup>37</sup> Con qualche “deviazione” rispetto all’art. 702-*bis* c.p.c. che riguarda la possibilità di stare in giudizio senza assistenza di avvocato, la competenza territoriale nel foro del domicilio del ricorrente, l’onere probatorio, e le disposizioni sulla legittimazione attiva delle associazioni, su cui *infra* nel paragrafo successivo.

<sup>38</sup> A parte le previsioni che continuano a riguardare la discriminazione di genere, il rito sommario richiamato all’art. 28, con le previsioni “proprie” indicate nella nota precedente, si completa poi delle previsioni specifiche *ex art.* 44 T.U. n. 286 del 1998, con riferimento alla discriminazione per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi, *ex artt.* 4 e 5 d.lgs. n. 215 del 2003 con riferimento alla discriminazione per razza o origine etnica, nonché *ex artt.* 4 e 5 d.lgs. n. 216 del 2003 con riferimento alla discriminazione a causa della religione, delle convinzioni personali, degli handicap, dell’età o dell’orienta-

tro le discriminazioni che ribalta quindi quello cui il legislatore si era per anni affidato <sup>39</sup>, e si affianca, perlomeno sotto il profilo funzionale, più che quello strutturale, all'archetipo dell'art. 28 St. lav. Segnale, questo, di una contiguità – se non addirittura sovrapposizione, come si dirà tra breve – della protezione sindacale e della tutela antidiscriminatoria, anche sotto il profilo della dimensione (plurale) dell'interesse protetto.

#### 4. - La “cittadinanza” (non solo processuale) dell'interesse collettivo nel Diritto del lavoro...

Quale terzo (e più importante) elemento di novità, la rottura dell'art. 28 St. lav. con la tradizione processuale di una tutela in dimensione esclusivamente individuale ha sortito, infine, una serie di importanti ripercussioni innanzitutto sul rapporto tra il sindacato e il processo <sup>40</sup>.

Innanzitutto, ha offerto allo stesso sindacato nuovi canali di accesso a una tutela della dimensione collettiva della libertà e dell'attività sindacale, nonché del diritto di sciopero, altrimenti non realizzabile su un piano esclusivamente individuale.

A tanto ha non poco contribuito la giurisprudenza costituzionale che, chiamata a valutare la tenuta del meccanismo selettivo di legittimazione

---

mento sessuale. Si tratta, come risulta assai evidente, di una «azione di collage imposta da una tecnica legislativa davvero criticabile» (A. GUARISO-M. MILITELLO, *La tutela giurisdizionale*, cit., 450).

<sup>39</sup> L'originaria procedura, infatti, contenuta ai commi da 2 a 7 dell'art. 44 T.U. n. 286 del 1998, si snodava secondo una fase sommaria, conclusa con un'ordinanza anticipatoria che, accogliendo o rigettando la domanda, apriva a una successiva fase a cognizione piena; in casi di particolare urgenza, la decisione, in questo caso da emettersi con decreto, poteva essere assunta inaudita altera parte anche solo sulla base di sommarie informazioni. Si trattava dunque di uno speciale provvedimento cautelare con una disciplina da inquadrare in quella più generale degli artt. 669-bis ss. c.p.c.; sul punto, cfr. M.G. GAROFALO-M. MCBRITTON, *Immigrazione e lavoro: note al T.U. 25 luglio 1998, n. 286*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, I, 508 ss.; E. CICCETTI, *L'azione civile contro la discriminazione ex art. 44 T.U. 286/98*, in *Lav. giur.*, 2000, 731 ss.

<sup>40</sup> Per questioni di economia del contributo, in questa sede si può solo ricordare come nello stesso Statuto dei lavoratori siano presenti altre fattispecie – ci si riferisce agli artt. 9 e 16 – che chiamano in causa, in maniera più o meno esplicita, un ruolo attivo in sede giudiziale del sindacato, benché ipotesi si differenziano per fondarsi non tanto su di un interesse di cui è portatore un gruppo organizzato, quanto piuttosto, per dirla con la migliore dottrina, su quello «del quasi-gruppo di lavoratori dell'unità produttiva», interesse che tuttavia, o forse proprio per tale ragione, viene «gestito dai gruppi che in quel quasi gruppo trovano il loro campo di reclutamento» (M.G. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, cit., 205).

attiva, ne ha, da un lato, rimarcato la razionalità nel nome del pericolo di una paralisi dell’attività dell’azione e dell’azione direttiva dell’imprenditore, e, dall’altro, ha aperto – in maniera forse non troppo consapevole e certamente non ancora del tutto esplorata da un punto di vista teorico – a ben più proficui sviluppi. Il Giudice delle leggi ha, infatti, sottolineato che lo speciale procedimento di repressione della condotta antisindacale «non modifica né restringe o limita in alcun modo le tutele già assicurate dalle leggi e dallo stesso Statuto dei lavoratori ai diritti [...] delle associazioni sindacali»<sup>41</sup>. Tanto ha consentito di acquisire la prospettiva di uno strumento, per quanto rapido e dunque particolarmente efficace, “soltanto” aggiuntivo a quelli ordinariamente già riconosciuti alle associazioni sindacali, indipendentemente dalla loro dimensione nazionale, per la tutela degli interessi dei lavoratori che organizzano<sup>42</sup>. E dunque si è avviata la strada per una piena percorribilità del ricorso *ex art. 700 c.p.c.*<sup>43</sup> – che naturalmente, essendo anche esso una procedura d’urgenza ma di natura cautelare, abbisogna dell’ulteriore requisito del *periculum in mora*<sup>44</sup> – ma anche dell’azione ordinaria innanzi al giudice del lavoro, benché i tempi non sempre celeri di quest’ultima la rendano una possibilità meno praticabile<sup>45</sup>. All’organizzazione resterebbe così soltanto la scelta di quale tra le strade possibili azionare, laddove la chiusura della “corsia preferenziale” dell’art. 28 St. lav. non rende comunque l’interesse da questa protetto non azionabile comunque in giudizio.

E peraltro, è appena il caso di evidenziare come la tutela dell’interesse collettivo dell’art. 28 St. lav. abbia trovato nell’ultimo ventennio un possibile ambito di sovrapposizione con la protezione riservata dal diritto

---

<sup>41</sup> Così Corte cost., 6 marzo 1974, n. 54 in *Foro it.*, 1974, I, 963.

<sup>42</sup> La Corte costituzionale ha confermato tale lettura tanto nella sentenza n. 334 del 24 marzo 1988, in *Foro it.*, 1988, I, 1774, che nella sentenza n. 89 del 17 marzo 1995, in *Foro it.*, 1995, I, 1735, l’ultima peraltro che si sia direttamente occupata della norma in parola.

<sup>43</sup> Parla di «rivitalizzazione» della procedura, A. PROTO PISANI, *Il diritto processuale civile*, in L. MENGONI-A. PROTO PISANI-A. ORSI BATTAGLINI, *L’influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1990, 27.

<sup>44</sup> Cfr. L. DE ANGELIS, *Brevi annotazioni sull’incostituzionalità del criterio di legittimazione attiva di cui all’art. 28 dello statuto dei lavoratori*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, n. 195, 2013, 9, rimarcando comunque il ruolo cruciale dell’art. 28 al fine di assicurare l’effettività di tutela.

<sup>45</sup> Eppure, così Cass., sez. un., 16 gennaio 1987, n. 309, in *Giust. civ.*, 1987, I, 1743 e, più di recente, Cass. civ., 29 luglio 2011, n. 16787 in *Dejure*.

antidiscriminatorio del lavoro al fattore «convinzioni personali» del d.lgs. n. 216 del 2003, quando osservato proprio nella sua rilevanza collettiva<sup>46</sup>. L'ipotesi, tutt'altro che remota, della coincidenza di una condotta antisindacale con una discriminazione per motivi sindacali consente così l'esperibilità alternativa di due riti speciali che si differenziano non solo per i diversi criteri di legittimazione attiva – l'associazione sindacale nazionale nell'art. 28 St. lav. e un più ampio «organizzazioni sindacali» per l'art. 5 d.lgs. n. 216 del 2003 – ma anche per le diverse regole processuali (ad esempio, in relazione all'onere della prova, che consente nel rito antidiscriminatorio dell'art. 28, d.lgs. n. 150/2011 di potersi avvalere di «elementi di fatto desunti anche da dati di carattere statistico» sufficienti a generare una presunzione che spetta al convenuto smentire (co. 4)<sup>47</sup>, o al profilo rimediabile, che apre nel primo caso alla eventuale tutela in sede penale e nel secondo si accompagna al risarcimento del danno).

I “casi” FIAT e, più di recente, Ryanair hanno ampiamente dimostrato tale prospettiva. Nel primo, infatti, sul proscenio di una delle più lunghe e cruento sfide tra impresa e sindacato<sup>48</sup>, tra la moltitudine di ricorsi per condotta antisindacale su questioni relative alle trattenute sindacali, al diritto di sciopero, all'applicazione del contratto collettivo e al riconoscimento delle rappresentanze sindacali, è all'improvviso apparsa anche l'azione civile per condotta discriminatoria per la completa assenza, tra i

---

<sup>46</sup> Sulla riconducibilità delle “convinzioni sindacali” all'alveo delle convinzioni personali, cfr. M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., 43 ss.; S. BORELLI-A. GUARISO-L. LAZZERONI, *Le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, in M. BARBERA-A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, cit., spec. 256 ss.; *contra*, A. VALLEBONA, *Ancora confusione tra discriminazioni per convinzioni personali e per affiliazione sindacale*, in *Mass. giur. lav.*, 2013, 1-2, 2 ss.; C. TAMBURRO, *Atti discriminatori e convinzioni personali*, in *Mass. giur. lav.*, 2014, 744 ss.

<sup>47</sup> Cfr. O. BONARDI-C. MERAVIGLIA, *Dati statistici e onere della prova nel diritto antidiscriminatorio*, in O. BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Roma, 2017, 352 ss.; S. VARVA, *Presunzioni e prova statistica nel diritto antidiscriminatorio tra ordinamento italiano, europeo e statunitense*, in W. CHIAROMONTE-M.D. FERRARA (a cura di), *Bisogni sociali e tecniche di tutela giuslavoristica. Questioni aperte e prospettive future*, Milano, 2018, 195 ss.

<sup>48</sup> Cfr. almeno, F. CARINCI, *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 9 ss.; L. MARIUCCI, *Back to the future: il caso FIAT tra anticipazione del futuro e ritorno al passato*, in *Lav. dir.*, 2011, 2, 239 ss.; V. BAVARO, *Rassegna giuridico-sindacale sulla vertenza FIAT e le relazioni industriali in Italia*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, 326 ss.

lavoratori riassunti dalla nuova società del gruppo, di iscritti Fiom<sup>49</sup>. Nel secondo, addirittura, la complessiva strategia dell’azienda<sup>50</sup>, volta, da un lato, a intrattenere relazioni sindacali solo con alcune organizzazioni (peraltro non italiane), escludendo immotivatamente le altre e, dall’altro, a garantirne l’impermeabilità attraverso una clausola contrattuale (cd. collarino)<sup>51</sup> – capace di inibire qualunque partecipazione e attività sindacale e di dissuadere i lavoratori sindacalmente attivi – è stata smontata in giudizio attraverso il ricorso parallelo all’azione per la repressione della condotta antisindacale<sup>52</sup> e a quella antidiscriminatoria<sup>53</sup>.

Può essere forse poco utile in questa sede indagare se tale ampliamento di prospettiva sia apprezzabile meramente come frutto di un’oculata, e indiscutibile, strategia sindacale<sup>54</sup>, o sia piuttosto il segnale della possibilità di una riconfigurazione, in senso dinamico, del totem «interesse collettivo»,

---

<sup>49</sup> Cfr. Trib. Roma, 21 giugno 2012 e App. Roma, 9 ottobre 2012 su S. BORELLI, *Il diritto antidiscriminatorio nella vicenda Fiat/Fabbrica Italia Pomigliano (Fip) – Fiom*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, 2, 369 ss.; L. CALAFA, *La discriminazione fondata sull’orientamento sindacale nel caso Fiom-Cgil c. Fip-Fiat*, in [http://www.europeanrights.eu/public/commenti/orientamento\\_sindacale.pdf](http://www.europeanrights.eu/public/commenti/orientamento_sindacale.pdf); 2012; G. ZILIO GRANDI, *Noterelle sulla vicenda Pomigliano in “appello”: dove non arrivano gli impegni pubblici del datore di lavoro arriva la discriminazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 1143 ss. M. BARBERA-V. PROTOPAPA, *Il caso Fiat: come la tutela antidiscriminatoria riformula il conflitto sindacale*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, 1, I, 163 ss.; in critica ai provvedimenti, A. VALLEBONA, *Le discriminazioni per «convinzioni personali» comprendono anche quelle per affiliazione sindacale: un’altra inammissibile stortura a favore della Fiom-Cgil*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 8-9, 622 ss.

<sup>50</sup> Cfr. S. BORELLI, *La guerra al Ryanair Business Model. Le battaglie di Boscoducale, Busto Arsizio I, Bergamo e Pisa*, in *Riv. giur. lav.*, 2018, 4, II, 626 ss.; G. CALVELLINI, G. FROSECCI, M. TUFO, *The Ryanair case in the Italian and European framework: who decides the rules of the game?*, in *WP CSDL E “Massimo D’Antona”.IT*, n. 148, 2019.

<sup>51</sup> La clausola prevedeva che il personale di cabina contrattasse direttamente con il datore di lavoro e non effettuasse interruzioni di lavoro (*work stoppages*) o qualunque altra azione di natura sindacale, pena l’annullamento di qualunque incremento retributivo o indennitario o cambio turno, concessi sotto la vigenza del medesimo contratto.

<sup>52</sup> Cfr. Trib. Busto Arsizio (decreto) 17 ottobre 2018 e Trib. Busto Arsizio 25 ottobre 2019, commentate da G. ORLANDINI, *Il Tribunale di Busto Arsizio condanna Ryanair per condotta antisindacale*, in [http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Bronzini12-Orlandini\\_nota\\_Busto\\_Arsizio.pdf](http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Bronzini12-Orlandini_nota_Busto_Arsizio.pdf) e, in commento anche alle sentenze della note successiva, G. FROSECCI, *Antisindacalità o discriminazione? La condotta di Ryanair e l’«imbarazzo» sulla scelta dell’azione giudiziale*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, 1, II, 158 ss.

