

# Le fondazioni lirico-sinfoniche, la natura giuridica e l'abuso del contratto a termine: ormai classici di repertorio

## *Opera and Symphony Foundations, Legal Nature and the Abuse of Fixed-Term Contracts: Now Established Repertoire Classics*

**Maria Barberio**

*Ricercatrice di Diritto del lavoro nell'Università di Modena e Reggio Emilia*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. La (da sempre) discussa natura delle fondazioni lirico-sinfoniche. – 3. I rapporti di lavoro negli enti lirici. – 4. L'abuso del contratto a termine: il risarcimento del danno è una misura effettiva? Qualche riflessione anche alla luce delle modifiche del decreto Salva infrazioni. – 5. La prassi delle transazioni tombali: una discriminazione in cerca di un fattore di rischio? – 6. I riflessi in tema di competenza del corretto inquadramento della condotta datoriale. – 7. Qualche conclusione, anche alla luce del nuovo rinvio pregiudiziale alla CGUE.

*Sinossi:* L'articolo, a partire dall'analisi della complessa natura giuridica delle fondazioni lirico-sinfoniche, delinea i tratti essenziali del rapporto di lavoro del settore e la problematica dell'abuso del contratto a termine, su cui si è concentrata l'attenzione della giurisprudenza nazionale ed unionale. L'impossibilità di convertire il contratto a tempo indeterminato, a fronte di una deroga alla disciplina comune, solleva dubbi sull'efficacia degli strumenti a contrasto del "preariato lirico" e, nello specifico, sulla misura risarcitoria, anche a seguito dei recenti interventi legislativi. Infine, si analizza l'inquadramento delle transazioni "estorsive", escludendone la natura discriminatoria, con tutte le conseguenze che seguono sul piano processuale, anche in ordine alla competenza.

*Abstract:* Starting from the analysis of the complex legal nature of opera-symphony foundations, the article outlines the essential aspects of the employment relationship in the industry as well as the issue related to the misuse of the fixed-term contract, which has gathered significant attention from the national and European jurisprudence. The impossibility of converting the permanent contract, as a consequence of a derogation from the general law, raises concerns around the effectiveness of the legal measures aimed at tackling the precariousness of the opera-symphony industry, especially regarding the compensatory mechanisms, also in

*light of the recent legislative interventions. Lastly, the contribution investigates the classification of settlements so-called “with extortion”, rejecting their discriminatory nature, with all its impact on the procedural level, including in terms of jurisdiction.*

**Parole chiave:** Fondazioni lirico-sinfoniche – Natura pubblica – Abuso del contratto a termine – Misura effettiva – Risarcimento del danno – Transazioni – Autonomia contrattuale – Discriminazione – Condotta ritorsiva

**Key words:** Opera-symphony foundations – Public nature – Misuse of the fixed term contract – Effective measures – Compensatory measure – Transaction – Freedom of contract – Discrimination – Retaliatory conduct

## 1. Introduzione

Le fondazioni lirico-sinfoniche sono divenute ormai il viatico di questioni giuslavoristiche di estremo interesse, passate in rassegna da diverse pronunce giurisprudenziali, nazionali ed unionali, con cui occorre senz'altro confrontarsi.

Le diverse questioni intrecciano un nodo da sciogliere in via preliminare inerente alla natura di questi enti, giacché accedere alla qualificazione pubblica, para-pubblica, ibrida o privata equivale a far venire in rilievo orizzonti normativi completamente differenti. Inoltre, l'evidenziazione delle “peculiarità” degli enti lirici è, altresì, funzionale vuoi a vagliare la ragionevolezza della deroga, confermata a più riprese dal legislatore, rispetto al diritto comune in tema di abuso del contratto a termine e vuoi a valutare anche l'adeguatezza delle previsioni poste a contrasto del c.d. “precariato lirico”, con particolare riferimento al tema dell'effettività della misura risarcitoria.

