



Numero 3 / 2019
(estratto)

Luigi Di Cataldo

**Il contemperamento sbilanciato fra libertà economiche e
diritti fondamentali. Nota alla sentenza CGUE C-103/16
Porras Guisado c. Bankia.**

Il contemperamento sbilanciato fra libertà economiche e diritti fondamentali. Nota alla sentenza CGUE C-103/16 Porrás Guisado c. Bankia.

Luigi Di Cataldo
Università di Catania

Sommario: Abstract. – Introduzione: congiunture economiche e diritto del lavoro. – 1. La tutela della lavoratrice nell’ordinamento spagnolo. – 2. Riflessione sul considerando 15 e sull’Art. 10, punto 1, della direttiva 92/85: La vulnerabilità psico-fisica della lavoratrice in maternità dipende davvero dalla connessione del provvedimento di licenziamento al suo status? – 3. La causa C-103/16 Porrás Guisado c. Bankia: scontro fra prospettive. – 3.1. Il “dovere di informazione”: vizi formali e/o procedurali pregiudicano la vocazione protettiva della direttiva? – 3.2. L’interazione fra l’Art. 10, punto 1, della direttiva 92/85 e l’Art. 1, punto 1, della 98/59: equiparazione o corrispondenza parziale? – 3.3. La facoltà datoriale di selezionare i lavoratori in uscita e la tutela di specifiche categorie. – 3.4. Le questioni pregiudiziali seconda e quarta: obbligo di riassegnazione e diritto di permanenza prioritaria. Cosa prevede l’Art. 10, punto 1, della direttiva 92/85? – Conclusioni.

Summary: Abstract. – Introduction: economic conjunctures and labour law. – 1. The protection of women worker in the Spanish system. – 2. Reflection on whereas 15 and on Art. 10, point 1, of directive 92/85: Does the psycho-physical vulnerability of the worker in maternity really depend on the connection of the dismissal provision with her status? – 3. Case C-103/16 Porrás Guisado v. Bankia: a clash between perspective. – 3.1. The "duty of information": do formal and / or procedural vices affect the protective vocation of the directive? – 3.2. The interaction between Art. 10, point 1, of Directive 92/85 and Art. 1, point 1, of 98/59: equal or partial correspondence? – 3.3. The employer faculty to select outgoing workers and the protection of specific categories. – 3.4. The second and fourth preliminary questions: obligation of reassignment and right of priority stay. What does arrange Art. 10, point 1, of Directive 92/85? – Conclusions.

Abstract

In quest’occasione mi propongo di affrontare il già dibattutissimo tema del bilanciamento fra diritti fondamentali e libertà economiche pur non nell’ormai classico contrasto fra ordinamenti nazionale-sovranaazionale. Il lavoro qui svolto ribadisce quanto il contemperamento di diritti e libertà non rappresenti né una questione di principio etico-politica né avente rilevanza limitatamente ai casi giudiziari in cui emerge ma produce implicazioni profonde sul funzionamento e sull’essenza stessa dell’Unione.

Le possibilità di un'armonizzazione "nel progresso", tanto normativa quanto effettiva, discendono in parte non trascurabile dall'equità del contemperamento fra diritti e libertà.

L'analisi condotta attiene alla sentenza C- 103/16 Porras Guisado c. Bankia, in cui la libertà del datore di selezionare i lavoratori in uscita nell'ambito di una procedura di licenziamento collettivo confligge con la tutela della lavoratrice nel periodo di maternità.

La CGUE è stata chiamata, in particolare, a pronunciarsi sull'interazione fra l'Art. 10, punto 1, della direttiva 92/85 concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, e l'Art. 1, punto 1, della 98/59 sul ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia di licenziamenti collettivi. Le conclusioni dell'Avvocato generale e la decisione della Corte hanno discordato su non pochi punti.

Sarà quindi interessante individuare alcuni aspetti controversi della direttiva 92/85 nonché comparare i sentieri interpretativi sul caso.

On this occasion, I wish to peruse the already debated topic of the balance between fundamental rights and economic freedoms, which it is not in the, by now, classic contrast between national and supranational systems. The work carried out here reiterates how the reconciliation of rights and freedoms does not represents either a question of ethical-political principle or relevance limited to the judicial cases in which they emerge but it produces profound implications on the functioning and essence of the Union itself.

The possibilities of a harmonization "in progress" both normative and effective derive in part from the fairness of the reconciliation between rights and freedoms.

The analysis carried out with regards to judgment C- 103/16 Porras Guisado v. Bankia, in which the freedom of the employer to select outgoing workers with a collective dismissal procedure conflicts with the protection of the worker during the period of maternity.

The CJEU was called, in particular, to pronounce itself on the interaction between the Art. 10, point 1, of Directive 92/85 concerning the implementation of measures to promote the improvement of safety at work for pregnant workers, workers who have recently given birth or are breastfeeding, and Art. 1, point 1, of 98/59 on the approximation of national legislation on collective redundancies. The conclusions of the Advocate General and the Court's decision are divided on several points.

It will therefore be interesting to identify some controversial aspects of Directive 92/85 and to compare the interpretative paths on the case.

Key words: employment and working conditions; labour market; labour law and labour relations; collective dismissal; anti-discrimination measure; rights and freedoms.

Introduzione: congiunture economiche e diritto del lavoro.

Nei momenti di difficoltà in cui l'economia registra andamenti depressivi, o peggio recessivi, emerge prepotentemente la connessione stretta, e reciproca, fra le dimensioni economica, sociale

e politica dei fenomeni umani. Le crisi sono momenti di rottura che interessano l'equilibrio economico-sociale di una comunità stimolandone il rinnovamento; situazioni in cui l'insostenibilità dello *status quo* incentiva la ridefinizione politica delle priorità economico-sociali. Oggetto principale di questo processo è il rapporto conflittuale fra capitale e lavoro, e l'ambito giuslavoristico costituisce il terreno ideale per analizzare suddette dinamiche.

La ripartizione dei costi/benefici economici e sociali fra queste due componenti risponde ad uno specifico ideale politico nonché ad una precisa visione della società e delle priorità al suo interno. Nella sua celebre lezione G. Lyon-Caen ci ha insegnato la naturale reversibilità della disciplina¹. Il diritto del lavoro nasce prima di tutto come strumento del capitale attraverso cui giuridicizza la relazione subordinazione del lavoro, in un secondo momento certe condizioni politiche, economiche e sociali ne hanno fatto mezzo tramite cui instaurare uno statuto protettivo in favore della parte debole: i lavoratori. Lungo la costruzione europea possiamo scorgere due periodi contraddistinti da un preciso *modus* di intendere il rapporto fra capitale e lavoro, e la priorità fra interessi economici e sociali.

Gli anni settanta del novecento hanno coinciso con lo sviluppo del diritto sociale e del lavoro sovranazionale nonostante l'infelice e incerta situazione economica. Le misure comunitarie del tempo definirono un quadro giuridico che attenuasse i costi economico-sociali a carico della componente salariale. Fra queste, le direttive sui licenziamenti collettivi, sul trasferimento d'azienda e sull'insolvenza del datore. Già la Risoluzione del Consiglio del 21 Gen. 1974 relativa ad un programma di azione sociale introduceva gli obiettivi e le finalità, poi riprese nella Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori e, successivamente, tradotte nelle direttive 92/85 sulla tutela delle lavoratrici nel periodo di maternità e 98/59 sul ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia di licenziamenti collettivi. Tali finalità possono essere sinteticamente riassunte in tre formule: il ravvicinamento in progresso delle condizioni di vita e lavoro della manodopera²; il crescente coinvolgimento delle parti sociali tramite procedure di informazione, consultazione e partecipazione³; l'introduzione di disposizioni volte a garantire la conciliabilità fra attività lavorativa e vita familiare⁴.

¹ Vedi la letteratura di G. Lyon-Caen, A. Perrulli e A. Lyon-Caen sulla reversibilità, sulla valutazione e sull'efficacia della disciplina. In particolare consiglio: G. LYON-CAEN, "Le droit du travail. Une technique réversible", Parigi, 1995; G. LYON-CAEN, "Permanenza e rinnovamento del diritto del lavoro in un'economia globalizzata", in Lavoro e Diritto / a. XVIII, n. 2, primavera 2004; A. LYON-CAEN, A. PERULLI, "Efficacia e diritto del lavoro", Padova, 2008, I ed.; A. LYON-CAEN, A. PERULLI, "Valutare il diritto del lavoro", Padova, 2010, I ed.

² Art. 177, TCE, Titolo III - Politica sociale, Capo 1: <<Gli Stati membri convengono sulla necessità di promuovere il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della mano d'opera che consenta la loro parificazione nel progresso. Gli Stati membri ritengono che una tale evoluzione risulterà sia dal funzionamento del mercato comune, che favorirà l'armonizzarsi dei sistemi sociali, sia dalle procedure previste dal presente Trattato e dal ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative>>.

³ Il considerando 5 della Risoluzione del Consiglio (21/01/74) relativa ad un programma di azione sociale afferma <<considerando che un programma siffatto implica azioni intese a realizzare il pieno e miglior impiego, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro e la partecipazione crescente della parti sociali alle decisioni economiche e sociali della Comunità e dei lavoratori alla vita delle imprese>>; subito dopo l'elencazione dei considerando definisce gli obiettivi dell'azione sovranazionale: <<il pieno e migliore impiego a livello comunitario, nazionale e regionale, condizione essenziale per una politica sociale efficace; il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro che consenta la loro parificazione del progresso; la crescente partecipazione delle parti sociali alle decisioni economiche e sociali della Comunità e dei lavoratori alla vita delle imprese>>.

⁴ Ibid. Nel punto in cui afferma di realizzare il pieno e miglior impiego per la Comunità enuncia tra i presupposti lo sforzo nel <<conciliare le responsabilità familiari di tutti gli interessati con le loro aspirazioni professionali>>.

La reazione alla Grande Recessione e la costruzione del mercato unico hanno concentrato i costi sui lavoratori e gli Stati, le componenti più deboli del quadro economico globale⁵. Ciò ha prodotto non solo l'arretramento del diritto europeo ma, ancor peggio, una tendenza regressiva negli ordinamenti nazionali più progrediti. In taluni casi le interpretazioni della CGUE hanno stravolto l'originario intento sociale e protettivo per privilegiare piuttosto interessi e libertà economiche⁶ (es. processi di ristrutturazione aziendale; la massimizzazione dell'integrazione economica⁷; stabilire la superiorità dell'ordinamento europeo e delle libertà economiche in esso sancite). Sarà discussa in questa sede la sentenza C-103/16 in quanto espressione di tendenze consolidate pur se, come detto, attinente ad un contrasto diritti e libertà non contrassegnato dalla tradizionale contrapposizione fra ordinamenti nazionale-sovranaazionale.

1. La tutela della donna nell'ordinamento spagnolo.

I sistemi giuridici democratici, tutelano le categorie più deboli e sensibili da atteggiamenti arbitrari e discriminatori in relazione al progresso economico-sociale della propria comunità. La debolezza di un gruppo dipende dall'essere oggetto di discriminazioni e dalla minore capacità di affermare e difendere i propri diritti, la sensibilità dalla particolare vulnerabilità psico-fisica.