<sup>53</sup> Cfr. Trib. Bergamo, 30 marzo 2018 (ord.) e App. Bergamo, 24 luglio 2019, su cui v. M. BIASI, *Danni punitivi – Il caso Ryanair e l’ingresso del «danno punitivo» nel Diritto del lavoro italiano*, in *Giur. it.*, 2018, 10, 2191 ss.; V. PROTOPAPA, *Il modello Ryanair di fronte al divieto di discriminare in base alle convinzioni personali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, 3, II, 555 ss.; A. ROTA, *Sul divieto di conflitto e affiliazione sindacale: il «modello Ryanair» sotto la lente del diritto antidiscriminatorio*, in *Labor*, 2018, 3, 497 ss.

<sup>54</sup> M. FALSONE, *Tecnica rimediabile e art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *Lav. dir.*, 2017, 3-4, 582.



capace oggi di essere declinato come interesse di gruppo, distinto dall'interesse collettivo sindacale<sup>55</sup>. Vale la pena però rimarcare che il piano della protezione individuale (del soggetto discriminato) si innerva in una dimensione collettiva garantita dall'azione civile contro la discriminazione<sup>56</sup>, nello stesso modo in cui già l'art. 28 St. lav. contempla implicitamente la possibile plurioffensività del comportamento datoriale, nella relazione con le previsioni dell'art. 8 o 15 del medesimo Statuto. E anzi, la possibile coincidenza della condotta antisindacale con una discriminazione per ragioni sindacali consente un ampliamento della strumentazione processuale a disposizione – da un 28 a un altro 28, verrebbe da dire – per la sua rimozione<sup>57</sup>.

Piuttosto, l'espansione del diritto antidiscriminatorio ha determinato non solo il progressivo riconoscimento di un'azione volta a una tutela collettiva contro gli atti discriminatori – riconoscendo finalmente che «l'illecito discriminatorio ha, intrinsecamente, rilevanza superindividuale»<sup>58</sup> – ma altresì l'attribuzione del relativo strumento giudiziale al sindacato<sup>59</sup>. Chi scrive non è del tutto convinto che esista una distinzione “qualitativa” tra l'interesse ad agire contro la limitazione della libertà di assemblea sindacale e quello contro una discriminazione collettiva operata dal datore<sup>60</sup>, se

---

<sup>55</sup> M. BARBERA, V. PROTOPAPA, *Il caso Fiat: come la tutela antidiscriminatoria riformula il conflitto sindacale*, cit., 182.

<sup>56</sup> Diversamente, O. RAZZOLINI, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale*, cit., 83 ss., secondo cui, nelle richiamate controversie sull'assunzione dei lavoratori Fiom, il sindacato agiva non a tutela di un proprio interesse bensì dell'«interesse individuale dei propri affiliati».

<sup>57</sup> Che l'azione *ex art. 28 St. lav.* e quella *ex art. 28 d.lgs. n. 150 del 2011* ben possano essere azionate parallelamente in risposta a uno stesso comportamento era stato sottolineato da Trib. Roma 21 giugno 2012, cit.

<sup>58</sup> D. IZZI, *Discriminazioni di sesso nel rapporto di lavoro: il nuovo regime processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 563.

<sup>59</sup> Cfr. A. DI STASI, *L'interesse collettivo e la vis espansiva della legittimazione processuale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Bari, Cacucci, 2015, 291 ss.

<sup>60</sup> V. da ultimo, G. FROSECCHI, *Antisindacalità o discriminazione? La condotta di Ryanair e l'imbarazzo» sulla scelta dell'azione giudiziale*, cit., 170, secondo cui «con l'azione antidiscriminatoria così formulata, si sposta la natura dell'organizzazione sindacale – da soggetto collettivo che aziona uno strumento giuridico posto a tutela del proprio caratteristico, endemico e, se vogliamo, esclusivo interesse, a soggetto collettivo che agisce in rappresentanza di interessi meritevoli di tutela della classe di cui si erge a protettore, così come potrebbe fare una ben organizzata Ong istituita al fine di combattere le discriminazioni»; e già A. OCCHIO, *La questione dell'uguaglianza nel diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, 95 ss., qui 114: «azioni, si badi, che sono eredi del 28 in tutto tranne che nel suo carattere collettivo, poiché significativamente si tratta di azioni individuali contro le discriminazioni. Questo è il segno che, pur restando la questione antidiscriminatoria sempre collettiva al suo nascere (se è vero

si conviene che l’attributo “sindacale” dell’interesse in parola faccia riferimento all’autotutela di interessi connessi a relazioni giuridiche in cui sia dedotta l’attività di lavoro e che tale connessione debba essere intesa, in senso ampio e soprattutto dinamico, affidandosi proprio alla qualificazione data dallo stesso soggetto collettivo<sup>61</sup>.

L’“esclusività” della protezione del lavoro in capo all’organizzazione può ben coesistere con la “coabitazione” della agibilità giudiziale del diritto antidiscriminatorio, affidata oggi sul piano collettivo, dopo le modifiche della l. n. 101 del 2008, indistintamente alle organizzazioni sindacali oltre che alle associazioni e organizzazioni rappresentative del diritto o dell’interesse leso<sup>62</sup>. Il vero problema è semmai rappresentato dall’accezione della dimensione “collettiva” della discriminazione, che appare limitata esclusivamente alla ipotesi in cui non siano individuabili in modo diretto e immediato i soggetti lesi, come a negare la stessa (possibile) plurioffensività, in una rigida alternativa tra sviluppo collettivo e seriale dell’azione<sup>63</sup>.

Da ultimo, è appena il caso di menzionare come l’art. 28 St. lav. abbia aperto al sindacato anche le porte all’azione civile in sede penale, con riferimento sia alla perseguibilità penale del mancato adempimento all’or-

---

che la stessa idea discriminatoria dipende dalla percezione dell’appartenenza ad un gruppo debole), man mano che ci si è allontanati dal motivo sindacale la tutela processuale dell’art. 28 è stata sì mutuata per altri fattori discriminatori, dal genere in poi, ma in contesti processuali già individualizzati, magari più rispondenti ad un percorso (insieme diversificato e individualizzato) che ha interessato un po’ tutto il cambiamento nel mondo del lavoro».

<sup>61</sup> E allora basterebbe prendere a mo’ di esempio, l’art. 1 dello Statuto CGIL, che si definisce «un’organizzazione sindacale generale di natura programmatica, unitaria, laica, democratica, pluri-etnica, di donne e uomini. Ripudia e combatte ogni forma di molestia, discriminazione e violenza contro le donne e per orientamento sessuale ed identità di genere. Ripudia fascismo e razzismo, sostiene i valori e i principi di legalità e contrasta con ogni mezzo le associazioni mafiose, terroristiche e criminali. *Promuove la lotta contro ogni forma di discriminazione, la libera associazione e l’autotutela solidale e collettiva delle lavoratrici e dei lavoratori* [...]».

<sup>62</sup> Seppur con qualche distinzione, cfr. l’art. 5 d.lgs. n. 215 del 2003 e l’art. 5, d.lgs. n. 216 del 2003, nonché l’art. 4, comma 3, l. n. 67 del 2006.

<sup>63</sup> L’art. 5, comma 3, d.lgs. n. 215 del 2003 e l’art. 5, comma 2, d.lgs. n. 216 del 2003 utilizzano infatti il più restrittivo avverbio «qualora» al posto dell’espressione «anche quando» presente all’art. 37, comma 1, d.lgs. n. 198 del 1996 per la discriminazione di genere o di quella «anche in casi in cui» di cui all’art. 44, comma 10, d.lgs. n. 286 del 1998 per l’azione civile contro la discriminazione per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi. Più generico (ma non per questo più ampio), il riferimento dell’art. 4, comma 3, l. n. 67 del 2006 che legittima all’azione collettiva contro le discriminazioni per disabilità «quando [...] assumano carattere collettivo».

dine di repressione della condotta antisindacale, sia, più in generale, per la tutela della salute dei lavoratori <sup>64</sup>, cui la stessa legislazione in materia di sicurezza ha riconosciuto un preciso ruolo.

##### 5. - (*Segue*): ...e fuori dal Diritto del lavoro.

Appena fuori dal nostro (diretto) ambito di indagine, e in una specie di “intermezzo” del nostro percorso che tornerà utile nelle conclusioni di questo lavoro, il dibattito intorno all’art. 28 St. lav. e la forza espansiva della previsione statutaria, quale modello processuale o anche come momento di accesso al giudizio dell’organizzazione rappresentativa degli interessi di un gruppo o una categoria, hanno sortito sul Diritto privato, principalmente con la l. n. 281 del 1998, considerata come la (prima) legge-quadro sui diritti e gli interessi dei consumatori e degli utenti e sulla tutela collettiva degli stessi, la quale a sua volta ha anche prodotto interessanti commistioni nel riconoscimento di una loro tutela in occasione degli scioperi nei servizi pubblici essenziali <sup>65</sup>.

La stratificazione dei successivi interventi e rimaneggiamenti ha condotto all’approvazione del Codice del consumo (d.lgs. n. 206 del 2005), prevenendo tanto un’azione inibitoria delle clausole vessatorie abusivamente utilizzate o raccomandate nei confronti dei consumatori (art. 37), quanto un’inibitoria generale contro gli atti o i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti (art. 140). In entrambi i casi, l’azione è concessa a soggetti collettivi, ovvero associazioni iscritte nell’«elenco delle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale», tenuto presso il Ministero dello sviluppo economico.

---

<sup>64</sup> La tendenza, sviluppatasi per tutti i primi anni di vigenza dello Statuto, sembrava aver subito un rallentamento con l’introduzione nel 1988 del nuovo codice di procedura penale e con l’istituto dell’intervento «degli enti e delle associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato» (artt. 91-93 c.p.c.), intervento fortemente limitato e limitativo, perché da un lato parzialmente equiparato a quello della persona offesa dal reato – che pure mantiene la facoltà, ove non presti il suo consenso, di escludere detti enti dal processo penale – e dall’altro precisato nel senso che debba trattarsi di associazioni senza scopo di lucro, alle quali siano state riconosciute *ex lege* finalità di tutela degli interessi lesi dal reato. Più di recente, però, Cass. pen., 28 maggio 2015, n. 27183, in *Dejure*, ha ribadito la distinzione tra questo istituto e la costituzione di parte civile, escludendo così la necessità che il sindacato ottenga il previo consenso della persona offesa per spiegare validamente la propria azione in sede penale.

<sup>65</sup> Art. 7-*bis* l. n. 146 del 1990, introdotto dalla novella del 2000 (l. n. 83).

Benché non si sia mai dubitato che l’interesse “plurale” dei consumatori non sia paragonabile a quello “collettivo” dei lavoratori, basato il primo su una omogeneità dell’obiettivo e il secondo su una sintesi tra le possibili opzioni (alla base del processo democratico sindacale), uno “scossone” all’inquadramento sistematico della materia è stato provocato dall’art. 140-*bis* del Codice del consumo, più volte riscritto, ancor prima di entrare in vigore, dedicato alla cd. azione di classe, a tutela di pretese omogenee aggregate e isomorfe, ma anche – con la modifica intervenuta con il d.l. n. 1 del 2012 (conv. in l. n. 27 del 2012) – di «interessi collettivi», ammessi dunque a una tutela risarcitoria<sup>66</sup>.

La formulazione, invero alquanto stravagante, ma comunque dotata di un contenuto precettivo, induce a ritenere che da un punto di vista sistematico l’art. 140-*bis* abbia attribuito la legittimazione ad agire, *iure proprio*, anche alle associazioni dei consumatori, per richiedere l’accertamento ed eventualmente anche il risarcimento del danno (concretamente quantificato rispetto agli eventuali aderenti all’azione) subito dall’interesse collettivo. È noto tuttavia come l’azione di classe abbia sortito scarso successo, ed è anche per questo che si appresta a essere sostituita da un’altra azione di classe, più ampia ma diversamente disegnata (l. n. 31 del 2019), che, come si dirà, potrebbe tornare invero utile anche al Diritto del lavoro.

## 6. - Affanni, veri e presunti, della repressione della condotta antisindacale.

Dati gli indubitabili meriti della norma dello Statuto, anche oltre i confini del Diritto del lavoro, sono almeno tre le criticità che le vengono imputate, quali segni dell’invecchiamento forse di un intero corpo normativo e della ideologia che lo ha informato.

---

<sup>66</sup> Cfr., con riferimento esplicito alle modifiche apportate a seguito della riforma del 2012, A. CARRATTA, *La ‘semplificazione’ dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, Torino, 2012, 161 ss.; A.D. DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie*, Napoli, 2013, 577 ss.; A. GIUSSANI, *L’azione di classe: aspetti processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 341 ss.; R. DONZELLI, *Commento all’140-bis, sez. VI, Profili processuali*, in G. DE CRISTOFARO, A. ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2013, 1040 ss., e da ultimo, A. FREZZA, *Tutela collettiva*, in G. CASSANO-A. CATRICALÀ-R. CLARIZIA (diretto da), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Torino, 2018, 2257 ss.

La prima criticità – che ci sembra possa essere immediatamente respinta – riguarderebbe la circostanza che l’art. 28 St. lav. si usa troppo (o troppo poco, a seconda della prospettiva che si assume) e soprattutto male. Al di là del fatto che il ricorso o meno offerto da una disposizione normativa nulla dice in sé, specie su un arco di tempo così lungo, della bontà della sua costruzione, la fiducia nell’art. 28 risente *ab origine* del mai facile rapporto tra ordinamento intersindacale e ordinamento statale.

Anche nei primi anni della sua vigenza, si era notato come, laddove era maggiore l’integrazione del sindacato come organizzazione, e dunque nelle zone a più alto tasso di industrializzazione, il ricorso giudiziale fosse visto – ragionevolmente, si può aggiungere – con maggiore diffidenza, sicché solo il sindacato più debole ne avrebbe avuto bisogno. Tanto può osservarsi ancora oggi, con la differenza che esso vale, più di un tempo, nelle situazioni di debolezza sindacale “forzata” (si pensi nuovamente, per diverse ragioni, ai casi Fiat e Ryanair); per quanto «l’azione giudiziale non è né potrà mai essere un succedaneo dell’autotutela»<sup>67</sup>, l’art. 28 St. lav. presidia esattamente le situazioni patologiche che nell’ordinamento intersindacale possono determinarsi rispetto ai valori costituzionali che a quella norma sono sottesi. In questo, anzi, la stessa autonomia è complessivamente rispettata e preservata, anche quando sembra che la funzione giudiziale sia elemento di disturbo, se non proprio indebita occupazione di territorio e competenze.