Infine, in una prospettiva più sistematica, la ricorrente prassi di richiedere la sottoscrizione di una transazione “tombale” sui pregressi contratti di lavoro a termine come *condicio sine qua non* per la instaurazione di un nuovo – l'ennesimo – rapporto di lavoro a tempo determinato ha insinuato il dubbio che questa condotta datoriale rappresenti un comportamento discriminatorio, eleggendo l'autonomia contrattuale a nuovo fattore di rischio. Occorre, dunque, tentare di tracciare il confine tra comportamento ritorsivo e discriminazione per “convinzioni personali” per evitare una illegittima estensione del cappello della nozione di discriminazione.

## 2. La (da sempre) discussa natura delle fondazioni lirico-sinfoniche

Come anticipato, per affrontare le diverse questioni brevemente descritte nella premessa, risulta prolettico un breve inquadramento della natura degli enti lirici<sup>1</sup>, atteso che questo elemento è stato posto, ancora di recente, dalle Sezioni Unite<sup>2</sup> come fondante la peculiarità delle deroghe alla disciplina comune del rapporto di lavoro nelle Fondazioni lirico-sinfoniche (di seguito, anche solo Fondazioni).

Nate come istituti di diritto privato – le c.d. società anonime<sup>3</sup> – poi trasformate in enti di diritto pubblico dal r.d. 3 febbraio 1936 n. 438<sup>4</sup>, sono state, infine, oggetto di una privatizzazione di lunga gestazione<sup>5</sup> che, ancora oggi, non può dirsi certamente pacifica<sup>6</sup>.

Questo tormentato inquadramento può spiegarsi a partire da una necessaria ammissione di fondo: le fondazioni lirico-sinfoniche non riescono ad agire completamente con gli strumenti tipici di un'impresa privata giacché non sono destinatarie di capitali sufficienti ad assicurarne la sopravvivenza, a partire anche dagli ingenti costi della manodopera<sup>7</sup>. Ciò spiega perché beneficiano di forme di sostegno e sovvenzioni pubbliche, elargite per la

<sup>1</sup> CONTALDO, *La disciplina giuridica delle fondazioni lirico sinfoniche alla luce delle norme più recenti*, in *Rivista di diritto delle arti e dello spettacolo*, 2021, II, 57 ss.

<sup>2</sup> Il riferimento è alle sentenze gemelle Cass., sez. un., 12 febbraio 2023, n. 5542-5556, in *LDE*, con nota di ANDRETTA.

<sup>3</sup> IUDICA, *Presentazione*, in IUDICA (a cura di), *Fondazioni ed enti lirici*, Cedam, 1998, XII ss.

<sup>4</sup> Con tale regio decreto, trasformato in l. 4 giugno 1936 n. 438, si affermò la natura pubblica delle Fondazioni lirico-sinfoniche, attuandone anche una regolamentazione organica. Questa qualificazione venne ribadita anche dall'art. 5 della c.d. legge Corona (l. 14 agosto 1967, n. 800) ed è rimasta immutata fino all'intervento del d.lgs. 367/1996. Per una analisi puntuale degli interventi appena citati, si rimanda a SANTONI, *I rapporti di lavoro nelle fondazioni lirico sinfoniche*, Esi, 2021, 11 ss.