La donna madre, pare strano precisarlo, ha pure una rilevanza sociale significativa. Per questo la previsione di misure adibite a garantire la conciliabilità fra vita familiare e attività lavorativa mira a consentirle di adempiere ai propri doveri di madre senza rinunciare al contributo del lavoro allo sviluppo della propria personalità e alla realizzazione personale.

Il considerando 24 della Direttiva 2006/54/CE, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, afferma che la particolare condizione biologica della donna legittima l'introduzione di misure protettive della maternità indispensabili all'attuazione di una parità sostanziale.

Nell'ordinamento spagnolo, come del resto nel nostro, la tutela della donna da atteggiamenti penalizzanti opera su tutti i livelli: costituzionale, legislativo ed europeo.

⁵ Interessante e completa è la descrizione proposta da Rodrik in "La Globalizzazione intelligente" del 2015 in cui espone il cd. trilemma politico dell'economia.

⁶ Un'analisi esaustiva della giurisprudenza europea è offerta in S. GIUBBONI, *"Diritto del lavoro europeo, una introduzione critica"*, Padova, 2017, I ed.; In merito al ruolo politico della Corte Consiglio la lettura di G. PASQUINO, *"L'Europa in trenta lezioni?"*, Torino, 2017, I ed., pp. 127 – 130; vedi anche V. CANNIZZARO, (2017), "Diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione", Torino, 2008, II ed., pp. 177 – 178, nell'introduzione al sistema giudiziario dell'Unione scrive che << [...] le modalità di funzionamento dei meccanismi giurisdizionali contribuiscono a definire sia i caratteri strutturali dell'ordinamento dell'Unione che i rapporti con gli ordinamenti degli Stati membri [...] anche alla luce della debolezza del sistema politico, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha acquisito un ruolo centrale [...]>>.

⁷ Riguardo la crisi del principio di territorialità del diritto e le ricadute sul funzionamento del mercato europeo consiglio F. BANO, *"Sovranità regolativa e subordinazione del diritto del lavoro"*, in Lavoro e diritto, Fascicolo I, inverno 2017; In riferimento specifico al distacco di manodopera nell'ambito della prestazione transnazionale dei servizi vedi G. ORLANDINI, *"Mercato Unico dei Servizi e tutela del lavoro"*, Milano, 2014, I ed.

L'Art. 14⁸ della Costituzione vieta espressamente qualsiasi discriminazione basata, fra le altre ragioni, sul sesso, mentre l'Art. 9, co. 2⁹, affida ai pubblici poteri la promozione delle condizioni affinché la libertà e l'eguaglianza degli individui siano reali ed effettive.

La legge organica 3/2007 per l'eguaglianza effettiva fra donne e uomini non solo richiama nel preambolo i riferimenti costituzionali citati ma pure il conclamato valore di principio giuridico fondamentale e universale. Si preoccupa poi sia di prevenire condotte discriminatorie (es. l'Art. 6¹⁰ descrive, distingue ed equipara le forme di discriminazione diretta e indiretta; l'Art. 13, co. 1¹¹, nei procedimenti giudiziari su azioni discriminatorie pone l'onere della prova a carico del convenuto) sia di prevedere politiche attive tramite cui concretizzare la parità di genere (es. l'Art. 45¹² impone alle aziende private il rispetto del medesimo piano di parità previsto nel settore pubblico).

Poi ancora intervengono specifiche disposizioni dello Statuto dei lavoratori spagnolo che all'Art. 4, co. 2, lettera c)¹³, vieta discriminazioni, sia dirette che indirette, sul lavoro per qualsiasi ragione, mentre all'Art. 17, co. 1¹⁴, definisce "nullo" qualsiasi atto che riguarda il lavoratore in modo discriminatorio.

⁸ Art. 14, Cost. Spagnola, Titolo I "Dei diritti e doveri fondamentali", Cap. 2 "Diritti e libertà": <<Gli spagnoli sono uguali di fronte alla legge, senza che prevalga alcuna discriminazione per motivi di nascita, razza, sesso, religione, opinione e qualsiasi altra condizione o circostanza personale o sociale>>.

⁹ Art. 9, Cost. Spagnola, Titolo preliminare, comma 2: <<Compete ai pubblici poteri promuovere le condizioni affinché la libertà e l'eguaglianza dell'individuo e dei gruppi cui partecipa siano reali ed effettive; rimuovere gli ostacoli che impediscono o rendono difficile la loro realizzazione e agevolare la partecipazione di tutti i cittadini alla vita politica, economica, culturale e sociale>>.

¹⁰ Art. 6, Legge organica 3/2007 per l'eguaglianza effettiva di donne e uomini: <<Si considera discriminazione diretta per ragioni di sesso la situazione in cui una persona è, è stata o potrebbe essere trattata, a seconda del sesso, meno favorevolmente di un'altra in una situazione analoga. Si considera discriminazione indiretta per ragioni collegate al sesso la situazione in cui una disposizione, criterio o pratica apparentemente neutrale pone una persona di un genere specifico in una condizione di svantaggio particolare rispetto a persone dell'altro sesso, salvo che detta disposizione, criteri o pratiche possano giustificarsi obiettivamente in vista di una finalità legittima e che i mezzi per realizzare detta finalità siano necessari e adeguati. In ogni caso, qualsiasi ordine di discriminazione, direttamente o indirettamente, basato sul sesso, è considerato discriminatorio>>.

¹¹ Art. 13, p. 1, Legge organica 3/2007 per l'eguaglianza effettiva di donne e uomini: <<Conformemente alle leggi procedurali, nei procedimenti in cui le accuse del ricorrente si basano su azioni discriminatorie fondate sul sesso, spetterà al convenuto provare l'assenza di discriminazione nelle misure adottate e la loro proporzionalità>>.

¹² Art. 45, L. organica 3/2007 per l'eguaglianza effettiva di donne e uomini: <<Le aziende sono obbligate a rispettare la parità di trattamento e le opportunità sul posto di lavoro e, a tal fine, devono adottare misure volte ad evitare qualsiasi tipo di discriminazione sul lavoro tra donne e uomini, misure da negoziare e, se del caso, concordare, con i rappresentanti legali dei lavoratori nel modo determinato nella legislazione sul lavoro. Nel caso di imprese con cinquanta o più lavoratori, le misure di parità di cui alla sezione precedente dovrebbero essere indirizzate alla preparazione e all'applicazione di un piano di parità, con l'ambito e il contenuto stabiliti in questo capitolo, che deve essere inoltre oggetto di negoziazione secondo le modalità stabilite dalla legislazione sul lavoro. Nonostante le disposizioni della sezione precedente, le società devono sviluppare e applicare un piano di parità quando ciò è stabilito nel contratto collettivo applicabile, nei termini stabiliti in esso. Le società elaboreranno e applicheranno un piano di parità, previa negoziazione o consultazione, se del caso, con la rappresentanza legale dei lavoratori, quando l'autorità del lavoro ha concordato in una procedura sanzionatoria la sostituzione delle sanzioni accessorie da parte elaborazione e applicazione di detto piano, nei termini stabiliti nell'accordo indicato. L'elaborazione e l'attuazione di piani per la parità saranno volontari per le altre società, dopo aver consultato la rappresentanza legale dei lavoratori>>.

¹³ Art. 4, p. 2, lettera c), *Estatuto de los Trabajadores*, stabilisce il diritto dei lavoratori a <<non essere direttamente o indirettamente discriminati per lavoro, o una volta impiegati, per motivi di sesso, stato civile, età entro i limiti stabiliti dalla presente legge, origine razziale o etnica, condizione sociale, religione o convinzioni, idee politiche, orientamento sessuale, affiliazione o meno a un'unione, così come per ragioni linguistiche, all'interno dello Stato spagnolo>>.

¹⁴ Art. 17, p. 1, *Estatuto de los Trabajadores*: <<Si intenderanno nulli i precetti normativi, le clausole dei contratti collettivi, i singoli patti e le decisioni unilaterali del datore di lavoro che danno luogo all'occupazione, nonché in materia di retribuzione, orario di lavoro e altre condizioni di lavoro situazioni di discriminazioni, dirette o indirette, sfavorevoli a causa di età o disabilità o situazioni di discriminazione diretta o indiretta basata sul sesso, origine, incluso razza o etnia, stato civile, condizione sociale, religione o credo, idee politiche, orientamento o condizione sessuale, aderenza oppure no ai sindacati e ai loro accordi, legami di parentela con persone appartenenti o legate alla società e alla lingua all'interno dello Stato spagnolo>>.

L'ordinamento europeo rappresenta un'altra ricca fonte di disposizioni protettive a beneficio della donna, e della lavoratrice in quanto madre. A quest'ultima categoria si riferisce la direttiva 92/85 concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento.

Il considerando 15¹⁵ e l'Art. 10, punto 1¹⁶, prevedono in modo espresso una tutela preventiva, vale a dire un divieto di licenziamento delle lavoratrici nel periodo che intercorre tra l'inizio della gravidanza e la fine del congedo di maternità. La direttiva prevede, sempre all'Art. 10, punto 1, la possibilità di una deroga al divieto nei << casi eccezionali >>, << non connessi al loro stato >> e << ammessi dalle legislazioni e/o prassi nazionali >>. Al punto 2 si legge che << qualora una lavoratrice sia licenziata durante il periodo specificato nel punto 1 il datore di lavoro deve fornire per iscritto giustificati motivi per il licenziamento >>. Poi, al punto 3, prescrive una tutela riparativa << contro le conseguenze di un licenziamento che a norma del punto 1) è illegittimo >>.

Questa direttiva comunque non rispetta i requisiti definiti in C-41/74 *Van Duyn* per l'efficacia diretta verticale, ovvero la capacità autonoma di produrre diritti e obblighi nei rapporti fra Stato e cittadini. Non ha carattere né incondizionato, né sufficientemente chiaro o preciso, né tanto meno ci troviamo nella situazione in cui lo Stato membro non abbia provveduto entro il termine previsto al recepimento della stessa¹⁷. Pertanto, la Corte di Giustizia della Catalogna ha proposto un rinvio pregiudiziale (C-103/16) proprio per accertare la corretta trasposizione nell'ordinamento spagnolo della direttiva 92/85, nonché l'interpretazione del combinato disposto fra questa e la direttiva 98/59 sui licenziamenti collettivi.

La questione principale ha riguardato una procedura di licenziamento collettivo, intrapresa da Bankia, che ha coinvolto una lavoratrice proprio nel periodo protetto dalla direttiva 92/85.

¹⁵ Considerando 15, Direttiva 92/85: << considerando che il rischio di essere licenziate per motivi connessi al loro stato può avere effetti dannosi sullo stato fisico e psichico delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento e che conseguentemente conviene prevedere un divieto di licenziamento >>.

¹⁶ Art. 10, p. 1, Direttiva 92/85: << gli Stati membri adottano le misure necessarie per vietare il licenziamento delle lavoratrici di cui all'articolo 2 nel periodo compreso tra l'inizio della gravidanza e il termine del congedo di maternità di cui all'articolo 8, paragrafo 1, tranne nei casi eccezionali non connessi al loro stato ammessi dalle legislazioni e/o prassi nazionali e, se del caso, a condizione che l'autorità competente abbia dato il suo accordo >>.

¹⁷ Vedi i punti 6 e 12 della sentenza C-41/74 *Van Duyn*.