Per il resto, poi, vi sono altri elementi, che chiameremmo sempre “politici” e incidenti sulle attuali fortune dell’azione in parola: i mutati atteggiamenti della magistratura<sup>68</sup> e, più in generale, degli interpreti del diritto – anche laddove si vestono dei “panni d’agnello” nella distinzione tra diritti fondamentali e diritti sociali, e quindi nella predilezione per i primi a danno dei secondi<sup>69</sup> – o la crisi del sindacalismo tradizionale e del sistema

---

<sup>67</sup> Così A. LASSANDARI, *L’azione giudiziale come forma di autotutela collettiva*, in *Lav. dir.*, 2014, 2-3, 327.

<sup>68</sup> Cfr. M. BARBERA, V. PROTOPAPA, *Access to Justice and Legal Clinics: Developing a Reflective Lawyering Space. Some Insights from the Italian Experience*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, n. 141., 2017, 10.

<sup>69</sup> In critica a una tale frattura, S. LAFORGIA, *Diritti fondamentali dei lavoratori e tecniche di tutela. Discorso sulla dignità sociale*, Napoli, spec. 63 ss.

di relazioni sindacali <sup>70</sup>, o ancora il complessivo arretramento della disciplina lavoristica <sup>71</sup>. Si tratta, però, pur sempre di elementi esterni che non mettono in discussione il modello e la sua tenuta

Questione diversa è, dentro il modello, la (limitata) legittimazione ad agire per le sole associazioni sindacali nazionali <sup>72</sup> di cui la Corte costituzionale ha continuato a predicare la razionalità nella sua lettura di sistema che, affiancando l’art. 28 St. lav. agli altri procedimenti ordinari e speciali, lo consegna a «soggetti collettivi particolarmente qualificati, individuati attraverso non un modello, ma una dimensione organizzativa (quella nazionale) idonea a consentire la selezione, tra i tanti possibili, dell’interesse collettivo rilevante da porre a base del conflitto con la parte imprenditoriale» <sup>73</sup>. Una razionalità certamente coerente anche con la tradizione del sindacalismo italiano, se è vero che nell’ultima pronuncia resa espressamente sulla disposizione statutaria <sup>74</sup> i giudici costituzionali fiutavano il possibile vento del cambiamento, affermando che il legislatore avrebbe ben potuto dettare nuove regole idonee a realizzare diversamente i principi di libertà e di pluralismo sindacale del primo comma dell’art. 39 Cost. Il “monito” è stato solo parzialmente intercettato dalla modifica referendaria, avvenuta nel 1995, dell’art. 19 St. lav. e dalla diversa selezione legale dei soggetti abilitati a fruire dei diritti sindacali in azienda, che dopo

---

<sup>70</sup> Cfr. L. BELLARDI, *Sistema politico, legge e relazioni industriali: dalla promozione all’esclusione?*, in AA.VV., *Scritti in onore di M.G. Garofalo*, Bari, 2015, 103 ss.; F. GUARRIELLO, *Crisi economica, contrattazione collettiva e ruolo della legge*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2016, 1, 3 ss.

<sup>71</sup> Impossibile limitarsi a poche segnalazioni bibliografiche per i terremoti vissuti dalla nostra materia nell’ultimo ventennio, e peraltro non solo in Italia; siano consentiti due soli rinvii, di più ampio respiro, a L. MARIUCCI, *Stereotipi, circolarità e discontinuità nel diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2015, 2, 209 ss., e B. CARUSO, G. FONTANA, *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna, 2015.

<sup>72</sup> Sulla riflessione della giurisprudenza intorno al carattere “nazionale” dell’organizzazione sindacale che agisce, oggi assestata sulla sua desumibilità dallo svolgimento di un’effettiva azione sindacale, M. NOVELLA, *Condotta antisindacale e legittimazione ad agire. Il requisito della nazionalità*, in *Lav. dir.*, 1997, 1, 81 ss.; D. BORGHESI, *La tutela contro i comportamenti antisindacali*, in D. BORGHESI-L. DE ANGELIS, *Il processo del lavoro e della previdenza*, cit., 467 ss.; L. TORSELLO, *La persistente attualità dell’art. 28 Stat. lav.*, in *Variazioni sui temi di Diritto del lavoro*, 2017, 3, 675 ss.

<sup>73</sup> Corte cost. 24 marzo 1988, n. 334, in *Mass. Giur. lav.*, 1988, 186 con nota di R. PESSI, “Promozione” delle confederazioni maggiormente rappresentative e “coerenza” al disegno costituzionale.

<sup>74</sup> Corte cost., 17 marzo 1995, n. 89, in *Foro it.*, 1995, I, 1735, con nota di A. CERRI, *Una risposta disattenta della Corte sul requisito del carattere nazionale del sindacato per la legittimazione al ricorso ai sensi dell’art. 28 del c.d. statuto dei lavoratori*.

l'intervento della Corte costituzionale del 2013 è stato vieppiù ampliato alla effettiva partecipazione alle trattative per il contratto collettivo<sup>75</sup>. Quest'ultima sentenza ha disvelato la distanza, oggi siderale, tra il criterio di selezione relativo al riconoscimento legale della rappresentanza sindacale in azienda e quello afferente la portabilità al giudizio della condotta antisindacale, sollevando più di qualche perplessità rispetto all'attuale coerenza dell'art. 28 con i principi costituzionali<sup>76</sup>.

E invero, benché l'art. 19 e l'art. 28 St. lav. rispondano *ab origine* a requisiti e finalità diversi, è evidente che essi oggi appaiono sbilanciati. E ciò non tanto per la persistenza della storica nozione di sindacato nazionale, solo in parte compensata dall'effetto benefico della propagazione del modello e dal progressivo ampliamento delle ipotesi di azione collettiva (richiamate nelle pagine precedenti), quanto per un disequilibrio derivante dalla perdurante incompletezza del disegno legislativo in materia sindacale e dall'assenza di una legge sulla rappresentanza e sulla contrattazione collettiva. C'è un'ultima, e questa volta insuperabile, criticità. L'ampio apprezzamento per il paradigma dell'art. 28 St. lav. incontra comunque, nella sua formulazione, un ambito soggettivo di applicazione limitato al lavoro subordinato. Non è tanto l'attribuzione al sindacato dell'azione a fungere da perimetro – da lungo tempo, ormai, le organizzazioni sindacali ripensano le loro strategie di rappresentanza e azione<sup>77</sup> – quanto l'individuazione del

---

<sup>75</sup> Corte cost., 23 luglio 2013, n. 231, in *Foro it.*, 2013, I, 3368, cui si v. almeno B. CARUSO, *La Corte costituzionale tra "Don Abbondio" e "Il passero solitario": il sistema di rappresentanza sindacale dopo la sent. n. 231/13*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 901 ss.; E. GHERA, *L'articolo 19 dello Statuto, una norma da cambiare?*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2013, 185 ss.; A. GARILLI, *Reciproco riconoscimento e rappresentatività sindacale (spunti ricostruttivi della sentenza della Corte Costituzionale n. 231 del 2013)*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, I, 19 ss.; G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Le rappresentanze sindacali in azienda: contrattazione collettiva e giustizia costituzionale (Atti del Convegno di Roma 16 settembre 2013)*, Napoli, 2014.

<sup>76</sup> La dottrina più attenta reclama pertanto un intervento di "riallineamento" del 28, per mano del legislatore ovvero del giudice costituzionale (L. DE ANGELIS, *Brevi annotazioni sull'incostituzionalità del criterio di legittimazione attiva di cui all'art. 28 dello statuto dei lavoratori*, cit. M. FALSONE, *Tecnica rimediabile e art. 28 dello statuto dei lavoratori*, cit.), o propugna comunque una interpretazione evolutiva, «della "porta aperta", dell'utilizzo del sistema processuale da parte di organizzazioni e organismi titolari dei diritti lesi, che vi abbiano interesse e reagiscono là dove, e nel contesto in cui il comportamento sindacale si è verificato» (R. SANTUCCI, *Il procedimento per la repressione della condotta antisindacale: "vecchie" criticità e "nuove" conformazioni della legittimazione attiva*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, 3, 606).

<sup>77</sup> Sia consentito ancora una volta fare riferimento, sempre a titolo esemplificativo, all'art. 1 dello Statuto CGIL, che oggi include espressamente «la libera associazione e l'autotutela

legittimato passivo al giudizio nel «datore di lavoro»<sup>78</sup>. Nel contesto dello Statuto, la scelta era e resta coerente, ma rischia comunque, se non proprio una marginalizzazione – in fondo il lavoro subordinato rimane numericamente prevalente –, quanto meno di disallinearsi, rispetto alla crescita progressiva e inarrestabile del lavoro parasubordinato e autonomo sottoprotetto, che invece chiede di essere considerato in nome della unità del lavoro di cui all’art. 35 Cost.<sup>79</sup>.

### 7. - La perdurante valenza del modello dell’art. 28 St. lav. dalla parte del lavoro non subordinato: spunti dalla legislazione più recente.

E proprio partendo da quest’ultima criticità è possibile procedere ad alcune osservazioni conclusive anche di tipo prospettico.

Se, come si è appena detto, la dimensione collettiva degli interessi e della loro tutela resta tratto essenziale anche di un Diritto del lavoro che oggi sembra muoversi, in molta parte della sua regolazione, nella direzione opposta e contraria, l’art. 28 St. lav. continua ad assicurarne la tutela giurisdizionale solo per la fattispecie subordinata (e oggi anche quella autonoma ma solo se eterorganizzata dal committente, che alla prima è assimilata dall’art. 2 d.lgs. n. 81 del 2015, e con uno sforzo interpretativo, anche per le collaborazioni coordinate e continuative *tout court*).

Ebbene, c’è bisogno di trovare meccanismi funzionalmente equivalenti di accesso effettivo alla giustizia anche dall’altra parte della ideale staccionata qualificatoria che divide il lavoro subordinato dall’autonomo.

---

solidale e collettiva delle lavoratrici e dei lavoratori *dipendenti o eterodiretti, di quelli occupati in forme cooperative e autogestite, dei parasubordinati, degli autonomi non imprenditori e senza dipendenti, dei disoccupati, inoccupati, o comunque in cerca di prima occupazione, delle pensionate e dei pensionati, delle anziane e degli anziani*» (corsivo nostro).

<sup>78</sup> Cfr. Cass. civ., 24 settembre 2015, n. 18975, in *Dejure*, che ne ha escluso l’invocabilità a tutela degli interessi collettivi dei collaboratori coordinati e continuativi («Il Collegio non ignora che questa Corte ha talora adombrato, con pronunce risalenti, l’estensione della tutela di cui all’art. 28 St. lav. alla cd. parasubordinazione (Cass. civ., n. 1914 del 1986, richiamata incidentalmente da n. 9722 del 2001 e da n. 14040 del 2002). Tuttavia, l’enunciato su cui tale sentenza si fonda muove dal mero dato formale accomunante costituito dall’assoggettamento sia delle controversie relative a rapporti di lavoro subordinato, sia di quelle relative a rapporti di collaborazione coordinata e continuativa alla medesima disciplina di cui all’art. 409 cod. proc. civ. Questa però ha un rilievo solo processuale – come si è detto in precedenza – e non può costituire di per sé il fondamento di una lettura estensiva dell’art. 28 Stat.»).

<sup>79</sup> M.G. GAROFALO, *Unità e pluralità del lavoro nel sistema costituzionale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, 1, 21 ss.



*De jure condendo*, tanto richiederebbe un completo ripensamento dello strumento, che forse non è né nei programmi né nell'ideologia dell'attuale politica del lavoro.

*De jure condito*, però, si possono offrire due suggestioni, che arrivano proprio dagli ambiti in cui è stato lo stesso art. 28 St. lav. a fare da modello. Il primo è contenuto nella l. n. 81 del 2017, contenente tra l'altro misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale, in un apparato regolativo che in parte riproduce ed estende diritti e garanzie a lungo riservate ai soli lavoratori dipendenti, e poi attribuite a categorie di lavoratori parasubordinati, e in parte si modella sulla disciplina civilistica dei rapporti tra le imprese, o meglio sulle correzioni eterodeterminate delle situazioni di dipendenza economica o di disparità contrattuale tra le stesse, attraverso l'introduzione di regole specifiche o di rinvii a normative già esistenti. Tra questi, deve segnalarsi il rinvio al d.lgs. n. 231 del 2002 che si applica, in quanto compatibile «anche alle transazioni commerciali tra lavoratori autonomi e imprese, tra lavoratori autonomi e amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, o tra lavoratori autonomi, fatta salva l'applicazione di disposizioni più favorevoli della legge»<sup>80</sup>. Tra le norme compatibili, vi è certamente l'azione di «tutela degli interessi collettivi» (art. 8 del decreto), che prevede una specifica legittimazione attiva delle associazioni di categoria – e dunque qui riferibile alle associazioni di categoria dei lavoratori autonomi<sup>81</sup> – per l'accertamento e la rimozione della «grave iniquità» delle condizioni generali concernenti il termine di pagamento, il saggio di interessi moratori o il risarcimento per i costi di recupero. Si tratta di ipotesi tipizzate, ma che possono essere azionate tanto in via preventiva e potenziale, indipendentemente quindi dall'effettivo utilizzo nei contratti (in questo stipulati dai lavoratori autonomi della l. n. 81 del 2017), quanto in via successiva, di fronte al danno

---

<sup>80</sup> Cfr. M. MATTIONI, *La tutela del lavoro autonomo nelle transazioni commerciali (art. 2) e le clausole e le condotte abusive (art. 3, commi 1-3)*, in G. ZILIO GRANDI-M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova, 2018, 265 ss.; F. DI NOIA, *La tutela "civilistica" del lavoratore autonomo nelle transazioni commerciali*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale*, Bergamo, 2018, 134 ss.