<sup>5</sup> In estrema sintesi, il procedimento di trasformazione, che era avviato con gli artt. 5 ss. del d.lgs. n. 367 del 1996, è stato realizzato successivamente con il d.lgs. 23 aprile 1998, n. 134 (*Trasformazione in fondazione degli enti lirici e delle istituzioni concertistiche assimilate, a norma dell'art. 11, comma 1, lettera b, della legge 15 marzo 1997, n. 59*). Con esso il Governo ha disposto, *ope legis*, la trasformazione in oggetto, ritenendo che la veste giuridica privata consentisse ai suddetti enti di svolgere più proficuamente la propria attività. La Corte costituzionale ha, tuttavia, dichiarato l'illegittimità del d.lgs. da ultimo citato per eccesso di delega (sentenza n. 503 del 2008). In seguito, però, l'art. 1 del d.l. 24 novembre 2000, n. 345 (Disposizioni urgenti in tema di fondazioni lirico-sinfoniche), convertito dalla legge, con modificazioni, dall'art. 1 della legge 26 gennaio 2001, n. 6, ha nuovamente disposto la trasformazione in fondazioni di diritto privato degli enti lirici, con decorrenza dal 23 maggio 1998. E ciò al fine di salvaguardare con effetto *ex tunc* l'uniformità e la continuità degli assetti istituzionali già riformati dal d.lgs. n. 134 del 1998. La normativa presentava diversi limiti (per l'inquadramento dei quali v. SANTONI, *op. cit.*, 14 ss.), rispetto ai quali si è ritenuto opportuno intervenire mediante il d.l. n. 64 del 2010, emanato con l'obiettivo primario di incidere sull'organizzazione e sul funzionamento delle fondazioni lirico-sinfoniche con «un primo, immediato e urgente intervento volto a riformare, negli assetti fondamentali, un settore in profonda crisi come quello [...] lirico-sinfonico [...] al fine di razionalizzare le spese degli enti lirici [per il solo personale di entità superiore al valore economico del finanziamento statale] e nel contempo implementare, oltre alla produttività del settore, i livelli di qualità delle produzioni offerte» (così la relazione al disegno di legge di conversione presentato al Senato della Repubblica il 30 aprile 2010).

<sup>6</sup> Cass., sez. un., 12 febbraio 2023, n. 5542, cit.

<sup>7</sup> Sulle modalità con cui viene affrontato questo specifico problema del personale MAINARDI, CASALE, *Il personale delle Fondazioni lirico-sinfoniche dopo la conversione del decreto-legge n. 64/2010*, in *Aedon*, 3/2010.

persecuzione di un obiettivo di indubbio rilievo costituzionale: lo sviluppo della cultura e la tutela del patrimonio storico artistico nazionale (artt. 9 e 43 Cost.)<sup>8</sup>.

Tali elargizioni sono accompagnate da una prerogativa di controllo statale e da una verifica della rispondenza del loro utilizzo a principi pubblicistici di risparmio di spesa, di trasparenza e di evidenza pubblica. In buona sostanza, la persecuzione di una chiara finalità pubblicistica, realizzata quasi esclusivamente mediante sovvenzioni statali, finirebbe per adulterare la natura privata dell'ente lirico, contaminandolo di quel carattere pubblico, sufficiente a scardinare alcune tutele e financo a giustificare l'indeterminata precarizzazione dei lavoratori del settore lirico, ancorandola al divieto contenuto nell'art. 36 d.lgs. n. 165 del 2001<sup>9</sup>.

In verità, le "spie" del carattere pubblico delle Fondazioni sono numerose: persistente perseguimento di una funzione pubblicistica d'interesse nazionale in campo musicale; finanziamento, in misura quasi totalitaria, da parte dello Stato<sup>10</sup>; sottoposizione al controllo sulla gestione finanziaria della Corte dei conti (art. 15, comma 5, d.lgs. n. 367 del 1996) e patrocinio dell'Avvocatura dello Stato (art. 1, comma 3, d.l. n. 345 del 2000); ed, infine, nonché conseguentemente, vincolatività nei loro confronti della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici<sup>11</sup>.

La privatizzazione, pertanto, attivata con l'intento di perseguire una gestione «improntata a criteri equilibrio se non di profitto»<sup>12</sup>, a partire da una *governance* maggiormente snella, è stata irrimediabilmente compromessa da diversi fattori: la dipendenza dai finanziamenti

<sup>8</sup> Per un inquadramento della caratura costituzionale del lavoro nei luoghi della cultura, PILATI, *Il lavoro nei luoghi della cultura alla luce dei principi costituzionali*, in PILATI, RAZZOINI (a cura di), *Il lavoro autonomo nei luoghi della cultura*, ESI, 2022, 29 ss.