2. Riflessione sul considerando 15 e sull'Art. 10, punto 1, della direttiva 92/85: La vulnerabilità psico-fisica della lavoratrice in maternità dipende davvero dalla connessione del provvedimento di licenziamento con il proprio status?

Le costituzioni nazionali del novecento hanno introdotto la cd. “funzione sociale” per ridefinire il rapporto fra interessi individuali e bisogni collettivi. Il secondo dopoguerra ha, più o meno ovunque, indotto un rinnovamento negli equilibri sociali e politici. Ciò ha riguardato soprattutto quei paesi, come il nostro, appena liberati dai regimi dittatoriali¹⁸. Proprio a questo scopo risponde la nozione di “economia sociale di mercato” elaborata dalla Scuola di Friburgo¹⁹, di seguito mutuata dall'Unione europea in occasione del Trattato di Lisbona. Definisce un sistema capace di coniugare armonicamente la crescita economica con la progressione e diffusione uniforme del benessere sociale.

La nostra Costituzione, in modo non dissimile, è stata incentrata sul principio lavorista e sul diritto al lavoro sanciti dagli artt. 1 e 4.

Per avere un quadro chiaro e completo della considerazione che i padri costituenti ebbero della famiglia come cellula base della società e della maternità dobbiamo concentrare lo sguardo su specifiche disposizioni del Titolo II sui rapporti etico-sociali (artt. 29-34) e del Titolo III sui rapporti economici (artt. 35-47).

Il titolo III sui rapporti economici è emblema del carattere compromissorio della Costituzione italiana fra il liberismo economico, i valori della sinistra e la dottrina sociale del cattolicesimo. L'Assemblea Costituente ha configurato un sistema misto dove la libertà dell'iniziativa economica e la proprietà privata dei mezzi di produzione coesistono con un forte interventismo pubblico.

Gli artt. da considerare per cogliere l'intenzione dei costituenti circa la tutela della lavoratrice madre e della famiglia dal libero svolgimento delle dinamiche di mercato sono quattro: 31; 37; 41; 42.

L'Art. 31 – <<La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose. Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo>> – e l'Art. 37 – << La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione. La legge stabilisce il limite minimo di età per il lavoro salariato. La Repubblica tutela il lavoro dei minori con speciali norme e garantisce ad essi, a parità di lavoro, il diritto alla parità di retribuzione>> – attestano la tutela speciale riservata alla famiglia e alla maternità.

La prima formazione sociale riconosciuta e tutelata appunto è la famiglia, intesa come spazio in cui l'individuo avvia il proprio sviluppo fisico e psicologico, come prima occasione di contatto con gli altri nonché come nesso fra Stato e cittadino. Gli Artt. impongono al legislatore il dovere di disciplinare lo svolgimento dei processi economici e delle attività lavorative creando le

¹⁸ Una trattazione esaustiva in Giubboni S. (2010), “La cittadinanza democratica come fonte di coesione sociale”, Seminari sulla protezione dei diritti fondamentali in Europa 2010.

¹⁹ L. MESINI, “L'ordoliberalismo: un'introduzione alla Scuola di Friburgo”, in Pandora rivista di teoria e politica, 2016, (1/06/2019), <https://www.pandorarivista.it/articoli/ordoliberalismo-scuola-di-friburgo/>.

condizioni ideali alla formazione della famiglia e allo svolgimento del ruolo di madre integrando i principi dello Stato sociale con quelli del mercato.

L'Art. 41 – << *L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali* >> – sintetizza più di ogni altro l'intento del costituente di contemperare libertà economica e utilità sociale architettando un sistema economico misto e solidaristico.

La natura ibrida del nostro mercato, tratto distintivo del nostro ordinamento, ha risentito pesantemente del nostro ingresso nell'Unione che diversamente ha una connotazione puramente liberista, sotto molti aspetti accentuata dalla Grande Recessione.

In fine, l'Art. 42 – << *La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti* >> – stabilisce la funzione sociale della proprietà.

Per lungo tempo, e non solo in Italia, venne additata come espediente con cui rilegittimare la proprietà all'interno di un sistema sociale fortemente mutato. Questo perché l'affiancamento di un diritto ad una limitazione ci dà l'impressione di un'antinomia che però è solo apparente. La funzione sociale, difatti, non attiene al diritto sulla cosa ma a quest'ultima.

Il proposito del legislatore è assicurare la destinazione sociale della proprietà che deve, necessariamente, essere a vantaggio di tutti senza però che venga meno il diritto del privato. Ecco perché si parla di vincolo esterno sulla proprietà²⁰.

La tutela della lavoratrice in maternità rientra certamente nella funzione sociale dell'attività economica poiché le scelte dell'impresa non possono avvenire in modo assolutamente autonomo ma devono rispondere ad alcune esigenze irrinunciabili della comunità politico-sociale in cui esercita la propria attività.

La maternità parimenti ha una funzione sociale²¹ fondamentale in quanto la donna riveste il ruolo di procreatrice ed educatrice. La tutela riconosciuta ha origine proprio dall'imprescindibilità della sua funzione, oltre che dalla debolezza e vulnerabilità già menzionate.

Per questo, la direttiva 92/85 si propone di tutelare le lavoratrici in maternità, anche, da provvedimenti estintivi del rapporto. Al considerando 15 si legge che << [...] *essere licenziate per motivi connessi al loro stato può avere effetti dannosi sullo stato fisico e psichico delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento* [...] >>, mentre all'Art. 10, punto 1, che << *gli Stati membri adottano le misure necessarie per vietare il licenziamento delle lavoratrici di cui all'articolo 2 nel periodo compreso tra l'inizio della gravidanza e il termine del congedo di maternità di cui all'articolo 8, paragrafo 1, tranne nei casi eccezionali non connessi al loro stato* [...] >>. Quindi il legislatore europeo attribuisce la lesività del provvedimento alla connessione con lo status della lavoratrice.

Il contenuto della disposizione pare mal formulato.

²⁰ R. ARTARIA, "La proprietà fra Costituzione e Carte europee", Università degli Studi di Milano – Bicocca, Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche, 2012, pp. 164 – 187.

²¹ V. VIALE, R. ZUCARO, "La maternità, dalla tutela alla valorizzazione. Un'analisi comparata", in Osservatorio Isofol n. 3/2016, (1/06/2019,

http://isfoloa.isfol.it/bitstream/handle/123456789/1655/Oss_3_2016_Viale_Zucaro_Maternità%20e%20tutele.pdf?sequence=1).

La lavoratrice in maternità va certamente tutelata dai provvedimenti di licenziamento ma indipendentemente dalle motivazioni in essi contenute, salvo la possibilità di casi specifici idonei a derogare il divieto. Il datore potrebbe non esplicitare la volontà di concludere il rapporto a causa della condizione della lavoratrice. Anzi, credo vada tenuta in considerazione la possibilità di condotte elusive finalizzate all'occultamento delle cause reali in cui può certamente rientrare l'inclusione della lavoratrice in una procedura di licenziamento collettivo.

Ritengo questa evenienza ben più probabile dopo la sentenza in esame, ciò interesserà soprattutto quegli ordinamenti giuridici, come nel caso spagnolo, che non hanno previsto un elenco tassativo di ipotesi di inoperatività del divieto.

In secundis, la dannosità potenziale del licenziamento dipende dall'incertezza economica-sociale sopraggiunta in un momento di maggiori responsabilità e di minori energie. Affermare che la lesività del licenziamento si verifichi nei soli casi in cui sia connessa alla maternità è un mero artificio.

Se piuttosto fosse stata predetta una pericolosità indipendente dalle ragioni giustificative del provvedimento non si sarebbe potuta proporre un'interpretazione del combinato disposto fra le direttive 92/85 e 98/59, come avvenuto in C- 103/16, che consentisse il licenziamento della lavoratrice tutelata all'interno di una procedura di licenziamento collettivo.

Si sarebbe dovuto tenere presente che pur essendoci delle cause oggettive alla base della procedura di licenziamento collettivo non è affatto escluso che l'inserimento della lavoratrice in maternità sia avvenuto per ragioni differenti. Sarebbe opportuno per questo distinguere le motivazioni oggettive che giustificano l'avvio di una procedura di licenziamento collettivo dalle ragioni che hanno comportato il coinvolgimento dei singoli lavoratori in tale procedura.

3. La causa C-103/16 Porras Guisado c. Bankia: scontro fra prospettive.

L'Avvocato Generale e la Corte di Giustizia hanno adottato prospettive antistanti circa l'interpretazione del combinato disposto fra le direttive in esame giungendo a conclusioni difformi sulla maggior parte (3/5) dei quesiti pregiudiziali. Hanno però concordato in merito alla terza questione che la conformità della trasposizione ai contenuti dell'Art. 10, punto 1 e 3, richiede la previsione di una tutela duplice, preventiva e riparativa, e riguardo alla quarta domanda pregiudiziale hanno condiviso l'inesistenza di un diritto di permanenza prioritaria. È interessante, non di meno, l'*iter* argomentativo con cui hanno respinto il carattere "ipotetico" della questione, sostenuto da Bankia, in merito all'adempimento del dovere di informazione da parte della lavoratrice rispetto al quale l'Art. 2 della direttiva 92/85 parrebbe subordinare le tutele in essa contenute.

La comparazione dei sentieri argomentativi dimostra non solo la numerosità di letture e soluzioni cui si presta il caso ma, altresì, l'esistenza di un substrato comune nelle pur divergenti posizioni stante nell'eminenza degli effetti protettivi dinnanzi all'eventuale presenza di vizi di natura procedurale e/o formale.

3.1. Il “dovere di informazione”: vizi formali e/o procedurali pregiudicano la vocazione protettiva della direttiva?

L’Art. 2 della direttiva 92/85, definisce le categorie destinatarie. Prescrive siano <<gestanti>>, <<puerpere>> o <<in periodo di allattamento>> le lavoratrici che abbiano avvisato il proprio datore di lavoro conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali.

La Bankia ha, quindi, reputato che le questioni pregiudiziali avessero carattere ipotetico poiché non essendo stata informata dello status della lavoratrice non sarebbero invocabili le tutele disposte dalla direttiva.

Sia l’Avvocato Generale sia la Corte hanno respinto questa ipotesi. Quest’ultima sostenendo che la condizione fosse conosciuta da colleghi e superiori, mentre l’Avv. Gen. ha presentato un’argomentazione più articolata.

Ha chiarito (punto 29) che compete al giudice nazionale verificare l’avvenuta informazione e alla CGUE stabilire se operi comunque la protezione impartita dall’Art. 10, punto 1, della direttiva 92/85. Ha, poi, messo in guardia (punti 36 – 37) sul rischio che un’interpretazione letterale dell’Art. 2 possa pregiudicare la tutela della direttiva stessa poiché il periodo che intercorre tra l’inizio della gravidanza e la fine del congedo di maternità non sarebbe effettivamente coperto qualora subordinato ad un dovere di informazione rigidamente inteso. Va tenuta, anzi, in considerazione la possibilità che la lavoratrice non sia a conoscenza della propria gravidanza oppure abbia bisogno di tempo prima di compiere la comunicazione.

Ulteriormente, attribuisce (punto 38) alla tutela prevista dall’Art. 10, punto 1, il carattere dell’effettività in quanto non sono previste né eccezioni né deroghe fuori dai “casi eccezionali” che discute nel paragrafo successivo.