<sup>81</sup> Quelle, però, le cui rappresentanze siedono nel CNEL così come le associazioni di categoria degli imprenditori cui l'art. 8 direttamente si riferisce.

che possono aver concretamente causato, e a prescindere dall’azione individuale del lavoratore autonomo.

Il secondo, e forse più importante, spunto è rappresentato dalla *class action*, come (ri)regolata con la l. n. 31 del 2019, che l’ha trasformata in un istituto di carattere generale, esperibile per la tutela dei diritti, ben al di là del suo originario ambito di protezione dei consumatori. La recente riforma, che tuttavia non è ancora entrata in vigore <sup>82</sup>, nel traghettare l’azione di classe, già introdotta nel 2010, dal Codice del Consumo al Codice di procedura civile (art. 840-*bis* c.p.c.), ha eliminato ogni riferimento a utenti e consumatori, disegnando così un’azione (generale, eventualmente anticipata da un’azione inibitoria) esperibile ai fini risarcitori e restitutori per la tutela di «diritti individuali omogenei» derivanti, tra l’altro, dall’esercizio dell’attività imprenditoriale: è una dizione assai ampia, che fa dunque riferimento a tutte le possibili situazioni di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Se è pur vero che la norma non fa più riferimento espresso alla tutela degli interessi collettivi, l’azione resta esperibile non solo da parti dei singoli soggetti appartenenti alla «classe» protetta, ma anche delle organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro che ne tutelino gli interessi <sup>83</sup>.

In tale prospettiva, la nuova azione di classe potrebbe trovare proficua applicazione proprio ai rapporti che restano oggi esclusi dalla tutela dell’art. 28 St. lav. e dalle altre misure di raccordo giudiziario tra la dimensione collettiva del lavoro e la sua protezione. Un primo – e assai attuale impiego – potrebbe essere quello della sua esperibilità nella tutela dei rapporti di lavoro dei *riders* della recente l. n. 128 del 2019. Nei diritti che il provvedimento disegna per i lavoratori che non possano essere ricondotti allo schema della collaborazione eterorganizzata (e dunque alle tutele del lavoro subordinato), si possono già individuare situazioni soggettive plurime – relativamente al compenso, alla sicurezza, ai divieti di discriminazione – che possono essere lese dalle condotte scorrette o abusive delle piattaforme (o meglio, delle imprese che le gestiscono). Nelle organizza-

---

<sup>82</sup> La nuova normativa sarebbe dovuta entrare in vigore il 18 aprile 2020, ma il termine è stato posticipato prima al 18 ottobre 2020 e poi al 18 novembre 2020.

<sup>83</sup> Cfr. S. BRAZZINI-P.P. MUÀ, *La nuova class action*, Torino, 2019.

zioni sindacali, cui pure la legge già attribuisce specifiche competenze per tale categoria di lavoratori, si può certamente individuare il soggetto, portatore nel suo dna della tutela del lavoro, che invochi la legittimazione ad agire in difesa di quei diritti.

Oltre il 28 St. lav., dunque, ma sempre nel solco da questo tracciato.

## 6. CONDOTTA ANTISINDACALE, DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE PER MOTIVI SINDACALI E ONERE DELLA PROVA

---

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il coordinamento tra le azioni processuali potenzialmente esperibili in caso di violazione del principio di libertà sindacale. – 3. Il rapporto tra l'azione collettiva *ex art. 28 St. lav.* e l'azione individuale *ex art. 414 c.p.c.* – 4. Il rapporto tra l'azione di repressione della condotta antisindacale e il rito speciale in materia di contrasto alle discriminazioni di cui all'art. 28 d.lgs. n. 150 del 2011. – 5. La specialità del regime probatorio previsto dall'art. 28, comma 4, d.lgs. n. 150/2011. – 6. L'estensione del regime probatorio *ex art. 28, d.lgs. n. 150 del 2011*, al procedimento di repressione della condotta antisindacale: una soluzione possibile?

123

### 1. - Premessa.

La centralità acquisita negli anni più recenti dal diritto antidiscriminatorio, dovuta principalmente ai mutamenti (a volte convulsi) intervenuti nella materia del diritto del lavoro, si è accompagnata ad alcune incertezze di natura interpretativa ascrivibili, non solo all'ambigua formulazione del dettato legale, ma anche alla poca dimestichezza mostrata dalla giurisprudenza nazionale con le nozioni e gli istituti propri di tale disciplina<sup>1</sup>. In questo senso, un esempio significativo è offerto dalla discriminazione per

---

<sup>1</sup> Cfr. M. PERUZZI, *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Torino, 2019, 148; S. VARVA, *Presunzioni e prova statistica nel diritto antidiscriminatorio tra ordinamento italiano*,

motivi sindacali, il cui inquadramento giuridico ha sollevato dubbi sia in relazione alla sua riconducibilità tra i fattori protetti dalla normativa interna, sia rispetto alle tecniche rimediali predisposte dall'ordinamento italiano per la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori. Se, sotto il primo profilo, sembra essersi ormai consolidato l'orientamento che annovera la menzionata fattispecie all'interno della generale nozione di "convinzioni personali", ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. a, d.lgs. n. 216 del 2003<sup>2</sup>, di attuazione della direttiva 2000/78/CE; sul piano dei rimedi e delle tecniche processuali, invece, permangono tuttora alcune criticità che rischiano di compromettere l'effettività delle relative tutele. A tale proposito, sono infatti due i profili che si intendono vagliare in questa sede e attengono: da un lato e in via preliminare, al coordinamento tra le diverse azioni potenzialmente esperibili a fronte di un comportamento datoriale lesivo del principio di libertà sindacale; dall'altro – anche sulla scorta di una recente pronuncia dei giudici di legittimità – all'esportabilità del

européo e statunitense, in W. CHIAROMONTE-M.D. FERRARA (a cura di), *Bisogni sociali e tecniche di tutela giuslavoristica*, Milano, 2018, 195 ss.

<sup>2</sup> Cfr., in dottrina, A. QUAINI, *Discriminazione sindacale: il Tribunale di Bergamo arricchisce di un nuovo capitolo il romanzo Ryanair*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, 1231 ss., nota a Trib. Bergamo, 30 marzo 2018 (ord.); F. MARINELLI, *Sulla (in)applicabilità della tutela antidiscriminatoria alle organizzazioni dei lavoratori protette dall'art. 39 Cost.: premesse per una ricerca*, in *Working Paper Adapt*, n. 4, 2018, 8; M. BARBERA-V. PROTOPAPA, *Il caso Fiat: come la tutela antidiscriminatoria riformula il conflitto sindacale*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, II, 163 ss.; S. BORELLI, *Il diritto antidiscriminatorio nella vicenda Fiat/Fabbrica Italia Pomigliano (Fip)-Fiom*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, 369, nota a Trib. Roma, 21 giugno 2012 (ord.); F. GHERA, *L'ordinanza del Tribunale di Roma sulla mancata assunzione di iscritti alla Fiom nello stabilimento di Pomigliano*, in *Rivista AIC*, 4, 4; A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2010, 1 ss.; *contra*, F. SANTINI, *I diritti dei lavoratori tra dimensione individuale e collettiva delle tutele*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, 1611 ss.; A. VALLEBONA, *Le discriminazioni per "convinzioni personali" comprendono anche quelle per affiliazione sindacale: un'altra inammissibile stortura a favore della Fiom-Cgil*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 622; G. ZILIO GRANDI, *Noterelle sulla vicenda Pomigliano in "appello": dove non arrivano gli impegni pubblici del datore di lavoro arriva la discriminazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 1145, nota a Trib. Roma, 21 giugno 2012 (ord.). In giurisprudenza, cfr. Trib. Ariano Irpino, 3 febbraio 2004, in *Giur. mer.*, 2007, 3, 662 ss., con nota di M. VACCARI, *Le molestie ai danni del lavoratore: tra discriminazione e mobbing*; Trib. Brescia, 7 febbraio 2011 (ord.) e Trib. Brescia, 29 novembre 2010 (ord.), in *Riv. giur. lav.*, 2011, II, 405 ss., con nota di V. PROTOPAPA, *Sul divieto di discriminare sulla base delle convinzioni personali: il caso del "Sole delle Alpi"*; Trib. Bergamo ord. 30 marzo 2018, in *Arg. dir. lav.*, 2018, 1611 ss., con nota di F. SANTINI, *I diritti dei lavoratori tra dimensione individuale e collettiva delle tutele*; in *Dir. rel. ind.*, 2018, 1231 ss., con nota di A. QUAINI, *Discriminazione sindacale: il Tribunale di Bergamo arricchisce di un nuovo capitolo il romanzo Ryanair*; in *Giur. it.*, 2018, 2196 ss., con nota di M. BIASI; Trib. Busto Arsizio, 5 febbraio 2018 (decr.), in *Arg. dir. lav.*, 2018, 1611 ss., con nota di F. SANTINI, *I diritti dei lavoratori tra dimensione individuale e collettiva delle tutele*, cit.

regime probatorio previsto dall'art. 28, comma 4, d.lgs. n. 150 del 2011, nell'ambito di procedimenti differenti e, segnatamente, di quello per la repressione della condotta antisindacale ex art. 28 St. lav.<sup>3</sup>

Prima di soffermarsi su tali aspetti, però, pare opportuno riprendere, sia pure brevemente, le principali argomentazioni che consentono di qualificare l'affiliazione sindacale in termini di "convinzioni personali", garantendo così al lavoratore l'accesso allo statuto protettivo previsto in caso di discriminazione. Tale soluzione interpretativa – proposta in occasione delle ben note vicende processuali intercorse tra la Fiat e la Fiom-Cgil, che rappresenta una sorta di *leading case* nell'ordinamento italiano – si muove all'interno di un sistema giuridico complesso perché caratterizzato da una molteplicità di livelli di tutela: quello nazionale, imperniato attorno ai divieti di discriminazione per ragioni ideologiche; quello europeo, di cui alla direttiva 2000/78/CE e ai principi generali sanciti dai Trattati; quello della CEDU, che interagisce e si integra nell'ordinamento dell'Unione.

In assenza di definizione da parte della direttiva 2000/78/CE, la nozione di "convinzioni personali" è stata infatti interpretata dalla giurisprudenza italiana sulla base dei "principi generali contenuti nelle norme di riferimento europee"<sup>4</sup>. Tra questi, l'accento è stato posto sulla libertà di pensiero, di coscienza e religione di cui all'art. 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (c.d. Carta di Nizza), nonché sul principio di non discriminazione sancito dall'art. 21 della medesima, tenuto anche conto della natura non esaustiva dell'elenco di fattori ivi menzionati (tra i quali, oltre alle convinzioni personali, spiccano «le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura»). È, infatti, sulla base di tali previsioni che, ad avviso dei giudici, la direttiva 2000/78/CE, tutelando le convinzioni personali avverso le discriminazioni, avrebbe dato ingresso nell'ordinamento comunitario "al formale riconoscimento (seppure nel solo ambito della regolazione dei rapporti di lavoro) della cd. libertà ideologica il cui ampio contenuto materiale può essere stabilito anche facendo riferimento all'art. 6 del TUE e, quindi, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo"<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Lo spunto, in particolare, è offerto da Cass. civ., 2 gennaio 2020, n. 1, su cui v. *infra* § 6.

<sup>4</sup> Cfr. App. Roma, 9 ottobre 2012.

<sup>5</sup> Cfr. Cass. civ., 2 gennaio 2020, n. 1.

Per individuare il significato da attribuire alle “convinzioni personali” quale espressione di tale libertà, i giudici hanno, dunque, richiamato gli artt. 9 e 10 CEDU (da leggere in combinato disposto con gli artt. 6 TUE e 52 della Carta di Nizza <sup>6</sup>), così come interpretati dalla giurisprudenza della Corte EDU. Quest’ultima, in particolare, ha chiarito come il termine “convinzioni” non sia sinonimo di “idee” o “opinioni” menzionate nell’art. 10, che protegge la libertà di espressione, ma sia più affine al termine “credo” di cui all’art. 9, che tutela la libertà di pensiero, di coscienza e di religione. La formula in esame, implicando «un certo livello di rigore, serietà, coerenza ed importanza», evocherebbe dunque «una sorta di credo laico non contrapposto, ma complementare a quello religioso», del quale l’affiliazione sindacale sembra costituire una delle possibili manifestazioni. E ciò in quanto essa si sostanzia nella «professione pragmatica di una ideologia [...] connotata da specifici motivi di appartenenza ad un organismo socialmente e politicamente qualificato a rappresentare opinioni, idee, credenze suscettibili di tutela in quanto oggetto di possibili atti discriminatori» <sup>7</sup>.

---

126

Simile impostazione risulta, peraltro, avallata anche alla luce dell’art. 11 della Cedu. L’affermazione della libertà di associazione, comprensiva del diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire ad essi per la difesa dei propri interessi, nell’interpretazione offerta dalla Corte europea dei diritti dell’uomo postula, infatti, necessariamente l’esistenza di un divieto di discriminazione sulla base dell’affiliazione sindacale, che si pone quale condizione di effettività dei diritti sanciti dall’art. 9 CEDU <sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> In particolare, l’art. 6 TUE riconosce alla Carta di Nizza valore giuridico pari a quello dei Trattati e sancisce il rispetto dei diritti fondamentali tutelati dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, in quanto principi generali dell’ordinamento europeo; mentre l’art. 52 della Carta di Nizza sancisce che “laddove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione”. Tale ultima previsione rileva in relazione alla corrispondenza tra l’art. 9 CEDU e l’art. 10 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, che sanciscono entrambi la libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Come si legge nelle spiegazioni relative all’art. 10, allegate alla Carta di Nizza: «Il diritto garantito al paragrafo 1 corrisponde a quello garantito dall’articolo 9 della Cedu e, ai sensi dell’art. 52, paragrafo 3 della Carta, ha significato e portata identici a detto articolo».

<sup>7</sup> Cfr., ancora, App. Roma, 9 ottobre 2012.

<sup>8</sup> Cfr. V. REMIDA, *Il ruolo della soft-law nella protezione multilivello dell’autonomia collettiva*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, I, 783 ss.