<sup>9</sup> Per l'inquadramento del divieto di conversione M. MARINELLI, *Il contratto a termine nelle fondazioni liriche*, in VTDL, 2020, III, 816 ss.

<sup>10</sup> Il sostegno economico alle istituzioni culturali è attuato secondo le modalità descritte dalla l. 7 ottobre 2013 n. 112, c.d. Legge Bray (su cui v. BERNABINI, *Le norme della Legge Bray per salvare e rilanciare le fondazioni lirico sinfoniche in difficoltà*, in *www.danzaeffebi.com*, 2013) ed in particolare, i nuovi criteri di destinazione del Fondo Unico per lo Spettacolo (di seguito FUS), istituito dalla legge n. 163 del 1985, sono stati previsti dall'art. 11, commi 20, 20-bis e 21. Nello specifico, il comma 20 – confermando che la quota destinata alle fondazioni lirico-sinfoniche è determinata annualmente con decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, sentita la Consulta per lo spettacolo, ed è attribuita ad ogni fondazione con decreto del Direttore generale per lo spettacolo dal vivo, sentita la commissione consultiva per la musica – ha modificato i criteri di erogazione dei contributi (prima previsti dal D.M. 29 ottobre 2007). Successivamente, l'art. 2 della l. n.175/2017 ha previsto che, con decreto legislativo da adottare entro 12 mesi dalla data della sua entrata in vigore (dunque, entro il 27 dicembre 2018), si sarebbe proceduto alla revisione dei criteri di ripartizione del contributo statale alle fondazioni lirico-sinfoniche, anche tramite lo scorporo delle risorse del FUS. Con la legge di bilancio del 2023 il FUS assume la denominazione di "Fondo nazionale per lo spettacolo dal vivo" (art. 1, comma 631) e i criteri di ripartizione sono stati da ultimo adottati nel decreto ministeriale 9 febbraio 2024, n. 49, rubricato "Riparto del Fondo nazionale per lo spettacolo dal vivo - anno 2024". V. CERRINA FERONI, *Organizzazione, gestione e finanziamento dei teatri d'opera in Europa*, in CERRINA FERONI, NEGRI, FROBOESE (a cura di), *Organizzazione, gestione e finanziamento dei teatri d'opera: esperienze europee e confronto*, Giappichelli, 2014, 43 e *passim*.

<sup>11</sup> Deve essere menzionata anche l'inclusione espressa nel novero degli Organismi di diritto pubblico soggetti al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (vecchio Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE).

<sup>12</sup> MARASÀ, *Fondazioni, privatizzazioni e impresa: la trasformazione degli enti musicali in fondazioni di diritto privato*, in SI, 1996, 1095, (in particolare 1098).

pubblici generata dalle importanti difficoltà economiche e finanziarie derivanti dalla scarsa capacità di attrarre finanziamenti privati e dalla problematicità nel coordinamento e nella realizzazione di economie di scala e di ottimizzare l'utilizzo delle risorse<sup>13</sup>; la complessità normativa e gestionale derivante dalla sovrapposizioni di normative che vengono in rilievo; la continua ricerca di un equilibrio tra la definizione di una pianta organica stabile e le necessità di flessibilità, tipica del settore dello spettacolo, che si scontra con le esigenze di tutela dei lavoratori, generando un ricorso massiccio a contratti a tempo determinato nonché frequenti controversie; ed infine, la frammentazione del sistema delle Fondazioni. Si afferma, dunque, una forte tensione tra la veste formale dell'ente, ribadita anche nella riforma del 2010, e alcuni indizi del carattere pubblico delle Fondazioni che hanno portato a concludere che si tratti, quantomeno, di soggetti ibridi o para-pubblici<sup>14</sup>.

Probabilmente non è neppure necessario scomodare il concetto di ibridazione, atteso che ormai l'ente pubblico è ontologicamente proteiforme, con conseguente rinuncia all'affermazione di una sua definizione univoca<sup>15</sup>, richiedendo la problematica del suo inquadramento un approccio evidentemente casistico che si basa sulla comparazione degli indici sintomatici di pubblicità e dei dati normativo-regolamentari<sup>16</sup>.