Serve un’analisi che non si limiti al contenuto della direttiva per rovesciare l’impressione suscitata dall’Art. 2. Va sia ricostruita l’intenzione del legislatore sovranazionale sia esaminata la giurisprudenza precedente.

Già il considerando 2²² e il considerando 14²³ della direttiva 92/85 affermano l’obiettivo di armonizzare nel progresso le condizioni di lavoro e riconoscono la vulnerabilità della lavoratrice nel periodo stabilito dalla direttiva escludendo quindi implicitamente l’appropriatezza di una riduzione di tale lasso di tempo per imperfezioni di natura procedurale.

Rispetto all’intenzione del legislatore probabilmente una lettura complessiva della Carta Comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, da cui le direttive traggono direttamente ispirazione e cui il considerando 5 della direttiva 92/85 fa espresso richiamo, potrebbe fornire indicazioni più precise e ulteriori sulla dignità che questi valori dovrebbero avere all’interno dell’ordinamento europeo. Nel proemio si legge, per l’appunto, che attiene al <<ruolo del lavoro nella nostra società>> e conferma l’indiscutibile volontà (punto 16) <<di sviluppare misure

²² Considerando 2, direttiva 92/85: “considerando che la presente direttiva non può giustificare un abbassamento eventuale dei livelli di protezione già raggiunti in ogni Stato membro e che gli Stati membri si impegnano, ai sensi del trattato, a promuovere il miglioramento delle condizioni esistenti in questo settore in vista di una loro armonizzazione nel senso di progresso”.

²³ Considerando 14, direttiva 92/85: “considerando che la vulnerabilità delle donne gestanti, puerpere e in periodo di allattamento rende necessario un diritto ad un congedo di maternità di almeno quattordici settimane ininterrotte, ripartite prima e/o dopo il parto, ed il carattere obbligatorio di un congedo di maternità di almeno due settimane, ripartite prima e/o dopo il parto”.

che consentano agli uomini e alle donne di conciliare meglio i loro obblighi professionali e familiari>> e, al considerando 7, che <<la realizzazione del mercato interno [comporti] [...] miglioramenti in campo sociale, in particolare [...] delle condizioni di vita e di lavoro>>.

Dunque, non sembra affatto emergere una preferenza al formalismo giuridico a dispetto della capacità della direttiva di raggiungere i propri ambiziosi obiettivi sociali.

La giurisprudenza europea, in particolare nei casi C-32/93 Webb, C-109/00 Tele Danmark, C-63/08 T-Comalux, c-232/09 Danosa, ha mostrato un orientamento coerente con questa ricostruzione.

Coerentemente con quanto sin qui scritto, in C-32/93 Webb²⁴ la CGUE ha affrontato la questione indipendentemente dal carattere diretto o indiretto dell'informazione e, quindi, dalla soddisfazione dei requisiti procedurali e formali previsti dalle leggi e/o prassi nazionali stabilendo che l'informazione indiretta non pregiudica le tutele previste.

Addirittura, nella sentenza C-109/00 Tele Danmark²⁵, è stata confermata la copertura della direttiva 92/85 anche nei confronti della lavoratrice che abbia nascosto la propria gravidanza al momento dell'assunzione. Le opinioni della Commissione e dell'Autorità di vigilanza competente sono espresse al punto 24 della sentenza: << [...] la Commissione fa valere che la lavoratrice non è tenuta ad informare il datore di lavoro in merito al proprio stato poiché quest'ultimo non ha il diritto di tenerne conto al momento dell'assunzione. L'Autorità di vigilanza AELS aggiunge che, se un tale obbligo di informare il datore di lavoro fosse ammesso, esso rischierebbe di rendere inefficace la tutela delle lavoratrici gestanti istituita dall'art. 10 della direttiva 92/85, mentre il legislatore comunitario ha voluto che tale tutela fosse particolarmente elevata>>. Al punto 28, si fa invece riferimento alla giurisprudenza pregressa << [...] la Corte ha già affermato che il rifiuto di assunzione a causa dello stato interessante non può trovare giustificazione in motivi relativi al danno economico a carico del datore di lavoro in caso di assunzione di una donna gestante, durante tutto il periodo di assenza per maternità [...] >>.

In C-63/08 T-Comalux²⁶ il dovere di informazione è stato oggetto di un'interpretazione estremamente elastica, ammettendo persino la possibilità che il datore sia avvisato successivamente alla decisione del licenziamento stesso. Una siffatta conclusione poggia sull'Art. 10, punto 3, della direttiva 92/85, che prevede una tutela riparativa, volta all'eliminazione delle conseguenze di un licenziamento illegittimo. È precisato al punto 52 che gli Art. 10 e 12²⁷ della stessa direttiva non ostano ad una disposizione nazionale che prevede un'azione giudiziaria specifica nei confronti dei provvedimenti estintivi del rapporto e subordinata al rispetto di termini perentori e definiti in anticipo, purché ciò non renda l'esercizio dei diritti in questione né particolarmente difficile, né praticamente impossibile.

²⁴ [www.eur-lex.eu, 24/05/19, Carole Louise Webb contro EMO Air Cargo \(UK\) Ltd.](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1559121375815&uri=CELEX:61993CJ0032)

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1559121375815&uri=CELEX:61993CJ0032.](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1559121375815&uri=CELEX:61993CJ0032)

²⁵ [www.eur-lex.eu, 24/05/19, Tele Danmark A/S contro Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark \(HK\).](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1559121494931&uri=CELEX:62000CJ0109)

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1559121494931&uri=CELEX:62000CJ0109.](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1559121494931&uri=CELEX:62000CJ0109)

²⁶ [www.eur-lex.eu, 24/05/19, Virginie Pontin contro T-Comalux SA.](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1559121569251&uri=CELEX:62008CJ0063)

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1559121569251&uri=CELEX:62008CJ0063.](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1559121569251&uri=CELEX:62008CJ0063)

²⁷ Art. 12, direttiva 92/85: <<Gli Stati membri introducono nel loro ordinamento giuridico interno le misure necessarie per consentire a qualsiasi lavoratrice che si ritenga lesa dalla mancata osservanza degli obblighi derivanti dalla presente direttiva di difendere i propri diritti per via legale e/o, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali, mediante ricorso ad altre istanze competenti>>.

In C-232/09 Danosa²⁸ è stata decisa l'idoneità di qualsiasi mezzo di informazione capace di rendere la componente datoriale consapevole dello status della lavoratrice e, soprattutto, che le modalità procedurali non devono pregiudicare la tutela posta in essere dalla direttiva 92/85. Leggiamo (punto 55): << [...] anche se l'art. 2, lett. a), della direttiva 92/85 rinvia alle legislazioni e/o prassi nazionali per quanto concerne le modalità con cui la lavoratrice informa il datore di lavoro del proprio stato, ciò nondimeno tali modalità non possono privare di sostanza la protezione peculiare della donna sancita all'art. 10 della direttiva medesima [...] Qualora, senza essere formalmente informato della gravidanza della lavoratrice da parte dell'interessata stessa, il datore di lavoro sia venuto a conoscenza dello stato di gravidanza di quest'ultima, sarebbe contrario allo scopo e allo spirito della direttiva 92/85 [...] negare alla lavoratrice interessata la tutela contro il licenziamento di cui all'art. 10 >>.

Quindi sia la CGUE sia l'Avvocato Generale giudicano prioritarie le tutele impartite dal legislatore rispetto alla presenza di eventuali vizi dell'informazione. Sono, pertanto, concordi nel ritenere il contenuto prevalente rispetto alla forma.

In merito al combinato disposto, al contrario, le vedute si biforcano.

3.2. L'interazione fra l'Art. 10, punto 1, della direttiva 92/85 e l'Art. 1, punto 1, della 98/59: equiparazione o corrispondenza parziale?

Nella prima domanda pregiudiziale il giudice *a quo* pone la questione del rapporto, di equiparazione o meno, fra le formule << casi eccezionali non connessi al loro stato ammessi dalle legislazioni e/o prassi nazionali >> contenuta nell'Art. 10, punto 1, direttiva 92/85 e << uno o più motivi non inerenti alla persona del lavoratore >> dell'Art. 1, punto 1, direttiva 98/59.

La lettura del disposto combinato fra le direttive, in termini di sovrapposibilità sottrae le tutele riconosciute alla lavoratrice in maternità nell'ambito di una procedura di licenziamento collettivo. Sia la convenuta Bankia, sia la Corte hanno ritenuto le espressioni prima riportate caratterizzate da un rapporto di equiparazione scontrandosi con le conclusioni dell'Avvocato Generale. Quest'ultimo ritiene le direttive caratterizzate tanto da (punto 50) << elementi comuni >> quanto da (punto 52) una << portata differente >> in quanto la prima di riguarda le lavoratrici in maternità mentre la seconda i lavoratori in generale. Gli elementi comuni attengono al percorso di sviluppo dei valori sanciti dalle due direttive all'interno dell'ordinamento europeo. Una ricostruzione storico-normativa è senz'altro utile a ricavare l'intenzione del legislatore europeo in una dimensione diacronica.

Ho già accennato che gli ambiti trattati dalle direttive sono stati oggetto di un'attenzione comune e parallela già da metà degli anni settanta, periodo in cui si è formalizzato il proposito di un progresso economico-sociale equilibrato. Ne sono testimonianza sia la Risoluzione del Consiglio del 74 relativa ad un programma di azione sociale, sia le direttive 75/129/CEE sui licenziamenti collettivi, 75/117/CE sulla parità di genere nelle retribuzioni, 76/207/CEE sulla parità di trattamento in ambito lavorativo.

²⁸ www.eur-lex.eu, 24/05/19, Dita Danosa contro LKB Līzings SIA.
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1559121637195&uri=CELEX:62009CJ0232>.

Nel 1989 è entrata in vigore la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori²⁹ con l'obiettivo di definire << i principi fondamentali su cui poggia il nostro modello europeo di diritto del lavoro e, più in generale, (il) ruolo del lavoro nella nostra società >>. Non può che scaturire da un suo attento esame l'individuazione del più appropriato equilibrio fra libertà economiche (nel caso di specie il "diritto del datore di selezionare i propri lavoratori in entrata e in uscita) e i diritti fondamentali (come la tutela delle lavoratrici nel periodo di maternità).

Il caso giudiziario qui trattato dimostra come ciò non sia ancora avvenuto.

L'Avvocato Generale pertanto considera la lavoratrice in maternità rientrante nel perimetro protettivo di ambedue le direttive che, per questo, dovrebbero avere carattere cumulativo.

In aggiunta ha valutato "oggettiva" la protezione riconosciuta dalla 92/85, in quanto non dipenderebbe dalle motivazioni del licenziamento collettivo ma dai maggiori rischi psico-fisici dovuti alla maternità della destinataria.

La maggiore esposizione agli effetti dannosi deriva ad avviso di chi scrive dall'incertezza economica-sociale che seguirebbe all'estinzione del rapporto di lavoro in una fase in cui le responsabilità personali diventano più onerose. Ciò è del tutto indipendente dalla natura vera o falsa, legittima o illegittima, giusta o sbagliata delle ragioni alla base del provvedimento.

Per questo va vietato il licenziamento di lavoratrici in maternità sia nella forma individuale che in quella collettiva.