## 2. - Le azioni processuali potenzialmente esperibili in caso di violazione del principio di libertà sindacale.

Se, sul piano sostanziale, l'inclusione del fattore sindacale nell'ambito delle convinzioni personali di cui all'art. 2, comma 1, lett. a, d.lgs. n. 216 del 2003, consente al lavoratore l'accesso allo statuto protettivo accordato dall'ordinamento in caso di discriminazioni, sul versante processuale – come si è anticipato – l'effettività della tutela in caso di violazione del principio di libertà sindacale rischia di essere pregiudicata dalla pluralità di azioni potenzialmente esperibili, di cui non sempre è agevole il coordinamento. Emblematica, in questo senso, è ancora una volta la vicenda giudiziaria tra Fiat e Fiom-Cgil, ove l'accertamento della condotta discriminatoria dettata da ragioni sindacali – per la mancata riassunzione di diciannove lavoratori iscritti alla Fiom presso gli stabilimenti di Fabbrica Italia Pomigliano – venne promosso ai sensi del d.lgs. n. 216 del 2003 con ricorso *ex artt. 702-bis c.p.c. e 28, d.lgs. n. 150 del 2011*. All'esito del giudizio, il Tribunale e la Corte d'Appello di Roma (rispettivamente con ordinanza del 21 giugno 2012 e con sentenza del 9 ottobre 2012) hanno ammesso in tale materia l'esperibilità del rito speciale, sulla base della lettura estensiva del termine “convinzioni personali” poc'anzi richiamata<sup>9</sup>. Diversamente, infatti, alla stregua di un'interpretazione letterale della disposizione, non sembra possibile ammettere il rito *ex art. 28 d.lgs. n. 150 del 2011*, poiché il fattore di discriminazione sindacale nel nostro ordinamento è espressamente richiamato solo dall'art. 15 l. n. 300/1970, che non figura tra le norme menzionate dal decreto del 2011.

È pur vero, però, che in simili fattispecie il sindacato potrebbe comunque agire mediante il procedimento di repressione della condotta antisindacale *ex art. 28 l. n. 300 del 1970*, e i singoli lavoratori con un'azione ordinaria *ex art. 414 c.p.c.*, nonché, trattandosi di condotta antisindacale plurioffensiva, sia il lavoratore, sia il sindacato potrebbero esperire il ricorso *ex art. 414 c.p.c.*

La questione, se possibile, si complica nel caso in cui l'atto datoriale illegittimo si sostanzi in un licenziamento discriminatorio per motivi sin-

---

<sup>9</sup> Nello stesso senso, di recente, Trib. Bergamo, 30 marzo 2018 (ord.), cit.



dacali <sup>10</sup>. In proposito, occorre anzitutto distinguere a seconda che il lavoratore sia stato assunto prima del 7 marzo 2015 ovvero a partire da tale data. Nel primo caso, egli potrà agire unicamente con il rito *ex art. 1*, commi 47 ss., l. 28 giugno 2012, n. 92, in quanto obbligatorio; nel secondo caso, mentre per l'opinione dottrinale maggioritaria dovrebbe agire esclusivamente *ex art. 28 d.lgs. n. 150 del 2011* (del pari obbligatorio), secondo la giurisprudenza costante potrebbe pure azionare il ricorso *ex art. 414 c.p.c.* <sup>11</sup>. Quanto al sindacato, se si accoglie la tesi dell'obbligatorietà del rito dovrebbe agire esclusivamente *ex art. 28 d.lgs. n. 150 del 2011*, in caso contrario potrebbe agire (come appare preferibile) anche *ex art. 28 l. n. 300 del 1970* (il che implica la possibilità di ricorrere anche *ex art. 414 c.p.c.*) <sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr. L. DE ANGELIS, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 250, 2015, 15, che definisce la situazione processuale in cui versano le azioni contro i comportamenti discriminatori del datore di lavoro come una «Babele». Sul punto, si v. anche D. BORGHESI, *L'onere della prova nei licenziamenti disciplinari e discriminatori*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, I, 874 ss.; E. TARQUINI, *Le discriminazioni sul lavoro e tutela giudiziale*, Milano, 2015, 19 ss.

<sup>11</sup> La tesi della generale obbligatorietà del rito speciale *ex art. 28 d.lgs. n. 150 del 2011*, è argomentata a partire dal mancato richiamo dei commi 2 e 3, art. 702-ter c.p.c. nella parte in cui prevedono la possibilità di dichiarare inammissibile la domanda e di convertire il rito sommario di cognizione in rito ordinario. Sul punto v. C. DELLE DONNE, *Commento sub art. 28*, in B. Sassani-R. Tiscini (a cura di), *La semplificazione dei riti civili*, Roma, 2011, 255; G. FIGARELLA *La tutela giudiziaria contro le discriminazioni*, in *Giust. proc. civ.*, 2013, 247.

<sup>12</sup> In giurisprudenza, App. Milano 15 aprile 2014 si è occupata di stabilire se il licenziamento discriminatorio intimato a lavoratori assunti prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 23 del 2015 debba essere necessariamente impugnato con il rito Fornero ovvero se si possa utilizzare il procedimento per la repressione dei comportamenti discriminatori ovvero se, ancora, si possa ricorrere al rito «ordinario» del lavoro. Nel caso di specie, in particolare, «la domanda principale era diretta all'accertamento del comportamento discriminatorio della società la cui conseguenza, in caso di accoglimento, avrebbe dovuto essere la rimozione degli effetti di tale discriminazione; effetti che non potevano che comportare la dichiarazione di nullità del licenziamento con applicazione delle conseguenze previste dall'art. 18 St. lav. ovvero di quelle previste dal diritto comune della rimessione in servizio. In questo contesto, pertanto, la domanda diretta a ottenere la nullità/inefficacia del licenziamento non può essere qualificata come "domanda avente per oggetto l'impugnazione del licenziamento nelle ipotesi regolate dall'art. 18 St. lav." così come richiesto dalla l. n. 92 del 2012 per l'applicazione del rito sommario ivi previsto, non essendo essa proposta in via autonoma ma come mera conseguenza di un previo accertamento, ossia come misura diretta a rimuovere la situazione illecita». Secondo D. BORGHESI, *L'onere della prova nei licenziamenti disciplinari e discriminatori*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, I, 878, la Corte, a fronte di un licenziamento discriminatorio, sembra rimettere alla parte la scelta di impugnarlo come tale ovvero come atto discriminatorio, seguendo poi la via procedurale più appropriata. Il che, però, finisce per introdurre una distinzione del tutto fittizia tra licenziamento considerato come tale e licenziamento come atto discriminatorio.

Di qui il dubbio, condiviso da una parte della dottrina<sup>13</sup>, se realmente il fattore sindacale di discriminazione possa ricondursi alle “convinzioni personali” di cui all’art. 2 d.lgs. n. 216 del 2003. Se così è, escludendo l’obbligatorietà dell’azione *ex art. 28* d.lgs. n. 150 del 2011, si deve allora postulare l’esistenza di tre distinte azioni alternative nella disponibilità del sindacato. Tuttavia, anche ad accogliere la tesi dell’obbligatorietà del rito antidiscriminatorio, probabilmente ne deriverebbe la sola preclusione dell’azione ordinaria (che, per le controversie di lavoro, è quella *ex art. 414 c.p.c.*), non anche di quella *ex art. 28 l. n. 300 del 1970*.

### 3. - Il rapporto tra l’azione collettiva *ex art. 28 St. lav.* e l’azione individuale *ex art. 414 c.p.c.*

Le considerazioni che precedono inducono allora ad interrogarsi sui rapporti intercorrenti tra le diverse azioni esperibili dal sindacato, anche al fine di valutare se e in che modo sia compatibile con le caratteristiche di ciascuna l’eventuale estensione dell’onere probatorio previsto nell’ambito del rito antidiscriminatorio.

L’esigenza di chiarire i rapporti tra l’azione collettiva *ex art. 28 St. lav.* e quella individuale (*ex art. 414 c.p.c.*) si è, per vero, tradizionalmente posta nei casi di condotta datoriale plurioffensiva, cioè idonea a ledere non soltanto interessi propri del sindacato, ma altresì di singoli lavoratori, con due possibili risvolti processuali: l’instaurazione, da un lato, del giudizio ai sensi dell’art. 28 *St. lav.* promosso dal sindacato, dall’altro, del giudizio ordinario promosso dai prestatori di lavoro.

Per risolvere i molteplici problemi di coordinamento tra azione collettiva e individuale, la dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato varie soluzioni. La tesi prevalente (detta del “parallelismo delle azioni”) postula l’indipendenza dei giudizi, considerata la diversità dei rispettivi presupposti, soggetti, *petitum*, *causa petendi* e contenuto dei provvedimenti conclusivi<sup>14</sup>. Una seconda tesi sostiene la continenza dell’azione collettiva in

---

<sup>13</sup> Cfr. F. SANTINI, *I diritti dei lavoratori tra dimensione individuale e collettiva delle tutele*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, 1231 ss.

<sup>14</sup> In questo senso, in dottrina, si veda R. VACCARELLA, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1977, 70 ss.; M.G. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento*

quella individuale, poiché il sindacato agirebbe come sostituto processuale del singolo lavoratore<sup>15</sup>. Una terza tesi, infine, riconosce l'esistenza di un rapporto di pregiudizialità tra la pronuncia *ex art. 28 St. lav.* e quella *ex art. 414 c.p.c.*, con sospensione necessaria del processo individuale ai sensi dell'art. 295 c.p.c.<sup>16</sup>.

La modalità di coordinamento tra le azioni rileva pure agli effetti del giudicato. Se si accoglie infatti la tesi maggioritaria, e si esclude dunque ogni interferenza tra i giudizi, la possibilità di contrasto tra i giudicati è puramente teorica, sicché la pronuncia resa nel giudizio *ex art. 28 St. lav.* non spiega alcun effetto nei confronti di quella resa ai sensi dell'art. 414 c.p.c. Lo stesso non può dirsi con riguardo alle altre tesi, che ammettono una deroga al principio *ex art. 2909 c.c.*, in base al quale «l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa». Pertanto, il giudicato formatosi a seguito dell'azione *ex art. 28 St. lav.* si estende al singolo lavoratore<sup>17</sup>.

Per quel che riguarda, invece, i rapporti tra l'azione promossa dal sindacato rispettivamente *ex art. 28 St. lav.* ed *ex art. 414 c.p.c.*, in giurisprudenza appare ormai pacifico che l'azione finalizzata alla repressione della condotta antisindacale sia proponibile alternativamente con i citati mezzi processuali<sup>18</sup>. Come ha affermato la Corte costituzionale, l'art. 28 St. lav. «non ha in alcun modo soppresso o limitato i mezzi di tutela assicurati al singolo e ad altre associazioni per la difesa dei propri diritti e interessi

---

*antisindacale dell'imprenditore*, Napoli, 1979, 221 ss.; A. FRENI-G. GIUGNI, *Lo statuto dei lavoratori*, Milano, 1971, 123 ss.; D. BORGHESI-L. DE ANGELIS, *Il processo del lavoro e della previdenza*, Torino, 2013, 474 ss.; M. MAGNANI, *Diritto sindacale*, Torino, 2013, 89; A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, vol. I, *Il diritto sindacale*, Padova, 2008, 313; O. MAZZOTTA, *Diritto sindacale*, Torino, 2014, 80; G. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori. Diritto sindacale e rapporti di lavoro*, Torino, 2013, 80; in giurisprudenza, si v. Corte cost., 21 luglio 1988, n. 860, in *Foro it.*, 1988, I, c. 623; Cass. civ., 9 ottobre 2000, n. 13456; Cass. civ., 21 ottobre 1997, n. 10339; Cass. civ., 1° giugno 1987, n. 4824.

<sup>15</sup> Così, in dottrina, L. LANFRANCHI, *Prospettive ricostruttive in tema di art. 28 dello statuto dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 427.

<sup>16</sup> In dottrina, si v. E. SILVESTRI-M. TARUFFO, *Condotta antisindacale – II) Procedimento di repressione della condotta antisindacale*, in *Enc. giur.*, 1997, 11 s.; A. PROTO PISANI, *Studi di diritto processuale del lavoro*, Milano 1976, 60 s.

<sup>17</sup> Cfr. E. SILVESTRI-M. TARUFFO, *Condotta antisindacale – II) Procedimento di repressione della condotta antisindacale*, cit., 11; L. LANFRANCHI, *Prospettive ricostruttive in tema di art. 28 dello statuto dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 433.

<sup>18</sup> Cfr., ad es., Cass. civ., 15 novembre 2012, n. 20091; Cass., sez. un., 16 gennaio 1987, n. 309; Pret. Milano, 21 maggio 1986, in *Lav. prev. oggi*, 1986, 1545.

legittimi, ma ha solo introdotto un nuovo mezzo processuale per tutelare in via di urgenza interessi che trascendono quelli del singolo e che si aggiunge ai mezzi di tutela individuali, attribuendone l'esercizio a determinati organismi che il legislatore, nella sua legittima e insindacabile discrezionalità, ritiene idonei ad espletare tale funzione»<sup>19</sup>. Sicché l'art. 28 St. lav. consterebbe di una parte processuale e di una sostanziale, quest'ultima azionabile anche nelle forme ordinarie. Tuttavia, le due azioni presentano differenze quanto a soggetti legittimati ad agire, *petitum e causa petendi*, competenza territoriale, struttura dei giudizi, sanzioni.

Quanto ai soggetti, mentre la legittimazione *ex art. 28 St. lav.* è circoscritta «agli organismi locali delle associazioni nazionali», l'azione *ex art. 414 c.p.c.* è esperibile anche da parte di organismi non locali e da sindacati privi del requisito della nazionalità<sup>20</sup>.

Quanto al *petitum* e alla *causa petendi*, mentre *ex art. 28 St. lav.* l'oggetto della domanda può consistere unicamente nella repressione della condotta antisindacale, *ex art. 414 c.p.c.* possono ulteriormente domandarsi sia il mero accertamento della condotta antisindacale (potendo cioè prescindere dalla emissione di provvedimenti inibitori e ripristinatori), sia il risarcimento del danno. La possibilità di richiedere il mero accertamento della condotta antisindacale implica come non necessaria l'attualità della condotta, che, invece, è presupposto costitutivo dell'azione *ex art. 28 St. lav.*, poiché intimamente correlato al contenuto inibitorio e ripristinatorio dei provvedimenti giudiziari di condanna, e, dunque, dell'interesse ad agire<sup>21</sup>.