Non è, difatti, possibile affidare il *discrimen* al solo criterio formale, per cui, ai sensi dell'art. 4 della legge sul "parastato" (l. n. 70 del 1975) nessun ente pubblico può essere costituito se non per legge, non potendosi interpretare questa previsione come l'esclusione della natura pubblica di qualsivoglia ente definito per legge come privato.

Per il discernimento della natura di un ente si utilizzano diversi criteri, di carattere formale e sostanziale, come quello genetico, organizzativo, funzionale e teleologico. Pur non essendo la sede per passarli in rassegna tutti, occorre ammettere una loro convergenza, verso il carattere pubblico, rispetto all'ente lirico. Nello specifico, questa conclusione è corroborata dal criterio teleologico – che pone l'accento sulla finalità pubblica perseguita – dal connotato della ausiliarietà – inteso come potestà-soggezione allo Stato, determinato vuoi dal carattere autoritativo degli atti assunti vuoi dall'assoggettamento a controlli pubblici o vuoi ancora dalla dipendenza finanziaria generata dalle erogazioni pubbliche – nonché dall'indice formale-organizzativo del rapporto di servizio.

Nell'analisi, si potrebbe richiamare anche la nozione di organismo di diritto pubblico<sup>17</sup>, in cui il sostrato pubblico è riconosciuto come espressamente compatibile con la forma giuridica privata dell'ente («anche in forma societaria»), purché l'ente stesso risulti, come nella

---

<sup>13</sup> CARPENTIERI, *Il diritto amministrativo dell'eccellenza musicale italiana: l'organizzazione e il finanziamento delle fondazioni lirico-musicali*, in *Aedon* 3/2018.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> Cons. Stato, sez. VI, 1° giugno 2015, 2326, in *DJ*.

<sup>16</sup> In questo senso, Cass., sez. un., 30 ottobre 2018, n. 31107, *ivi*.

<sup>17</sup> Per tutti, GAROFOLI, *Organismo di diritto pubblico*, in CLARICH, FONDERICO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Il Sole 24 Ore, 2007, 461.

specie, istituito per soddisfare esigenze d'interesse generale, dotato di personalità giuridica e finanziato in modo maggioritario dallo Stato o da altri enti pubblici<sup>18</sup>.

Se non fosse che qui l'esigenza sottesa è esattamente contraria: la nozione di organismo di diritto pubblico è stata coniata per evitare un'indebita sottrazione alla normativa pubblica, mentre per gli enti lirici l'obiettivo è riconoscerne il carattere pubblico per evitare di soggiacere ai limiti che presentano le disposizioni comuni per il contratto a termine.

Orbene, che le spie del carattere pubblico siano piuttosto accentuate, è innegabile: controllo penetrante del ministero e partecipazione maggioritaria, solo per citarne alcune. Ed è altresì evidente che, anche se si ha riguardo alla nozione europeistica di influenza pubblica dominante, si faccia spazio più di un dubbio sulla veste privata degli enti lirici. Come noto, tale nozione è, difatti, integrata dalla presenza di almeno una di queste condizioni: a) finanziamento pubblico maggioritario<sup>19</sup>; b) controllo pubblicistico sulla gestione e c) attribuzione al soggetto pubblico di nomine societarie<sup>20</sup>. Condizioni che, nel caso degli enti lirici, ricorrono integralmente.