Secondo quest'impostazione è inevitabilmente opportuno interpretare restrittivamente le motivazioni³⁰ che assumerebbero rilevanza solo nel caso in cui siano idonee a derogare al divieto imposto dalla direttiva.

I requisiti da soddisfare per non compromettere la finalità stessa della direttiva sono due: l'eccezionalità del caso e la non connessione allo stato di gravidanza, o al periodo di maternità.

Proprio sull'eccezionalità divergono i sentieri intrapresi dall'Avv. Gen. e dalla Corte.

Il primo l'ha interpretata restrittivamente concludendo (punto 64) che pur essendoci una << corrispondenza >> fra le formule contenute nelle due direttive manca, invece, la coincidenza fra il requisito dell'eccezionalità e il carattere collettivo del licenziamento. Anzi, ha respinto con decisione e chiarezza l'ipotesi che qualsiasi caso di licenziamento collettivo presenti i requisiti dell'eccezionalità, visto che già la formulazione dell'Art. 1, punto 1, della direttiva 98/59 impiegando tre soglie, tramite cui distinguere suddetti licenziamenti, sia fra loro che rispetto

²⁹ www.dizi.eu, 25/05/2019, <http://www.dizie.eu/categorie/istituzioni/filter:car/?print=pdf-search>.

Si tratta di un documento dal carattere non vincolante, cd. *soft law*, (sebbene al punto 28, titolo II, si invita la Commissione a presentare il più rapidamente possibile le iniziative rientranti nelle proprie competenze previste nei Trattati ai fini dell'adozione di strumenti giuridici per la sua graduale ed effettiva applicazione) proposto dalla Commissione Delors e adottato dal Consiglio europeo nel 1989, che fissa standard comunitari di protezione per i diversi aspetti della vita lavorativa. Per molto tempo nella Comunità non si vollero codificare i diritti sociali in un testo giuridico. Ciò poiché, almeno fino alla fine degli anni Sessanta, le stesse politiche sociali erano concepite come semplice complemento dell'integrazione economica che non come parte di un disegno organico in campo sociale. La situazione cominciò a cambiare con i vertici dell'Aia del dicembre 1969 e di Parigi dell'ottobre 1972, nel corso dei quali emerse la volontà di alcuni Stati membri, prima fra tutti la Repubblica Federale Tedesca guidata da Willy Brandt di "approfondire" gli aspetti sociali del processo di integrazione. In particolare, il comunicato finale del secondo vertice sembrava attribuire a tali temi altrettanta importanza quanta ne era riconosciuta ai progetti di unione economica e monetaria. Dopodiché tale visione politica si è concretizzata in diverse disposizioni della Carta comunitaria dei diritti sociali dei lavoratori come espresso nei considerando 2 e 7 nonché dal punto 7 sul "miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro".

³⁰ Importante rilevare la coerenza fra le posizioni dell'Avvocato Generale e della Cassazione nella sentenza n. 14515/2018 trattata nel par. 7.1 di questo elaborato.

forme alternative di estinzione del rapporto, esclude che si tratti di fenomeni sporadici ma viceversa dotati di una certa regolarità. Infatti ricorda l'Avv. Generale (punto 67) che le procedure di licenziamento collettivo sarebbero, a detta delle istituzioni europee³¹, tanto frequenti e incisive da condizionare lo sviluppo complessivo dell'Unione.

Questo non esclude la possibilità che una procedura di licenziamento collettivo presenti i caratteri dell'eccezionalità. Tant'è che l'Avv. Gen. al punto 69 ricorda che la medesima direttiva 98/59 prevede una disciplina specifica, per esempio, riguardo ai licenziamenti collettivi derivanti dalla cessazione di un'attività disposta da una decisione giudiziaria³².

Per queste ragioni il carattere eccezionale del licenziamento collettivo non sarebbe, a suo avviso, generale e, in ogni caso, il suo esame spetterebbe al giudice del rinvio.

All'opposto, la Corte benché dapprima abbia abbracciato quanto affermato al punto 53 delle conclusioni dell'Avvocato generale, ovvero il godimento di ambedue le tutele, ha poi deciso (punto 49) che *<<il motivo o i motivi non inerenti alla persona del lavoratore per i quali sono effettuati i licenziamenti collettivi a norma dell'Art. 1, punto 1, della direttiva 98/59 rientrano nei casi eccezionali non connessi allo stato delle lavoratrici ai sensi dell'Art. 10, punto 1, della direttiva 92/85>>*.

È stato così stabilito che qualsiasi procedura collettiva di licenziamento rappresenti di per sé una circostanza eccezionale facendo così coincidere le formule contenute negli Art. 1, punto 1, della direttiva 98/59 e dell'Art. 10, punto 1, della direttiva 92/85 sottraendo, di fatto, le tutele riconosciute dalla direttiva alla lavoratrice nel periodo di maternità nell'ambito di una procedura di licenziamento collettivo.

La categoria è così esposta al rischio che il datore attenda l'apertura di una procedura di licenziamento collettivo per sbarazzarsene sfruttando come giustificate ragioni oggettive le cause economiche, tecniche, organizzative o di produzione previste dall'Art. 51 dell'E.T.³³. Questo, come se non bastasse, è stato oggetto di una riforma legislativa che ha esteso e sfumato i confini della fattispecie inficiando l'attività del sindacato giurisdizionale³⁴.

Credo che una siffatta lettura contravvenga l'intento del legislatore europeo e ravvivi l'accesso dibattito sul rapporto fra diritti fondamentali e libertà economiche nel sistema giuridico europeo, anche se il caso di specie resta al di fuori dell'ormai classico contrasto fra ordinamenti nazionale e sovranazionale. Il C-103/16 costituisce un precedente pericolosamente destrutturante per i

³¹ Vedi la proposta della Commissione che ha preceduto la direttiva 98/59 sui licenziamenti collettivi e il Considerando 2 della stessa.

³² Art. 3, p. 1, direttiva 98/59: *<< [...] Tuttavia, gli Stati membri possono prevedere che in caso di un progetto di licenziamento collettivo determinato dalla cessazione delle attività dello stabilimento conseguente ad una decisione giudiziaria, il datore di lavoro debba notificarlo per iscritto all'autorità pubblica competente soltanto dietro richiesta di quest'ultima [...]>>*.

³³ Art. 51, p. 1, Estatuto de los Trabajadores: *<< [...] vi sono cause economiche quando una situazione economica negativa risulta dai risultati della società, in casi quali l'esistenza di perdite attuali o previste, o il persistente calo del suo livello di reddito o vendite ordinarie. In ogni caso, si intenderà che il calo è persistente se durante tre trimestri consecutivi il livello del reddito ordinario o delle vendite di ciascun trimestre è inferiore a quello registrato nello stesso trimestre dell'anno precedente. Resta inteso che concorrono cause tecniche quando si verificano cambiamenti, tra gli altri, nel campo dei media o degli strumenti di produzione; Cause organizzative quando si verificano cambiamenti, tra l'altro, nel campo dei sistemi e dei metodi di lavoro del personale o nel modo di organizzare la produzione e le cause produttive quando si verificano cambiamenti, tra gli altri, nella domanda di prodotti o servizi che L'azienda punta a collocarsi sul mercato [...]>>*.

³⁴ Una trattazione completa del diritto del lavoro spagnolo alla prova della Grande Recessione vedi: M. RODRIGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, *“La grave crisi del diritto del lavoro”*, in Lavoro e Diritto, 2012; vedi anche M. RODRIGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, *“La crisi economica e i fondamenti del diritto del lavoro in Spagna”*, in www.aidlass.it, 2013.

sistemi giuridici più progrediti, in cui le tutele riconosciute a tale categoria sono ampie e incondizionate.

È interessante su questo aspetto l'articolo di Caterina Pareo³⁵ che, ponendo a confronto la pronuncia qui analizzata (C-103/16) con la sentenza n. 14515/2018 della Cassazione mette in guardia circa le possibili ricadute negative sebbene la legge di trasposizione italiana (d.lgs 151/2001) abbia minimizzato tali rischi attraverso la tipizzazione delle circostanze che determinano l'inoperatività del divieto di cui farò un breve accenno nelle conclusioni.

Nel paragrafo seguente si analizzano le conclusioni dell'Avv. Gen. e la pronuncia della Corte in riferimento alle questioni seconda e quarta, le quali sono direttamente collegate all'espressione "casi eccezionali", ossia a quale sia il requisito dell'eccezionalità se, quindi, sia sufficiente il carattere collettivo della procedura di licenziamento o debbano concorrere ulteriori elementi.

3.3. La facoltà datoriale di selezionare i lavoratori in uscita e la tutela di specifiche categorie.

L'Art. 38 della Cost. spagnola – <<Si riconosce la libertà d'impresa nel quadro dell'economia di mercato. I pubblici poteri garantiscono e proteggono il suo esercizio e la difesa della produttività, in accordo con le esigenze dell'economia generale e, se del caso, della pianificazione>> – enuncia la propria declinazione del concetto di economia di mercato.

La libertà di iniziativa economica non è assoluta ma soggetta all'azione dei pubblici poteri che, anche nella forma più invasiva della pianificazione, sono incaricati di garantirne la sintonia con le esigenze complessive del sistema economico-politico-sociale.

L'Art. 33 – <<Si riconosce il diritto alla proprietà privata e alla successione ereditaria. La funzione sociale di questi diritti delimita il loro contenuto conformemente alle leggi. Nessuno potrà essere privato dei propri beni e diritti se non per causa giustificata di pubblica utilità o nell'interesse sociale, mediante corrispondente indennizzo, e conformemente a quanto disposto dalle leggi>> – sancisce la funzione sociale della proprietà.

L'attività economica quindi subisce limitazioni su più livelli: costituzionale; europeo; legislativo. Nell'esercizio della libertà di impresa rientra l'attività di selezione dei lavoratori, sia in entrata che in uscita, che però è circoscritta da norme volte a garantirne il contemperamento con interessi e valori contrastanti: la tutela di gruppi vulnerabili, deboli e/o che svolgono un'attività importante per la società. Fra questi ultimi rientrano, per esempio, sia rappresentanti dei lavoratori onde preservarne il corretto svolgimento della funzione sia le donne per quanto già detto al par. 2.

L'Art. 51.2 E.T. definisce specifici vincoli vertenti sulla componente datoriale nell'ambito di una procedura di licenziamento collettivo. Il coinvolgimento dei rappresentanti dei lavoratori e delle autorità amministrative³⁶ è assicurato dall'avvio dell'intera procedura con la <<comunicazione>>, cui seguono la fase <<di consultazione>> e quella <<finale>>.

³⁵ C. PAREO, "Il licenziamento collettivo può costituire un'eccezione al divieto di licenziamento della lavoratrice madre?", in Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 2018.

³⁶ Per "autoridad laboral" si intende un organo amministrativo presente ai vari livelli provinciale, regionale e nazionale. Nella provincia sono presenti le "dirección provincial de trabajo", nelle regioni l'"autoridad laboral autonómica", in ambito nazionale troviamo la "ministra de empleo y seguridad social".

La comunicazione deve rispettare stringenti requisiti di forma e contenuto³⁷.