Quanto alla competenza territoriale, una parte della giurisprudenza ritiene che debba comunque individuarsi nel luogo della condotta antisindacale, a prescindere dal mezzo processuale prescelto. A tale orientamento se ne contrappone un altro che considera la competenza di cui all'art. 28 St. lav. strettamente connessa al novero dei soggetti legittimati ad agire (gli organismi locali), sicché, in caso di azione del sindacato a

---

<sup>19</sup> Cfr. Cost. cost., 6 marzo 1974, n. 54.

<sup>20</sup> Come nel ricorso promosso dalla Fiom nazionale, che ha provocato la sentenza del Trib. Torino, 14 settembre 2011.

<sup>21</sup> Cfr. E. SILVESTRI-M. TARUFFO, *Condotta antisindacale – II) Procedimento di repressione della condotta antisindacale*, cit., 5.

livello nazionale, dovrebbe farsi riferimento, *ex art.* 413, comma 7, c.p.c. (inutilizzabili i criteri di cui ai commi precedenti, poiché visualizzanti il rapporto individuale tra lavoratore e datore di lavoro), al foro generale delle persone fisiche *ex art.* 18 c.p.c. Peraltro, sempre la giurisprudenza ritiene che il richiamo possa e debba estendersi al foro generale delle persone giuridiche *ex art.* 19 c.p.c.<sup>22</sup> e dunque, in ultima istanza, alla sede dell'azienda<sup>23</sup>.

Quanto alla struttura dei giudizi, entrambi si articolano su tre gradi. Il primo grado del giudizio *ex art.* 28 St. lav. è tuttavia bifasico: ad una prima fase a cognizione sommaria, non cautelare, segue una fase eventuale di opposizione a cognizione piena, regolata dagli artt. 413 ss. c.p.c.

Va rilevato che il giudizio di opposizione, benché si svolga con le regole proprie del rito del lavoro in primo grado, presenta profili di specialità, dovendosi escludere nell'ambito di esso la proponibilità di domande riconvenzionali da parte del datore di lavoro opponente, la costituzione e difesa personale delle parti e la possibilità di conversione del rito<sup>24</sup>.

#### **4. - Il rapporto tra l'azione di repressione della condotta antisindacale e il rito speciale in materia di contrasto alle discriminazioni di cui all'art. 28 d.lgs. n. 150 del 2011.**

L'azione di repressione della condotta antisindacale *ex art.* 28 St. lav. deve, poi, essere posta in relazione con il rito speciale in materia di contrasto alle discriminazioni di cui all'art. 28 d.lgs. n. 150/2011 (c.d. decreto semplificazione riti civili). Con esso, il legislatore ha inteso unificare dal punto di vista processuale la normativa in materia antidiscriminatoria, riconducendo i differenti modelli di tutela giurisdizionale al procedimento sommario di cognizione regolato nel libro IV, titolo I, capo III-*bis*, c.p.c., senza

---

<sup>22</sup> Cfr., ad es., Cass. civ., 17 aprile 2003, n. 6218.

<sup>23</sup> Cfr. Trib. Torino, 14 settembre 2011, sul punto confermata da Cass. civ., 15 novembre 2012, n. 20091, resa a seguito di regolamento di competenza sulla prima.

<sup>24</sup> In dottrina, si v. G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 2008, 389; E. SILVESTRI-M. TARUFFO, *Condotta antisindacale - II) Procedimento di repressione della condotta antisindacale*, cit., 11.

tuttavia abrogare i precedenti testi normativi, ai quali è necessario fare riferimento per individuare i presupposti sostanziali della tutela<sup>25</sup>.

Analizzando la disciplina, può osservarsi come, quanto ai soggetti, mentre l'azione *ex art. 28 St. lav.* può essere promossa unicamente dagli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali, legittimati all'azione *ex art. 28 d.lgs. n. 150 del 2011* sono, da una parte, i singoli soggetti lesi dalla discriminazione (art. 4 d.lgs. n. 216 del 2003), dall'altra, le organizzazioni sindacali, le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso, vuoi in forza di delega da parte dei singoli, vuoi, nei casi di discriminazione collettiva, come sostituti processuali qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione (art. 5 d.lgs. n. 216 del 2003). Tra l'altro, secondo la giurisprudenza, il riconoscimento della legittimazione attiva *ex art. 28 d.lgs. n. 150 del 2011* in capo all'organizzazione sindacale offrirebbe un ulteriore spunto per attrarre il fattore sindacale tra quelli contemplati dalla disposizione. L'art. 5 d.lgs. n. 216 del 2003, da cui tale legittimazione deriva, rimarrebbe infatti sostanzialmente privo di pratica applicazione qualora venisse precluso al sindacato di agire per la denuncia di comportamenti discriminatori in danno dei propri iscritti, «essendo del tutto verosimile infatti per le discriminazioni di altra natura – quali ad esempio per orientamento sessuale o motivi religiosi – ancorché effettuate in ambito lavorativo, [che] i soggetti discriminati [preferiscano] farsi rappresentare dalle associazioni e dalle organizzazioni di volta in volta rappresentative dell'interesse leso, proprio perché come più direttamente coinvolte e specializzate»<sup>26</sup>.

Quanto al *petitum* e alla *causa petendi*, se con il procedimento *ex art. 28 St.*

---

<sup>25</sup> In materia di abrogazioni e modificazioni operate dal d.lgs. in esame, cfr. A.D. DE SANTIS, *Modificazioni e abrogazioni*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 90 ss.

<sup>26</sup> Cfr. Trib. Roma ord. 21 giugno 2012, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 208, con nota di M. MILITELLO, *Dal conflitto di classe al conflitto tra gruppi. Il caso Fiat e le nuove frontiere del diritto antidiscriminatorio*; in *Dir. rel. ind.*, 2012, 1143 ss., con nota di G. ZILLO GRANDI, *Noterelle sulla vicenda Pomigliano in "appello": dove non arrivano gli impegni pubblici del datore di lavoro arriva la discriminazione*; in *Riv. giur. lav.*, 2014, II, 163 ss., con nota di M. BARBERA-V. PROTOPAPA, *Il caso Fiat: come la tutela antidiscriminatoria riformula il conflitto sindacale*; in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, 369 ss., con nota di S. BORELLI, *Il diritto antidiscriminatorio nella vicenda Fiat/Fabbrica Italia Pomigliano (Fip)-Fiom*; in *Rivista AIC*, n. 4, 4 ss., con nota di F. GHERA, *L'ordinanza del Tribunale di Roma sulla mancata assunzione di iscritti alla Fiom nello stabilimento di Pomigliano*.

lav. può domandarsi solo la repressione della condotta antisindacale, con l'azione *ex art. 28 d.lgs. n. 150 del 2011*, possono richiedersi, oltre all'accertamento della sussistenza della discriminazione, anche il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale, la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole, nonché l'adozione di ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti, così come, al fine di impedire la ripetizione delle discriminazioni, di un piano di rimozione delle stesse.

Sul piano della competenza territoriale, nell'ambito dell'azione *ex art. 28 St. lav.* si determina nel luogo della condotta antisindacale, mentre *ex art. 28, comma 3, d.lgs. n. 150 del 2011*, è competente il tribunale del luogo in cui il ricorrente ha il domicilio.

A tutela (seppure indiretta) dell'effettività dei provvedimenti giudiziari di condanna è prevista la pubblicazione della decisione del giudice, ma con significative differenze: ai sensi dell'art. 28, comma 5, St. lav., nei modi stabiliti dall'art. 36 c.p.; ai sensi dell'art. 28, comma 7, d.lgs. n. 150 del 2011, invece, in caso di accoglimento della domanda la pubblicazione può avvenire, per una sola volta e a spese del convenuto, su un quotidiano di tiratura nazionale. Mentre l'art. 28 St. lav. presidia poi l'ottemperanza al decreto e alla sentenza che decida la fase di opposizione con la sanzione *ex art. 650 c.p.*, conseguenze penali in materia discriminatoria, per l'inosservanza di provvedimenti giudiziari, sono contemplate unicamente a riguardo delle fattispecie di parità retributiva tra uomo e donna e di quelle inerenti le discriminazioni per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi <sup>27</sup>.

Da ultimo, mentre è dubbio se il procedimento *ex art. 28, d.lgs. n. 150 del 2011*, sia obbligatorio in materia sindacale <sup>28</sup>, quello *ex art. 28 St. lav.*, come visto al paragrafo precedente, è alternativo all'azione ordinaria *ex art. 414 c.p.c.* L'obbligatorietà del procedimento *ex art. 28 d.lgs. n.150 del 2011*, in particolare, è sostenuta sulla base dell'inapplicabilità dei commi 2

---

<sup>27</sup> Cfr. sul punto M. FERRARESI-F. DE MICHEL, *Condotta antisindacale accertata a seguito di ricorso ex art. 414 c.p.c.: l'inottemperanza alla sentenza è punibile ai sensi dell'art. 650 c.p.?*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, 205 ss., nota a Trib. Nola, 23 giugno 2014 (ord.).

<sup>28</sup> Per la tesi della generale obbligatorietà del rito speciale, si v. C. DELLE DONNE, *Commento sub art. 28*, in B. SASSANI-R. TISCINI (a cura di), *La semplificazione dei riti civili*, Roma, 2011, 255; G. FICARELLA, *La tutela giudiziaria contro le discriminazioni*, in *Giust. proc. civ.*, 2013, 247.

e 3 dell'art. 702-ter c.p.c., secondo i quali il giudice dispone il mutamento in favore del rito ordinario di cognizione allorché occorra procedere a un'istruzione non sommaria. Anche ad accogliere tale tesi, probabilmente, sembra derivarne però per il sindacato la sola preclusione dell'azione ordinaria (che, per le controversie di lavoro, è quella *ex art. 414 c.p.c.*), non anche di quella *ex art. 28 St. lav.*

**5. - La specialità del regime probatorio previsto dall'art. 28, comma 4, d.lgs. n. 150 del 2011.**

La scelta del rito da proporre per far valere l'illegittimità del comportamento datoriale non è, tuttavia, indifferente né sul piano individuale, né su quello collettivo. Al di là della celerità che connota (o dovrebbe connotare) il procedimento in materia di discriminazioni, ciò che differenzia le azioni attiene piuttosto alla specialità della disciplina probatoria prevista dall'art. 28 d.lgs. n. 150 del 2011, il cui comma 4 prevede che «quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti, o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione».

Le direttive comunitarie relative ai diversi fattori di discriminazione hanno, infatti, imposto agli Stati membri – salva comunque la facoltà di prevedere disposizioni più favorevoli – di introdurre meccanismi di agevolazione probatoria che consentano al ricorrente, quale soggetto discriminato, di poter addurre fatti dai quali presumere la sussistenza di una discriminazione diretta o indiretta, facendo gravare così sul convenuto la prova della mancata violazione del principio di parità di trattamento <sup>29</sup>.

La disciplina dell'onere della prova, in particolare, ha risentito della pre-

---

<sup>29</sup> Per vero, sotto questo profilo, una precisazione si impone. Pur muovendo dal *leading case* della Corte giust. UE, 17 ottobre 1989, C-109/88, *Danfoss*, e dalla proposta di direttiva comunitaria presentata dalla Commissione nel 1988, l'ordinamento italiano ha in qualche misura anticipato quello europeo nell'adozione di una disciplina probatoria specifica per le discriminazioni di genere. Tale tendenza si è poi registrata anche in materia di razza, origine etnica e religione, ove il d.lgs. n. 286 del 1998 ha preceduto l'entrata in vigore delle direttive 2000/43 e 2000/78. Per una ricostruzione dell'istituto nell'ordinamento e nella giurisprudenza europea, cfr. R. SANTAGATA DE CASTRO, *Le discriminazioni sul lavoro nel "diritto vivente"*. *Nozione, giustificazione, prova*, Napoli, 2019.



cedente frammentazione normativa in materia antidiscriminatoria, con disposizioni diversificate e di difficile coordinamento pure rispetto alle regole dell'ordinario processo civile<sup>30</sup>. Stante la rilevanza dell'istituto ai fini di una più effettiva tutela dei diritti fondamentali, si colgono ancor più le esigenze di razionalizzazione alla base del d.lgs. n. 150 del 2011, che all'art. 28, comma 4, si occupa di regolare (e, tendenzialmente, di unificare) il regime probatorio della discriminazione.

Nel regime previgente, il legislatore ammetteva il ricorrente alla prova per presunzioni, in alcuni casi richiamando espressamente l'art. 2729, comma 1, c.c. (così ad es. all'art. 44 d.lgs. n. 286 del 1998; nella versione originaria dell'art. 4, rispettivamente dei d.lgs. n. 215 e n. 216 del 2003; all'art. 3, comma 2, l. n. 67 del 2006); in altri limitandosi a un richiamo indiretto, senza cioè menzione della norma codicistica, mediante il riferimento ai requisiti di gravità, precisione e concordanza (così all'art. 4 d.lgs. n. 216 del 2003, come modificato dalla l. n. 101 del 2008). In altri ancora, utilizzando una formulazione ambigua, richiedeva una presunzione connotata da precisione e concordanza, ma priva del carattere della gravità (così all'art. 4 d.lgs. n. 215 del 2003, come modif. dalla l. n. 101 del 2008, e all'art. 40 d.lgs. n. 198 del 2006)<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Sull'incoerenza dell'ordinamento interno nel sistema previgente al d.lgs. n. 150 del 2011, cfr. M. PERUZZA, *Illegittimità del licenziamento e onere della prova nel d.lgs. n. 23/2015*, in *Lav. dir.*, 2015, 341 s.; ID., *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Torino, 2017, 144 ss.