Vanno manifestate le <<cause>> secondo quanto previsto dall'Art. 51.1 dell'E.T.; va chiarito il numero e la classificazione professionale dei lavoratori coinvolti; va stabilito un <<periodo>> previsto per il completamento della procedura; l'Art. 51.2, lettera "e)", impone siano esplicitati i <<criteri>> di designazione dei lavoratori inclusi nella procedura; vanno infine indicati i componenti del <<comitato negoziale>>.

La non tipizzazione dei criteri di inclusione è l'aspetto più problematico. La giurisprudenza spagnola ha comunque individuato dei punti fermi: il carattere ragionevole e coerente della selezione con le ragioni oggettive giustificative della procedura di licenziamento collettivo. I criteri "negoziati" nella fase di consultazione e "comunicati" individualmente ai lavoratori devono quindi coincidere e non avere carattere discriminatorio. L'assenza di un elenco tassativo di criteri e della loro disciplina pone in capo ai giudici il compito di verificare "caso per caso" la corrispondenza fra i selezionati e le ragioni oggettive del licenziamento collettivo, anche se il controllo interviene solo nelle circostanze in cui il lavoratore abbia dato prova del carattere arbitrario e discriminatorio. Qualora, per esempio, si trattasse di ragioni tecnico-organizzative sarà richiesta una relazione causale con gli inclusi³⁸, diversamente se fossero economico-produttive basterebbe escludere la presenza di atteggiamenti arbitrari.

La prerogativa datoriale di selezionare i lavoratori da includere nell'ambito di un licenziamento collettivo per potersi ritenere "oggettiva e proporzionata" deve rispettare: i requisiti procedurali; la documentazione prevista dagli Art. 3, 4, 5, 9 del R.D 1483/2012; l'accordo raggiunto nella fase di consultazione; la relazione fra "criteri-caso concreto" che sarà sindacata dagli organi giurisdizionali competenti.

³⁷ Art. 51.2 *Estatuto de los Trabajadores*: << [...] La comunicación de la apertura del periodo de consulta será efectuada escribiendo dirigida al dador de trabajo a los representantes legales de los trabajadores, una copia de la cual será enviada a la autoridad del trabajo. En dicha carta deben ser consignados los siguientes puntos: a) La especificación de las causas del despido colectivo según lo establecido en el artículo 1. b) Número y clasificación profesional de los trabajadores interesados en el despido. c) Número y clasificación profesional de los trabajadores contratados habitualmente en el último año. d) Periodo previsto para ejecutar los despidos. e) Criterios tomados en consideración para la designación de los trabajadores interesados en el despido. f) Copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por parte de la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo. g) Representantes de los trabajadores que formarán parte del comité negociador o, en su caso, indicación de la falta de constitución de este en los términos legales. La comunicación a los representantes legales de los trabajadores y de la autoridad del trabajo debe ir acompañada de una relación explicativa de las causas del despido colectivo y de los demás aspectos indicados en el párrafo anterior, así como de la documentación contable y fiscal y de las relaciones técnicas, todo en los términos establecidos en la normativa. Una vez recibida la comunicación, la autoridad del trabajo la pasará a la entidad que gestiona las prestaciones de desempleo y recopilará, sobre base obligatoria, una relación del Inspección del trabajo y de la seguridad social sobre los fines de la comunicación de la cual en los párrafos anteriores y sobre el desarrollo del periodo de consulta [...] >>.

³⁸ L'adozione del criterio cd. "anzianità" deve mostrare, come qualsiasi altro criterio, la coerenza fra le ragioni del licenziamento collettivo e i designati. La Corte Superiore di Giustizia di Madrid nell'appello 1613 del 2010 ha stabilito che la ragionevolezza e la proporzionalità richiedono che il criterio sia coerente con la procedura complessiva. Il criterio non riguarda certamente l'anzianità anagrafica ma la presenza in azienda e può rispondere ad esigenze diverse che devono immancabilmente essere coerenti con le ragioni economiche, organizzative, tecniche e produttive.

Per esempio nell'ambito di un licenziamento giustificato da motivazioni economiche dovrebbe operare un cd. criterio di risparmio, ossia la preferenza per il mantenimento del personale più anziano in quanto si sono già sostenute spese di formazione e si vogliono evitare risarcimenti troppo onerosi. Se invece le ragioni fossero tecniche, ovviamente in relazione alla tipologia di problematiche tecniche, dovrebbe operare un cd. criterio tecnico. Un esempio potrebbe essere la preferenza al mantenimento dei lavoratori inseriti più recentemente poiché hanno conoscenze più attuali e innovative e per le prospettive di crescita ancora da sviluppare.

I criteri di selezione sono rilevanti poiché l'E.T prevede agli Art. 51.4³⁹ e 53.1⁴⁰ che i requisiti della lettera di licenziamento collettivo (su cui verte la quinta domanda pregiudiziale della causa C- 103/16) siano gli stessi del licenziamento per ragioni obiettive stabiliti nell'Art. 53, lettera "a", che prevede la comunicazione della causa individualmente a ciascun lavoratore.

Si tratta della causa della sua inclusione o del licenziamento collettivo? Sembra logico optare per la prima opzione.

Infatti tutti i lavoratori avranno conoscenza del programma di licenziamento collettivo dalla previsione di una fase di consultazione ma non delle ragioni che hanno determinato il coinvolgimento di ciascuno. Nonostante i requisiti previsti dall'Art. 53.1 siano stati mantenuti dalla riforma della legge 3/2012 e che la sentenza 183/2013⁴¹ dell'Audiencia Nacional abbia concluso che le tutele previste dall'E.T nell'ambito dei licenziamenti individuali siano estendibili a quelli collettivi, la sentenza del Tribunale Supremo 173/2017⁴² ha stabilito che, nel caso in cui la fase di consultazione si concluda positivamente, il contenuto della lettera di licenziamento non deve necessariamente riprodurre i criteri di selezione poiché già definiti nell'accordo.

Ciò attesta l'assenza di una prassi consolidata e la confusione sul tema che però è stata risolta dalla Corte di Giustizia in un senso meno vantaggioso per i lavoratori. Piuttosto avrebbe potuto, pur giudicando il licenziamento collettivo quale circostanza eccezionale, imporre che la lettera di licenziamento facesse riferimento alle ragioni specifiche che hanno determinato l'inclusione della lavoratrice scongiurando l'eventualità che il datore approfitti delle ragioni oggettive di una procedura di ristrutturazione aziendale per liberarsi di lavoratori altrimenti tutelati.

3.4. Le questioni pregiudiziali seconda e quarta: obbligo di riassegnazione e diritto di permanenza prioritaria. Cosa prevede l'Art. 10, punto 1, della direttiva 92/85?

L'Avv. Gen., dopo aver rifiutato che l'"eccezionalità" rappresenti un carattere tipico di ciascun licenziamento collettivo, ha dichiarato (punto 72) la necessità di subordinare l'inclusione della lavoratrice in maternità nella procedura di licenziamento collettivo all'impossibilità di una sua

³⁹ Art. 51.4 *Estatuto de los Trabajadores*: <<Una volta che l'accordo è stato raggiunto o la decisione è stata comunicata ai rappresentanti dei lavoratori, il datore di lavoro può notificare i lavoratori interessati dei licenziamenti individualmente, che devono essere effettuati in conformità con le disposizioni dell'articolo 53.1. In ogni caso, devono trascorrere almeno trenta giorni tra la data di comunicazione dell'apertura del periodo di consultazione con l'autorità del lavoro e la data degli effetti del licenziamento>>.

⁴⁰ Art. 53.1 *Estatuto de los Trabajadores*: <<L'adozione dell'accordo di risoluzione ai sensi delle disposizioni dell'articolo precedente richiede il rispetto dei seguenti requisiti: a) Comunicazione scritta al lavoratore che esprime la causa. b) Mettere a disposizione del lavoratore, contestualmente alla consegna della comunicazione scritta, il risarcimento di venti giorni all'anno di servizio, suddividendo per mesi i periodi di tempo inferiori ad un anno e con un massimo di dodici mesi. Quando la decisione estinta si basava sull'articolo 52.c), con accusa di causa economica, e come conseguenza di tale situazione economica, il datore di lavoro non poteva essere messo a disposizione per l'indennizzo di cui al paragrafo precedente, affermando che nella comunicazione scritta, è possibile interrompere l'operazione, fatto salvo il diritto del lavoratore di esigere il pagamento quando la decisione estinta diventa effettiva. c) Rilascio di un termine di preavviso di quindici giorni, calcolato dalla consegna della comunicazione personale al lavoratore fino alla risoluzione del contratto di lavoro. Nel caso contemplato nell'articolo 52.c), la notifica di preavviso deve essere fornita una copia alla rappresentanza legale dei lavoratori per loro conoscenza>>.

⁴¹ Audiencia Nacional. Sala de lo Social. Madrid 183/2013, www.poderjudicial.es, 1/06/2019, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=6866003&statsQueryId=119701847&calledfrom=searchresults&links=%22183%2F2013%22&optimize=20131029&publicinterface=true>.

⁴² Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Madrid 173/2017, www.poderjudicial.es, 1/06/2019, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7975275&statsQueryId=119700508&calledfrom=searchresults&links=%22173%2F2017%22&optimize=20170329&publicinterface=true>.

riassegnazione ad altro posto di lavoro che sia coerente con la gamma di competenze professionali possedute. Soltanto nel caso in cui questa sia di fatto impossibile si verificherebbe una deroga legittima al divieto imposto dall'Art. 10, punto 1, della direttiva 92/85. Per questo reputa vi sia un obbligo/diritto di riassegnazione a beneficio della lavoratrice oggetto delle tutele della direttiva.

Si esprime altrimenti in merito alla quarta domanda pregiudiziale circa l'esistenza di un cd. diritto di permanenza prioritaria, dato che né la direttiva 92/85 né la 98/59 impongono agli Stati di prevedere tale diritto per le lavoratrici nel periodo di maternità.

La difformità fra questo e il diritto alla riassegnazione è in effetti sostanziale.

Il diritto di permanenza prioritaria determina l'obbligo alla conservazione del posto della lavoratrice indipendentemente dall'esistenza di una posizione vacante corrispondente. Tale garanzia opera nell'ordinamento spagnolo, secondo quanto disposto dall'Art. 51.5 dell'E.T. e dall'Art 13 del R.D. 1483/2012⁴³, limitatamente ai rappresentanti legali dei lavoratori.

L'Art. 51 dell'E.T sul licenziamento collettivo ottempera a tre funzioni essenziali eppure contrastanti. Le prime due sono di natura sociale e protettiva: impedire atteggiamenti arbitrari e discriminatori del datore e garantire la risarcibilità del danno subito dal lavoratore oggetto di un provvedimento illegittimo. Inoltre, regola i processi di ristrutturazione aziendale conformemente alla direttiva 98/59.

Lo stesso prevede pure la possibilità di propagare tale diritto di permanenza ad altri gruppi tramite la contrattazione collettiva o l'accordo conclusivo della fase di consultazione ed elenca, anche se in modo né esaustivo né vincolante, talune categorie cui lo specifico diritto sia estendibile: i soggetti con carichi familiari, le persone disabili e/o più anziani di una certa soglia.

Non si tratta comunque di garanzie assolute. Sebbene non siano sopprimibili tramite la contrattazione collettiva, possono venire meno in determinate evenienze fra cui, per esempio, l'estinzione della totalità dei rapporti di lavoro presenti in azienda.