<sup>31</sup> A tali ipotesi andava peraltro ricondotto l'art. 4, comma 6, l. n. 125 del 1991, come modif. dall'art. 8 d.lgs. n. 196 del 2000 e poi recepito dal vigente art. 40 d.lgs. n. 198 del 2006. Anche la natura della presunzione ivi configurata è stata a lungo dibattuta. Secondo F. GUARRIELLO, *Le azioni in giudizio*, in L. GAETA-L. ZOPPOLI (a cura di), *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive. Commentario alla Legge 10 aprile 1991, n. 125*, Torino, 1992, 191, e G. VERDE, *L'inversione degli oneri probatori nel processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, 715, pur difettando del requisito della gravità, essa configura una presunzione semplice ai sensi dell'art. 2729 c.c. Per L. DE ANGELIS, *Commento all'art. 4, commi 4 e 10*, in M. DE CRISTOFARO (a cura di), *La legge italiana per le pari opportunità delle lavoratrici. Commento alla l. 10 aprile 1991, n. 125*, Napoli, 1993, 110, l'onere della prova sarebbe stato semplicemente alleggerito tramite l'introduzione di presunzioni legali o semplici a seconda del valore che si attribuisce all'espressione «precise e concordanti». Secondo M.V. BALLESTRERO, *Modelli di azioni positive. Osservazioni sul disegno di legge n. 1818*, in *Quaderni dir. lav. rel. ind.*, 1990, 7, 31, si tratterebbe di una presunzione legale relativa di presunzione legale relativa. Per M. BARBERA, *La nozione di discriminazione*, in M.V. BALLESTRERO-T. TREU (a cura di), *Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, 63 ss., si tratta di un regime, per così dire, «ibrido». M. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni e prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 747 s., parla di meccanismi legali di inversione dell'onere probatorio; A. VALLEBONA, *L'inversione dell'onere della prova: rilievi introduttivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 812 s.

La disciplina poneva l'interprete di fronte a due problemi connessi: ci si domandava se nei casi di presunzione precisa e concordante, ma non grave, essa potesse comunque qualificarsi alla stregua dell'art. 2729 c.c.<sup>32</sup>; o, in caso contrario, se si potesse configurare un'inversione dell'onere della prova rispetto al principio generale di cui all'art. 2697 c.c.

Un orientamento riteneva sufficiente una presunzione di grado inferiore a quella necessaria per raggiungere il pieno convincimento del giudice, cui conseguiva una parziale inversione dell'onere della prova<sup>33</sup>. Un altro, invece, superando le differenze testuali, interpretava la presunzione alla stregua dell'art. 2729 c.c., ritenendo sufficiente che il ricorrente fornisse per presunzioni la prova del fatto costitutivo, ossia della sussistente discriminazione<sup>34</sup>.

Nonostante l'unificazione del regime probatorio nell'ambito delle controversie in materia discriminatoria, questo dibattito dottrinale pare solo parzialmente superato dall'intervento del d.lgs. n. 150 del 2011. Il comma 4 dell'art. 28, come si è detto, prevede che qualora il ricorrente fornisca elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto provare l'insussistenza della discriminazione. Come si

---

<sup>32</sup> Si è detto, in proposito, che la prova di un fatto sulla base di presunzioni deve risultare dalla combinazione dei criteri dettati dall'art. 2729 c.c. Così, la gravità deve intendersi come il grado di intensità e di attendibilità che l'inferenza presuntiva deve possedere per influire sulla formazione del convincimento del giudice e fondare il giudizio di verosimiglianza del *factum probandum*. Il requisito della precisione richiede l'univocità e la convergenza dei fatti sui quali si basa il ragionamento probabilistico, di modo che l'inferenza logica sia ancorata a fatti determinati nella loro realtà storica. Mentre il requisito della concordanza si identifica con la convergenza di una pluralità di fattori, logicamente ordinati e privi di reciproche contraddizioni, che diano conferma all'ipotesi di partenza. Sul punto, cfr. M. DE MARIA, *Delle presunzioni*, in F.D. Busnelli (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, Milano, 2014, 117 ss. La giurisprudenza di legittimità, in particolare, ha ritenuto di poter individuare nell'indicazione dei dati statistici un requisito di «serietà» degli elementi di fatto prodotti dal ricorrente, sostitutivo del ben più rigido requisito di gravità imposto dal regime codicistico delle presunzioni semplici. Cfr. Cass. civ., 5 giugno 2013, n. 14206.

<sup>33</sup> Così A. VALLEBONA, *L'inversione dell'onere della prova: rilievi introduttivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 812 s.

<sup>34</sup> Cfr. L. DE ANGELIS, *Tutela processuale contro le discriminazioni*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, I, 463 ss. Per la tesi della presunzione legale relativa, v. M. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 733 ss.; A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2010, 335 ss. Una tesi per così dire intermedia è stata avanzata da M. BARBERA, *La nozione di discriminazione*, in M.V. BALLESTRERO-T. TREU (a cura di), *Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, 63 ss.

vede, la norma non contiene più un rimando, testuale o indiretto – attraverso il richiamo dei requisiti di gravità, di precisione e concordanza – all’art. 2729 c.c. Il che spinge necessariamente a interrogarsi sulla natura della presunzione da essa configurata.

Sembra condivisa, in dottrina, l’opinione secondo la quale l’art. 28, comma 4, avrebbe confermato il regime della presunzione semplice, spostando sul convenuto l’onere di provare il fatto negativo, ossia l’insussistenza della discriminazione<sup>35</sup>. In tale direzione sembra infatti muovere il rinvio testuale contenuto nella Relazione illustrativa del d.lgs. n. 150 del 2011, nella quale si conferma la presunzione *iuris tantum* di esistenza di condotte discriminatorie, affidata alla valutazione del giudice ai sensi dell’art. 2729 c.c.

Sebbene non si comprenda pienamente la ragione per la quale il legislatore del 2011 abbia ommesso nel corpo del testo un riferimento, testuale o implicito, alla norma civilistica, pare condivisibile la configurazione di una presunzione semplice *ex art.* 2729 c.c. In primo luogo, in considerazione dell’evoluzione normativa che, fatta eccezione per gli artt. 4 d.lgs. n. 215

---

<sup>35</sup> Così R. BONATTI, *sub art.* 28 d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, in F. CARPI-M. TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 2015, 3459; S. SCARPONI, *Licenziamento discriminatorio: una svolta della Cassazione in un caso riguardante la procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, II, 465, nota a Cass. civ., 5 aprile 2016, n. 6575; G. FIGARELLA, *La tutela giudiziaria contro le discriminazioni*, in *Giust. proc. civ.*, 2013, 252 s. *Contra* M. PERUZZI, *Illegittimità del licenziamento e onere della prova nel d.lgs. n. 23/2015*, in *Lav. dir.*, 2015, 343 (nonché *Id.*, *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Torino, 2017, 153 ss.), secondo il quale la norma introduce un alleggerimento probatorio – anche se minore di quello previsto dall’art. 4 l. n. 125 del 1991 – rispetto al regime generale delle presunzioni semplici previsto dall’art. 2729 c.c. Non richiedendosi che gli elementi di fatto prodotti in giudizio fondino la presunzione in termini gravi, precisi e concordanti, è dunque lasciata ampia discrezionalità al giudice nella valutazione e acquisizione degli elementi di convincimento. Nello stesso senso, anche S. VARVA, *Presunzioni e prova statistica nel diritto antidiscriminatorio tra ordinamento italiano, europeo e statunitense*, in W. CHIAROMONTE-M.D. FERRARA (a cura di), *Bisogni sociali e tecniche di tutela giuslavoristica*, Milano, 2018, 200, che, pur nell’incertezza del dato letterale, pone l’art. 28 in relazione all’art. 40 d.lgs. n. 196 del 2006, e valorizza un’interpretazione quanto più possibile conforme al diritto europeo: “non va dimenticato che, al di là del requisito della gravità, il legislatore europeo innegabilmente sollecita l’operatore interno ad incrementare l’effettività della normativa contro le discriminazioni attraverso interventi di alleggerimento dell’onere probatorio”. In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., 5 giugno 2013, n. 14206, discutibile per la sovrapposibilità della “gravità” propria delle presunzioni semplici con quello della “serietà” ascrivibile al rigore della prova statistica; di recente, cfr. Cass. civ., 2 gennaio 2020, n. 1, che nega la riconducibilità, nell’alveo dell’art. 2729 c.c., della presunzione *ex art.* 28, comma 4, d.lgs. n. 150 del 2011, che richiederebbe «un grado di certezza inferiore rispetto al consueto».

del 2003 e 40 d.lgs. n. 198 del 2006, si riferiva direttamente o indirettamente a tale presunzione; in secondo luogo, come detto, per il rinvio esplicito alla norma codicistica da parte della Relazione illustrativa che accompagna il d.lgs. n. 150 del 2011 <sup>36</sup>.

Peraltro, se si trattasse di una presunzione diversa rispetto a quella prevista dall'art. 2729 c.c., essa sarebbe comunque difficilmente distinguibile a fini applicativi, vista anche la flessibilità con cui la presunzione codicistica viene intesa. Del resto, secondo l'orientamento prevalente, il libero convincimento del giudice sulla prova di un fatto può fondarsi anche su una sola presunzione grave e precisa, pur se in contrasto con altre prove già acquisite <sup>37</sup>.

A questo punto, però, resta da capire in che cosa consista il tratto distintivo dello speciale regime dell'onere della prova della disciplina antidiscriminatoria rispetto all'ordinario processo civile. E ciò anche in considerazione delle direttive comunitarie che richiedono una agevolazione probatoria a favore del soggetto discriminato <sup>38</sup>.

L'assolvimento dell'onere probatorio imposto alle parti dall'art. 2697 c.c. è condizionato dalla qualificazione dei fatti allegati, a seconda cioè che essi siano positivi o negativi. La ricorrenza di un fatto negativo costituisce infatti un criterio che influenza l'assetto di riparto degli oneri probatori e che talora giustifica alcune modificazioni legali dell'onere della prova <sup>39</sup>. In particolare, la necessità di far aderire quanto più possibile la distribuzione degli oneri probatori alla concreta disponibilità del fatto giustifica dunque l'introduzione di meccanismi di modificazione degli assetti pro-

---

<sup>36</sup> Cfr., tuttavia, Cass. civ., 27 ottobre 2018, n. 23338, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, II, 46 ss., con nota di M. NOVELLA, *Il licenziamento discriminatorio: fattispecie e ripartizione degli oneri probatori*, secondo la quale l'onere probatorio del lavoratore si esaurisce «in un punto del ragionamento presuntivo anteriore rispetto alla sua completa realizzazione secondo i canoni di cui all'art. 2729 c.c.». Nello stesso senso, nella giurisprudenza di merito, App. Roma 12 marzo 2018, n. 111; App. Trento, 7 marzo 2017, n. 14, per la quale gli elementi di fatto devono integrare il requisito della precisione e della concordanza, ma non anche necessariamente quello della gravità.

<sup>37</sup> Cfr., ad es., Cass. civ., 26 maggio 2017, n. 13373.

<sup>38</sup> Sull'interpretazione della nozione di presunzione di discriminazione e sul tipo di deviazione che il diritto dell'Unione europea prevede rispetto alla normale ripartizione dei carichi probatori, cfr. R. SANTAGATA DE CASTRO, *Le discriminazioni sul lavoro nel "diritto vivente"*. *Nozione, giustificazione, prova*, Napoli, 2019, 128 ss.

<sup>39</sup> Cfr. S. PATTI, *Delle prove: art. 2697-2739*, in G. DE NOVA (a cura di), *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2015, 77.

batori che, per così dire, derogano alla norma generale. La *ratio* sottesa è naturalmente quella di alleviare, sul piano della prova, la posizione di una parte, gravando al contempo l'altra del relativo onere. In quest'ultimo caso, poi, il modo in cui opera il diverso atteggiarsi degli assetti probatori è sostanzialmente riconducibile a due schemi fondamentali: il primo, esonera una parte dalla prova del fatto negativo fondante la sua pretesa, al contempo gravando l'altra dell'onere di dimostrare il fatto positivo contrario; il secondo, preferisce sollevare una parte dalla prova del fatto positivo che fonda la domanda, addossando alla controparte l'onere di provare il fatto negativo corrispondente (c.d. proposizione negativa indefinita <sup>40</sup>).

La razionalità del primo modello proposto, ove la modifica degli oneri probatori è volta a consentire alla parte gravata la prova di un fatto positivo in luogo di quello negativo, si contrappone alla complessità del secondo, in cui l'onere della prova del fatto negativo viene fatto gravare su una parte diversa da quella originariamente onerata <sup>41</sup>. Quest'ultimo schema, in particolare, sembra attagliarsi alla fattispecie descritta dall'art. 28, comma 4, d.lgs. n. 150 del 2011 che, sollevando il ricorrente dall'onere di provare il fatto positivo rappresentato dalla sussistenza della discriminazione, fa gravare la prova del fatto negativo corrispondente in capo alla parte convenuta in giudizio <sup>42</sup>.

AmMESSO, dunque, di poter affermare che la norma rientri nel secondo dei modelli proposti, è opportuno valutare la tecnica normativa con cui si realizza lo scivolamento dell'onere probatorio da una parte all'altra. Non sembra del tutto convincente in proposito la tesi che ravvisa nel descritto meccanismo di facilitazione probatoria un'inversione dell'onere della

---

<sup>40</sup> Su tale nozione, cfr. M. PESCATORE, *La logica del diritto. Frammenti di dottrina e giurisprudenza*, Torino, 1863, 100 ss; M. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni e prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 749, e per una definizione si v. Id., *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 443 ss.; S. PATTI, *Delle Prove: art. 2697-2739*, in G. DE NOVA (a cura di), *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2015, 79 s.

<sup>41</sup> Per M. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni e prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 749, non è improbabile che in questi casi la modifica degli oneri probatori equivalga in realtà ad attribuire ad una parte l'onere di una prova impossibile, o comunque estremamente difficile.

<sup>42</sup> Per un approfondimento di tali profili sia consentito rinviare a F. DE MICHEL, *Questioni sull'onere della prova nel diritto del lavoro*, Milano, 2019.

prova<sup>43</sup>. Quest'ultimo, in particolare, si caratterizza per il trasferimento del rischio della mancata prova di un fatto, dalla parte *ab origine* gravata, su colui che ne contesta l'esistenza e che è pertanto chiamato a dimostrarne il mancato accadimento. In tale ipotesi, dunque, la parte originariamente gravata è sollevata da qualsiasi incombenza probatoria che, invece, viene interamente addossata alla controparte. Tale situazione è estranea alla fattispecie prevista dall'art. 28, comma 4, d.lgs. n. 150 del 2011, nell'ambito della quale non si assiste a una vera e propria *relevatio ab onere probandi* (tipica del meccanismo dell'inversione) della parte che agisce per far valere la discriminazione, ma solo ad una agevolazione dell'onere della prova posto che sulla stessa continua ad incombere il rischio della mancata prova, pur se attenuato rispetto a quanto previsto dall'art. 2697 c.c. Se, infatti, il ricorrente non dimostra l'esistenza degli elementi atti a presumere l'esistenza di una discriminazione, nessun onere circa l'insussistenza della fattispecie contestata potrà sussistere in capo alla controparte.

Respinta pertanto la tesi che configura un'ipotesi di inversione dell'onere della prova in senso tecnico<sup>44</sup> – in quanto il ricorrente deve comunque dimostrare almeno la sussistenza di elementi presuntivi – ed escluso che la presunzione di cui all'art. 28, comma 4, d.lgs. n. 150 del 2011, sia diversa da quella *ex art. 2729 c.c.*, l'unico elemento di differenziazione potrebbe attenere all'onere probatorio a carico del convenuto. Si potrebbe allora ipotizzare che, mentre per il principio della parità di armi nel processo il

---

<sup>43</sup> Cfr. U. GARCIULO, *Il licenziamento «economico» alla luce del novellato articolo 18*, in *Dir. lav. merc.*, 2014, 87 ss., che parla di inversione «attenuata». Per M. BONINI BARALDI, *L'onere della prova nei casi di discriminazione: elementi per una concettualizzazione nella prospettiva del diritto privato*, in L. CALAFÀ-D. GOTTARDI (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Roma, 2009, 263 ss., il regime probatorio previsto dalle direttive comunitarie andrebbe ricondotto a una vera e propria inversione dell'onere della prova. Si v. anche G. VERDE, *Diritto processuale civile*, vol. II, Bologna, 2015, 120. Il panorama giurisprudenziale è confuso: esemplificativa in tal senso è Cass. civ., 10 luglio 2014, n. 676.

<sup>44</sup> Conclusione, questa, che sembrerebbe trovare ulteriore conferma nella l. 30 novembre 2017, n. 179, per la tutela degli autori di segnalazione di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato (c.d. legge sul *whistle-blowing*). In particolare, l'art. 2, comma 2-*quater*, pone espressamente a carico del datore di lavoro l'onere di dimostrare, a fronte di atti discriminatori o ritorsivi (ivi compreso il licenziamento) successivi alla presentazione della segnalazione, «che tali misure sono fondate su ragioni estranee alla segnalazione stessa». E ciò senza richiedere al lavoratore la previa dimostrazione di elementi di fatto su cui basare la presunzione di esistenza del comportamento ritorsivo o discriminatorio.

convenuto può dimostrare fatti impeditivi del diritto vantato dall'attore avvalendosi, come questo, sia dell'ordinario regime probatorio sia di presunzioni, in materia antidiscriminatoria egli dovrebbe essere gravato della piena prova del fatto impeditivo ai sensi dell'art. 2697 c.c., senza potersi limitare ad offrire elementi presuntivi. Così interpretata, la norma parrebbe introdurre, più che un *alleggerimento* della posizione del ricorrente, un *aggravamento* della posizione probatoria del convenuto.

A tale ultimo proposito, occorre tuttavia considerare come la piena prova della insussistenza della discriminazione non sia sempre agevole. In alcuni casi il datore di lavoro potrà certo direttamente dimostrare l'infondatezza delle allegazioni del ricorrente, ad es. provando che non ha avuto luogo alcuna disparità di trattamento oppure che tale disparità non ha alcun nesso causale con il fattore protetto, o ancora che essa si giustifica per motivi oggettivi di natura tecnica, organizzativa o professionale, o, da ultimo, che la prova statistica eventualmente ammessa non fosse impostata in modo scientificamente corretto<sup>45</sup>. In altri casi, tuttavia, il convenuto potrebbe essere richiesto della prova di un fatto meramente negativo, o di fattori a lui stesso occulti, o di condizioni personali dei prestatori delle quali gli è fatto divieto di divulgazione per rispetto del diritto alla riservatezza, o, ancora, di discriminazioni solo potenziali. In tali situazioni, pretendere dal datore una piena prova contraria apparirebbe eccessivo e il generale assetto di riparto dell'onere della prova risulterebbe oltremodo sbilanciato. Non sembra pertanto errato, anche alla luce delle considerazioni svolte, individuare nella disposizione prevista dall'art. 28 d.lgs. 150 del 2011, una proposizione negativa indefinita che, imponendo al convenuto la prova dell'insussistenza della discriminazione, richiede necessariamente di essere assolta mediante il ricorso allo strumento presuntivo. L'aggravio cioè attiene non solo all'imposizione al convenuto di una prova che *ex art. 2697 c.c.* spetterebbe al ricorrente e che per di più sarebbe positiva, ma all'assolvimento, ben più gravoso, di una c.d. negativa indefinita che, come tale, non ammette la prova piena.

Almeno nelle ultime ipotesi citate, sembrerebbe allora più corretto rite-

---

<sup>45</sup> Si v., ad es., le pronunce della Corte giust. UE, 26 giugno 2001, C-381/99, *Brunnhöfer*; 10 marzo 2005, C-196/02, *Nikoloudi*; 27 ottobre 1993, C-127/92, *Enderby*.

nere che anche il convenuto possa valersi della prova presuntiva <sup>46</sup>. In questo senso comunque residuerebbe un diverso profilo di disciplina dell'onere della prova tra rito ordinario e speciale <sup>47</sup>.

#### 6. - L'estensione del regime probatorio ex art. 28 d.lgs. n. 150 del 2011, al procedimento di repressione della condotta antisindacale: una soluzione possibile?

L'analisi della specialità del regime probatorio previsto in materia di discriminazioni consente, da ultimo, di interrogarsi sulla sua possibile estensione a procedimenti differenti e, segnatamente, a quello per la repressione della condotta antisindacale ai sensi dell'art. 28 St. lav. Sep-pure dottrina autorevole propenda per la soluzione negativa <sup>48</sup>, la giurisprudenza più recente sembra piuttosto incline ad applicare la regola probatoria posta dall'art. 28 d.lgs. n. 150 del 2011 anche nell'ambito di azioni diverse.

La riflessione su tale profilo è, in particolare, sollecitata da una recente pronuncia della Corte di Cassazione <sup>49</sup> che, per la prima volta, ha applicato anche nell'ambito di un procedimento ex art. 28 St. lav. la regola proba-

---

<sup>46</sup> È quanto sembra ammettere la Corte giust. UE, 25 aprile 2013, C-81/12, *Accept*, e 10 luglio 2008, C-54/07, *Feryn*.

<sup>47</sup> Cfr. R. SANTAGATA DE CASTRO-R. SANTUCCI, *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina (Parte I)*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 534 ss.

<sup>48</sup> Sul punto, per la soluzione negativa, F. CARINCI, *Ripensando il nuovo articolo 18*, in *Dir. rel. ind.* 2013, 318 ss.; M. BARBERIO, *Licenziamento, processo e conciliazione*, in F. BASENGHI-A. LEVI, *Il contratto a tutele crescenti*, Milano, 2016, 139; *contra* L. DE ANGELIS, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, *IT*, n. 250, 2015, 9; CHIECO, *La nullità del licenziamento per vizi "funzionali" alla luce dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2014, 346 ss.; D. BORGHESI, *L'onere della prova nei licenziamenti disciplinari e discriminatori*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, 1, 879, secondo il quale bisogna considerare la disciplina dell'onere della prova come indissolubilmente connaturata alla tutela delle discriminazioni e quindi applicabile a prescindere dalla singola procedura di volta in volta azionata e dallo stesso fatto che sia o meno specificamente prevista; in giurisprudenza, in senso favorevole, si v. ad es. Trib. Busto Arsizio, 10 novembre 2014 (ord.), inedita a quanto consta, e App. Roma 19 ottobre 2012 che, tuttavia, per poter ammettere il regime probatorio agevolato nell'ambito di un procedimento ex art. 28 St. lav. ritiene di dover ricondurre la discriminazione per motivi sindacali tra quelle attinenti alle convinzioni personali. Cfr. anche Cass. civ., 5 giugno 2013, n. 14206.

<sup>49</sup> Si tratta, come anticipato, di Cass. 2 gennaio 2020, n. 1.



toria posta dalla disciplina antidiscriminatoria<sup>50</sup>. Ciò in forza di un altro precedente di legittimità, con il quale la Corte aveva ritenuto potenzialmente confliggente con i principi sanciti dal legislatore comunitario la limitazione del suddetto regime probatorio all'azione speciale di cui al d.lgs. n. 150 del 2011<sup>51</sup>.

Per valutare la bontà di simile operazione occorre anzitutto riconsiderare il rapporto tra le due azioni speciali alla luce delle situazioni giuridiche da queste presidiate. Da tale punto di vista, secondo un orientamento consolidatosi tra i giudici di merito<sup>52</sup>, l'art. 28 d.lgs. n. 150 del 2011 si porrebbe non tanto in termini di alternatività, quanto di complementarietà rispetto all'art. 28 St. lav., essendo differenti gli interessi sottesi ai due procedimenti: da un lato, la difesa del diritto dei lavoratori a non essere discriminati in virtù della propria affiliazione ad un sindacato; dall'altro, la tutela di un diritto proprio dell'organizzazione collettiva a non vedere ostacolato l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale, nonché del diritto di sciopero. E, infatti, come si è visto, diversa è anche la legittimazione attiva riconosciuta al sindacato che, mentre nell'ambito dell'art. 28 St. lav. fa valere un interesse proprio, con l'art. 28 d.lgs. n. 150 del 2011 agisce nell'interesse dei lavoratori, vuoi in qualità di rappresentante vuoi di sostituto processuale<sup>53</sup>. Il che preclude una situazione di concorrenza con il procedimento *ex art. 28 St. lav.*, non potendo l'azione di tutela dei lavoratori iscritti al sindacato confondersi o sostituirsi a quella che presidia l'interesse collettivo propriamente inteso, come tale non riducibile alla mera somma degli interessi individuali degli associati<sup>54</sup>.

Del resto, come ha correttamente evidenziato una parte della dottrina, la normativa antidiscriminatoria è stata concepita dal legislatore per trovare applicazione esclusivamente con riguardo alle persone fisiche e, dunque, non per censurare il comportamento del datore di lavoro che discrimini, direttamente o indirettamente, per ragioni sindacali, religiose, etnico/

---

<sup>50</sup> Nel caso di specie, la disciplina *ratione temporis* applicabile è quella di cui al d.lgs. n. 216 del 2003, previgente all'art. 28, comma 4, d.lgs. n. 150 del 2011.

<sup>51</sup> Cfr. Cass. civ., 5 giugno 2013, n. 14206.

<sup>52</sup> Cfr. Trib. Bergamo, 30 marzo 2018; Trib. Roma, 21 giugno 2012; App. Roma, 19 ottobre 2012.

<sup>53</sup> Cfr. Cass. civ., 20 luglio 2018, n. 19443.

<sup>54</sup> Cfr. F. SANTORO - PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1951, 23.

razziali una o più organizzazioni dei lavoratori protette dall'art. 39 Cost. E questo anche per l'inesistenza (quantomeno nel settore privato) di un principio di parità di trattamento tra i sindacati<sup>55</sup>.

Se così è, la scelta della Corte di cassazione di applicare il regime probatorio *ex art.* 28, comma 4, d.lgs. n. 150 del 2011, nell'ambito del procedimento di repressione della condotta antisindacale non pare allora condivisibile perché la fattispecie non è di per sé idonea ad integrare gli estremi di una discriminazione ai danni del sindacato, che peraltro attraverso l'art. 28 St. lav. agisce, come si è detto, per la tutela del proprio interesse e non di quello dei lavoratori.

Piuttosto, la recente pronuncia della Corte di Cassazione e, più in generale, le tendenze in atto nella giurisprudenza in tema di discriminazione sembrano svelare i limiti strutturali che l'art. 28 St. lav. incontra nell'attuale sistema di relazioni industriali, ove il ruolo dei sindacati nazionali legittimati ad agire per la repressione della condotta antisindacale risulta fortemente indebolito rispetto al passato, tanto da aver determinato un significativo ridimensionamento del ricorso alla procedura di tutela collettiva<sup>56</sup>. Di questo, in particolare, sono segno evidente lo scollamento tra i requisiti di accesso a tale disposizione e quelli previsti dall'art. 19 St. lav.<sup>57</sup>, l'aziendalizzazione delle relazioni sindacali e il graduale processo di decentramento della contrattazione collettiva. L'art. 28 St. lav., pur avendo "mantenuto intatta la sua forza in astratto", non è, cioè, più in grado oggi «di coprire [...] l'area della libertà e delle attività sindacali protette dall'art. 39 comma 1 Cost.»<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> Cfr. F. MARINELLI, *Sulla (in)applicabilità della tutela antidiscriminatoria alle organizzazioni dei lavoratori protette dall'art. 39 Cost.: premesse per una ricerca*, in *Working Paper Adapt*, n. 4, 2018, 10. Secondo l'A., il fatto che le organizzazioni sindacali nell'ordinamento italiano siano prive di personalità giuridica non esclude la possibilità di ravvisare in esse – alla stregua dei criteri elaborati dalla dottrina civilistica – un soggetto di diritto e, quindi, un centro unitario di imputazione giuridica. Il che preclude di poter "frantumare" l'ente non personificato nelle singole soggettività dei propri membri al fine di poter applicare il divieto di discriminazione. Tale ragionamento è, peraltro, estendibile anche alle r.s.a.

<sup>56</sup> Cfr. L. CALAFÀ, *Dichiarazioni omofobiche nel calcio: il caso FC Steaua Bucarest e la discriminazione per orientamento sessuale alla Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, 137, che parla di "sgretolamento" della tutela collettiva.

<sup>57</sup> Su cui v. L. DE ANGELIS, *Brevi annotazioni sull'incostituzionalità del criterio di legittimazione attiva di cui all'art. 28 dello statuto dei lavoratori*, in *Lav. giur.*, 2014, 221 ss.

<sup>58</sup> Cfr. M. FALSONE, *Tecnica rimediale e art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *Lav. dir.*, 2017, 579 s.

In questo contesto e per le ragioni suesposte, l'azione antidiscriminatoria non può rappresentare un equivalente funzionale dell'azione statutaria e la sua esperibilità da parte del sindacato risponde semmai ad una mera valutazione strategica e di convenienza nelle sole ipotesi in cui la condotta datoriale sia plurioffensiva e non anche quando l'interesse protetto leso sia solo quello dell'organizzazione sindacale.



23100566