Una categoria protetta da tale diritto di permanenza gode, perciò, di una tutela più forte non solo perché selezionabile nella procedura di licenziamento collettivo solo in circostanze stringenti ma anche perché opera una vera e propria tutela preventiva, in linea con quanto previsto dall'Art. 10, punto 1, della direttiva 92/85, difatti un loro licenziamento illegittimo sarà nullo.

Nel caso di specie, C-103/16, l'accordo raggiunto col cd. <<gruppo speciale di negoziazione>> ha definito dei criteri di priorità al mantenimento del posto senza alcun riguardo alle lavoratrici in maternità. Sembra insufficiente la previsione di una fase di consultazione senza un esplicito obbligo di esaminare l'ipotesi di casi rientranti nelle tutele della direttiva 92/85 e di valutare l'attuabilità di soluzioni alternative alla loro selezione.

La Corte ha ritenuto che la direttiva 92/85 non imponga agli Stati membri né una "priorità di riqualificazione", dunque di riassegnazione, né tanto meno un'ipotesi più vincolante quale la

⁴³ Art. 13, R.D. 1483/2012 su procedure di licenziamento collettivo, di sospensione dei contratti e di riduzione dell'orario di lavoro: <<Conformemente alle disposizioni dell'articolo 51.5 e 68.b) dello Statuto dei lavoratori e dell'articolo 10.3 della legge organica 11/1985, del 2 agosto, sulla libertà di associazione, i rappresentanti legali dei lavoratori hanno priorità di permanenza in azienda rispetto agli altri lavoratori interessati dalla procedura di licenziamento collettivo. Questa priorità di permanenza favorirà anche i lavoratori appartenenti ad altri gruppi quando ciò è stato concordato in un contratto collettivo o nell'accordo raggiunto durante il periodo di consultazione, come i lavoratori con responsabilità familiari, oltre una certa età o persone con disabilità. La società deve giustificare nella decisione finale di licenziamento collettivo di cui all'articolo 12, il coinvolgimento dei lavoratori con priorità di permanenza nella società>>.

Luigi Di Cataldo *Il contemperamento sbilanciato fra libertà economiche e diritti fondamentali. Nota alla sentenza CGUE C-103/16 Porras Guisado c. Bankia.*

“priorità al mantenimento del posto” e che resta ferma la facoltà dei paesi europei prevista dall’Art. 5 della 98/59 <<*di applicare o introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli*>>.

Conclusioni

Alla luce delle considerazioni esposte il caso trattato pare porsi in continuità con una consolidata giurisprudenza⁴⁴ che, indipendentemente dal contrasto fra discipline nazionali ed europea, si distingue per il normale arretramento dei diritti sociali e del lavoro dinnanzi all'esercizio delle libertà economiche.

È doveroso chiedersi quanto saranno destrutturanti le conseguenze di un precedente giurisprudenziale tanto importante. Il rischio è una menomazione della capacità protettiva tanto delle direttive 92/85 e 98/59, quanto delle normative nazionali stesse.

Sicuramente le conclusioni dell'Avvocato Generale hanno mostrato la possibilità di un orientamento differente sul disposto combinato delle direttive basato su una interpretazione più articolata che ha tenuto conto dell'exkursus con cui i valori in discussione si sono affermati nell'ordinamento e della giurisprudenza sovranazionale.

Al di là dell'opportunità o meno di una diversa lettura del combinato disposto degli Artt. 10 e 1, rispettivamente delle Direttive 92/85 e 98/59, va almeno tenuto presente che le scelte del legislatore spagnolo in sede di trasposizione – Ley 39/99 de Conciliación de la vida personal, laboral y familiar - hanno inciso in modo determinante sulla questione.

Il legislatore spagnolo non ha difatti tipizzato un elenco di “casi eccezionali” di esclusione del divieto limitandosi a prevedere <<salvo che, in tali casi, si dichiara la fondatezza della decisione di licenziamento per motivi non riguardanti la gravidanza o l'esercizio del diritto ai permessi e all'aspettativa sopra indicati>>.

Diversamente, il legislatore italiano ha evitato si verificassero situazioni di incertezza tramite la previsione di casi espressi di inoperatività del divieto enunciati nell'Art. 54 del d.lgs 151/2001. Al co. 2 – <<Il divieto di licenziamento opera in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza, e la lavoratrice, licenziata nel corso del periodo in cui opera il divieto, è tenuta a presentare al datore di lavoro idonea certificazione dalla quale risulti l'esistenza all'epoca del licenziamento, delle condizioni che lo vietavano>> – è prevista come circostanza eccezionale che rende il divieto inoperativo la mancata presentazione di idonea certificazione dello stato oggetto di tutele. Al co. 3 – <<Il divieto di licenziamento non si applica nel caso: a) di colpa grave da parte della lavoratrice, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro; b) di cessazione dell'attività dell'azienda cui essa è addetta; c) di ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta o di risoluzione del rapporto di lavoro per la scadenza del termine; d) di esito negativo della prova; resta fermo il divieto di discriminazione di cui all'articolo 4 della legge 10 aprile 1991, n. 125, e successive modificazioni>> – elenca i casi di esclusione del divieto di licenziamento comprendendo sia la “giusta causa” sia il “giustificato motivo oggettivo” nel solo caso di cessazione dell'attività dell'azienda.

⁴⁴ Rinvio al testo di S. GIUBBONI, “Diritto del lavoro europeo, una introduzione critica”, Padova, 2017, I ed.; a quello di G. ORLANDINI, “Mercato Unico dei Servizi e tutela del lavoro”, Milano, 2014, I ed.; per un esame specifico della sentenza C – 201/15 vedi A. LO FARO, “Corte di Giustizia, libertà di impresa e discipline nazionali dei licenziamenti: un altro passo verso la limitazione delle tutele del lavoro”, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale 2/2017.

La congiuntura economica negativa, che ha in un primo momento “giustificato” tendenze rivoluzionarie in ambito giuslavoristico e sociale, non può più essere strumentalizzata per legittimare il proseguimento della deriva neoliberalista.

L’azione politica, a mio avviso meglio di quella giuridica, dovrebbe individuare dei punti di equilibrio fra diritti sociali e libertà economiche coerenti con gli Stati più avanzati e, quindi, sostenibili dentro lo spazio europeo.

Per questo, prendendo atto della volontà del legislatore spagnolo di non tipizzare le circostanze eccezionali o di esclusione del divieto, sarebbe auspicabile un intervento legislativo sull’Art. 51.5 dell’E.T.

Si potrebbero includere le lavoratrici in maternità nel diritto di priorità al mantenimento del posto di cui godo i rappresentanti dei lavoratori che, in circostanze straordinarie, lascia comunque aperta la possibilità di disporre legittimamente l’estinzione del rapporto. Un’opzione meno radicale potrebbe essere la semplice menzione fra i gruppi “includibili” abbinata ad un esplicito obbligo per la fase di consultazione di discutere l’eventuale coinvolgimento di lavoratrici in maternità garantendo così la dovuta premura a questa categoria che altrimenti, come visto, può non essere adeguatamente salvaguardata dal solo dialogo fra i rappresentanti dei lavoratori e l’azienda.

Riconoscere alle lavoratrici in maternità la priorità “di riassegnazione” o “di mantenimento del posto” sarebbe, fra l’altro, in linea con l’Art. 2, punto 2, della direttiva 98/59 sui licenziamenti collettivi in cui si legge: <<[...] *nelle consultazioni devono almeno essere esaminate le possibilità di ridurre o evitare i licenziamenti collettivi, nonché di attenuare le conseguenze* [...]>>. Essendo la lavoratrice nel periodo tutelato dalla direttiva 92/85 vulnerabile per la maggiore esposizione al rischio di danni psico-fisici dovuti al licenziamento, individuare meccanismi giuridici con cui scongiurare tali rischi risponde all’obiettivo di ridurre le conseguenze dei licenziamenti previsto nella direttiva 98/59.

Bibliografia

- C. AMALFITANO, “*Ravvicinamento delle legislazioni*”, in Diritto on line, Treccani.it, 2015.
- R. ARTARIA, “*La proprietà fra Costituzione e Carte europee*”, Università degli Studi di Milano – Bicocca, Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche, 2012.
- F. BANO, “*Sovranità regolativa e subordinazione del diritto del lavoro*”, in Lavoro e diritto, Fascicolo I, inverno 2017.
- V. CANNIZZARO, (2017), “*Diritto dell’integrazione europea. L’ordinamento dell’Unione*”, Torino, 2008, II ed.
- S. CARUSO, “*Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*”, in S. Caruso, G. Fontana, (a cura di), “*Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi.*”, Bologna, 2015.
- S. CARUSO, R. DEL PUNTA, “*Il diritto del lavoro e l’autonomia perduta*”, In Lavoro e Diritto, 2016, 4.
- C. CROUCH, (2015), “*Postdemocrazia*”, Roma-Bari, 2015.
- R. DI MONACO, S. PILUTTI, G. COSTA, “*Strategie preventive per la salute: il momento critico del licenziamento*”, in Rivista Sociologia del Lavoro, 2018.
- G. FONTANA, “*I giudici europei di fronte alla crisi economica*”, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.INT – 114/2014.
- I. GARCÍA-PERROTE, “*La aplicación por el Tribunal de Justicia de la Unión europea de la directiva sobre despidos colectivos y su repercusión en el derecho español*”, in Actualidad jurídica EBSCO, 2019.
- S. GIUBBONI, “*La cittadinanza democratica come fonte di coesione sociale*”, in Seminari sulla protezione dei diritti fondamentali in Europa, 2010.
- S. GIUBBONI, “*Diritto del lavoro europeo, una introduzione critica*”, Padova, 2017, I ed.
- S. GIUBBONI, “*Il diritto del lavoro nella crisi europea (a proposito di un recente volume)*”, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.INT – 126/2016.
- A. MARTIN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, J. GARCÍA MURCIA, “*Derecho del trabajo*”, Madrid, 2018, XXVII ed.

D. HARVEY, “*A brief history of neoliberalism*”, Oxford-New York, 2007.

A. LO FARO, “*Corte di Giustizia, libertà di impresa e discipline nazionali dei licenziamenti: un altro passo verso la limitazione delle tutele del lavoro*”, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* 2/2017.

A. LYON-CAEN, A. PERULLI, “*Efficacia e diritto del lavoro*”, Padova, 2008, I ed.

A. LYON-CAEN, A. PERULLI, “*Valutare il diritto del lavoro*”, Padova, 2010, I ed.

G. LYON-CAEN, “*Le droit du travail. Une technique réversible*”, Parigi, 1995.

G. LYON-CAEN, “*Permanenza e rinnovamento del diritto del lavoro in un’economia globalizzata*”, in *Lavoro e Diritto* / a. XVIII, n. 2, primavera 2004.

F. MALZANI, “*Politiche di conciliazione e partecipazione delle donne al mercato del lavoro**”, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 238/2015.

L. MESINI, “*L’ordoliberalismo: un’introduzione alla Scuola di Friburgo*”, in *Pandora rivista di teoria e politica*, 2016.

G. ORLANDINI, “*Il distacco transnazionale*”, in M. P. Aimo, D. Izzi D. (a cura di), “*Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*” (collana “Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale”), Torino, 2014, 638 – 674.

G. ORLANDINI, “*Mercato Unico dei Servizi e tutela del lavoro*”, Milano, 2014, I ed.

G. ORLANDINI, “*Distacco transnazionale e dumping salariale nell’Unione europea*”, l’articolo riproduce la relazione svolta alla conferenza su “*social dumping and recent challenges for labour law in Europe. Regaining the initiative*” – Firenze 12 – 13 Maggio 2017.

C. PAREO, “*Il licenziamento collettivo può costituire un’eccezione al divieto di licenziamento della lavoratrice madre?*”, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2018.

G. PASQUINO, “*L’Europa in trenta lezioni*”, Torino, 2017, I ed.

M. RODRIGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, “*La grave crisi del diritto del lavoro*”, in *Lavoro e Diritto*, 2012.

Luigi Di Cataldo *Il contemperamento sbilanciato fra libertà economiche e diritti fondamentali. Nota alla sentenza CGUE C-103/16 Porras Guisado c. Bankia.*

M. RODRIGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, “*La crisi economica e i fondamenti del diritto del lavoro in Spagna*”, in www.aidlass.it, 2013.

D. RODRIK, “*La globalizzazione intelligente*”, Bari, 2015.

M. SAFJAN, “*Las trabajadoras embarazadas pueden ser despedidas con motivo de un despido colectivo: TJ, Sala Tercera, 22 Feb. 2018. Asunto C-103/16: Porras Guisado*”, in La Ley Unión Europea-dialnet.unirioja.es, 2018.

FRITZ. W. SCHARPF, “*Integrazione negativa e integrazione positiva: I dilemmi della costruzione europea*”, in *Stato e mercato*, issue 1, 2018, pages 21-52.

V. VIALE, R. ZUCARO, “*La maternità, dalla tutela alla valorizzazione. Un’analisi comparata*”, in *Osservatorio Isofol* n. 3/2016.

P. VILLANUEVA, J. BALTASAR, “*La elección de trabajadores en el despido colectivo en el ordenamiento jurídico-laboral español*”, in *Universidad Pontificia COMILLAS*, Madrid, 2018.

O. E. WILLIAMSON, “*L’economia dell’organizzazione: il modello dei costi di transazione*”, in R. Nacamulli, A. Rugiadini (a cura di), “*Organizzazione & Mercato*”, Bologna, 1985.

Seminari

A. LO FARO, “*Diritti sociali nella dimensione europea*”, presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali dell’Università degli Studi di Catania, Anno accademico 2016/17.

Riferimenti normativi

Costituzione Italiana.

Costituzione Spagnola.

Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea e documenti allegati.

Risoluzione del Consiglio del 21 Gen. 1974 relativa ad un programma di azione sociale.

Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015).

Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Luigi Di Cataldo *Il contemperamento sbilanciato fra libertà economiche e diritti fondamentali. Nota alla sentenza CGUE C-103/16 Porras Guisado c. Bankia.*

Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (Real Decreto 1483/2012).

Direttiva 92/85 concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento.

Direttiva 98/59 concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi.

Carta dei diritti fondamentali.

Carta Comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori.

Giurisprudenza nazionale italiana

Cassazione 6 Giugno 2018, n. 14515 – Nobile Pres. – Neri Della Torre Rel. – Matera P.M. – C.T.S.r.l. (avv. Tamburro, Vallebona) c. V.R. (avv. Paragallo).

Giurisprudenza nazionale spagnola

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Madrid 173/2017, www.poderjudicial.es, 1/06/2019, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=T&reference=7975275&statsQueryId=119700508&calledfrom=searchresults&links=%22173%2F2017%22&optimize=20170329&publicinterface=true>.

Audiencia Nacional. Sala de lo Social. Madrid 183/2013, www.poderjudicial.es, 1/06/2019, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=6866003&statsQueryId=119701847&calledfrom=searchresults&links=%22183%2F2013%22&optimize=20131029&publicinterface=true>.

Giurisprudenza europea

Sentenza della Corte del 5 febbraio 1963. - NY Algemene transport - en expeditie onderneming Van Gend en Loos e l'amministrazione olandese delle imposte. - (domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta dalla tariefcommissie di Amsterdam il 16 agosto 1962). - Causa 26/62.

Sentenza della Corte del 14 maggio 1974. - J. Nold, Kohlen- und baustoffgrosshandlung contro Commissione delle comunita' europee. - Causa 4/73.

Sentenza della Corte dell'11 luglio 1974. - Procureur du Roi contro Benoît e Gustave Dassonville. - Domanda di pronuncia pregiudiziale: Tribunal de première instance de Bruxelles - Belgio. Causa 8-74.

Sentenza della Corte del 4 dicembre 1974. - Yvonne Van Duyn contro Home Office. - (domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta dal chancery division of the high court of justice). - Causa 41/74.

Sentenza della Corte del 20 febbraio 1979. - Rewe-Zentral AG contro Bundesmonopolverwaltung für Branntwein. - Domanda di pronuncia pregiudiziale: Hessisches Finanzgericht - Germania. - Misure d'effetto equivalente alle restrizioni quantitative. Causa 120/78.

Sentenza della Corte (Sesta Sezione) del 27 marzo 1990. - Rush Portuguesa Lda contro Office national d'immigration.

Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale amministrativo di Versailles - Francia. - Atto di adesione - Periodo transitorio - Libera circolazione dei lavoratori - Libera prestazione dei servizi. Causa C-113/89.

Sentenza della Corte (Sesta Sezione) del 25 luglio 1991. - Manfred Säger contro Dennemeyer & Co. Ltd. - Domanda di pronuncia pregiudiziale: Oberlandesgericht München - Germania. - Libera prestazione dei servizi - Attività relative alla conservazione di diritti di proprietà industriale. Causa C-76/90.

Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 14 luglio 1994. - Carole Louise Webb contro EMO Air Cargo (UK) Ltd. - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla House of Lords - Regno Unito. - Parità di trattamento fra uomini e donne - Direttiva 76/207/CEE - Sostituzione di una lavoratrice dipendente in congedo di maternità - Sostituta gestante - Licenziamento. Causa C-32/93.

Sentenza della Corte (Prima Sezione) 19 giugno 2008 — Commissione delle Comunità europee/Granducato di Lussemburgo (Inadempimento di uno Stato — Distacco di lavoratori — Libera prestazione dei servizi — Direttiva 96/71/CE — Disposizioni di ordine pubblico — Riposo settimanale — Obbligo di presentare i documenti relativi a un distacco su semplice richiesta delle autorità nazionali — Obbligo di designare un mandatario ad hoc residente in Lussemburgo che conservi tutti i documenti necessari ai fini dei controlli). Causa C-319/06.

Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 4 ottobre 2001. - Tele Danmark A/S contro Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK). - Domanda di pronuncia pregiudiziale: Højesteret - Danimarca. - Parità di trattamento tra uomini e donne - Art. 5, n. 1, della direttiva

76/207/CEE - Art. 10 della direttiva 92/85/CEE - Licenziamento di una lavoratrice gestante - Contratto di lavoro a tempo determinato. - Causa C-109/00.

Sentenza della Corte (grande sezione) del 18 dicembre 2007. - Laval un Partneri Ltd contro Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan e Svenska Elektrikerförbundet. - Domanda di pronuncia pregiudiziale: Arbetsdomstolen - Svezia.

Libera prestazione dei servizi - Direttiva 96/71/CE - Distacco di lavoratori nel settore edilizio - Normativa nazionale che determina le condizioni di lavoro e di occupazione relativamente alle materie di cui all'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), ad eccezione del minimo salariale - Contratto collettivo dell'edilizia le cui clausole determinano condizioni più favorevoli o riguardano altre materie - Possibilità per le organizzazioni sindacali di tentare, mediante azioni collettive, di indurre le imprese stabilite in altri Stati membri a trattare caso per caso per determinare le retribuzioni da pagare ai lavoratori, nonché a sottoscrivere il contratto collettivo dell'edilizia. Causa C-341/05.

Sentenza della Corte (grande sezione) dell'11 dicembre 2007. - International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union contro Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti. - Domanda di pronuncia pregiudiziale: Court of Appeal (England & Wales), Civil Division - Regno Unito.

Trasporti marittimi - Diritto di stabilimento - Diritti fondamentali - Obiettivi della politica sociale comunitaria - Azione collettiva di un'organizzazione sindacale contro un'impresa privata - Contratto collettivo in grado di dissuadere un'impresa dal registrare una nave con la bandiera di un altro Stato membro. Causa C-438/05.

Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 3 aprile 2008. - Dirk Ruffert contro Land Niedersachsen. - Domanda di pronuncia pregiudiziale: Oberlandesgericht Celle - Germania. - Art. 49 CE - Libera prestazione dei servizi - Restrizioni - Direttiva 96/71/CE - Distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi - Procedure di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori - Tutela previdenziale dei lavoratori. Causa C-346/06.

Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 29 ottobre 2009. - Virginie Pontin contro T-Comalux SA. - Domanda di pronuncia pregiudiziale: Tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette - Lussemburgo. - Politica sociale - Protezione delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento - Direttiva 92/85/CEE - Artt. 10 e 12 - Divieto di licenziamento tra l'inizio della gravidanza e il termine del congedo di maternità - Tutela giurisdizionale dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario - Parità di trattamento tra uomini e donne - Direttiva 76/207/CEE - Art. 2, n. 7, terzo comma - Trattamento meno favorevole riservato ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità - Limitazione dei mezzi di ricorso a disposizione delle donne licenziate durante la gravidanza. Causa C-63/08.

Sentenza della Corte (Seconda Sezione) dell'11 novembre 2010. - Dita Danosa contro LKB Līzings SIA. - Domanda di pronuncia pregiudiziale: Augstākās Tiesas Senāts - Lettonia. - Politica sociale - Direttiva 92/85/CEE - Misure dirette a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento - Artt. 2, lett. a), e 10 - Nozione di "lavoratrice gestante" - Divieto di licenziamento di una lavoratrice gestante durante il periodo che va dall'inizio della gravidanza fino al termine del congedo di maternità - Direttiva 76/207/CEE - Parità di trattamento fra uomini e donne - Membro di un consiglio di amministrazione di una società di capitali - Normativa nazionale che consente il licenziamento di un tale soggetto senza alcuna limitazione. Causa C-232/09.

Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 18 luglio 2013. - Mark Alemo-Herron e altri contro Parkwood Leisure Ltd.

Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Supreme Court of the United Kingdom. - Trasferimento d'impresa - Direttiva 2001/23/CE - Mantenimento dei diritti dei lavoratori - Contratto collettivo applicabile al cedente e al dipendente al momento del trasferimento. Causa C-426/11.

Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 21 dicembre 2016. - Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) contro Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalis kai Koinonikis Allilengyis. - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Symvoulío tis Epikrateias. - Rinvio pregiudiziale - Direttiva 98/59/CE - Ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi - Articolo 49 TFUE - Libertà di stabilimento - Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - Articolo 16 - Libertà d'impresa - Normativa nazionale che conferisce ad un'autorità amministrativa il potere di opporsi a licenziamenti collettivi in esito ad una valutazione delle condizioni del mercato del lavoro, della situazione dell'impresa e dell'interesse dell'economia nazionale - Crisi economica acuta - Tasso nazionale di disoccupazione particolarmente elevato. Causa C-201/15.

Sitografia

www.eur-lex.eu

www.dizi.eu

www.treccani.it

www.aidlass.it