L'ambiguità della natura è resa anche dalla Corte costituzionale, nella nota pronuncia n. 153 del 2011, nella parte in cui evidenzia la convergenza giurisprudenziale sulla qualificazione in senso pubblicistico degli enti lirici<sup>21</sup>, non mancando, però, di riconoscere che «nonostante l'acquisizione della veste giuridica formale di “fondazioni di diritto privato”, tali soggetti conservino, pur dopo la loro trasformazione, una marcata impronta pubblicistica». Equivocità che ha portato le già citate sezioni unite del 2023 a parlare di natura “ibrida” del rapporto di lavoro presso le fondazioni lirico-sinfoniche<sup>22</sup>, a metà strada tra impiego pubblico e lavoro privato, con ciò sottolineando l'importanza di conciliare le esigenze di contenimento della spesa pubblica con la tutela dei diritti dei lavoratori, anche in settori come quello in esame, che presentano una particolare rilevanza sociale e culturale.

Vi è di più: le già menzionate sezioni unite hanno chiarito che i limiti alle facoltà assunzionali delle fondazioni sono sotto l'egida della nullità virtuale per violazione di norma

<sup>18</sup> La categoria dell'organismo di diritto pubblico, d'altronde, costituisce il precipitato della c.d. nozione sostanzialistica di Pubblica Amministrazione, avallata dalla legislazione Europea, ribadita dalla giurisprudenza Eurounitaria e interna (Cons. Stato, Ad. Plenaria, 7 maggio, 2016, n. 13, in *DJ*) e preordinata – per il mezzo della valorizzazione del “fine” perseguito da un determinato soggetto rispetto alla sua qualificazione giuridica – ad evitare che la privatizzazione puramente formale di enti pubblici possa determinare una sostanziale elusione delle normative Europee (Cass., sez. un., 28 marzo 2019, n. 8673, *ivi*).

<sup>19</sup> Per la cui definizione si rinvia al caso famoso caso *University of Cambridge* (Cgue, 3 ottobre 2000, causa C-380/98, in *eur-lex.europa.eu*).

<sup>20</sup> A tal riguardo, v. Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5617, in *DJ*, proprio sulle fondazioni lirico sinfoniche in cui si chiarisce che l'attività del Ministero non si concretizzi in una mera vigilanza (art. 19 d.lgs. n. 367 del 1996) e nella possibilità di commissariamento (art. 21 d.lgs. n. 367 del 1996) ma anche nell'affidamento dell'incarico di presidenza al sindaco, nella presenza di due rappresentanti del Governo nel cda, nella nomina del Ministero dell'intero collegio dei revisori.

<sup>21</sup> Si richiama in tal senso anche Cass., sez. un., 8 febbraio 2006, n. 2637; T.A.R. Liguria, sez. II, 18 febbraio 2009, n. 230 e T.A.R. Sardegna, sez. II, 23 maggio 2008, n. 1051, tutte in *DJ*.

<sup>22</sup> Come già evidenziato da MAINARDI, CASALE, *op. cit.*, 12.

imperativa e che la previsione del risarcimento del danno rappresenti una soddisfacente ed effettiva misura contro gli abusi, sì in accordo con le richieste UE.

Tutto quanto detto porta a concludere che le Fondazioni liriche siano organismi pubblici che agiscono sotto le mentite spoglie di enti privati.

Purtuttavia, l'aver "snidato" il carattere pubblico dell'ente, apre un'altra questione essenziale, cioè se questo implichi la totale soggezione alla normativa pubblica come vorrebbe, per esigenze di certezza del diritto la CGUE<sup>23</sup> (c.d. teoria del contagio) ovvero solo per la specifica funzione svolta dall'ente che si tinge del carattere pubblico, come affermato, invece, dal Consiglio di Stato<sup>24</sup> (c.d. teoria dell'organismo pubblico in *parte qua*).

Si tratta di una questione che per essere dipanata necessita di un approfondimento sulle peculiarità dei rapporti di lavoro nel mondo lirico, funzionale a comprendere la fondatezza della deroga stabilita dalla legge alla disciplina comune. Certamente sembrerebbe, anche secondo l'orientamento delle citate sezioni unite, che l'estensione valga almeno per i rapporti di lavoro a termine, stante il riconoscimento della natura di "ragione oggettiva" del risparmio di spesa pubblica a fondamento della mancata stabilizzazione e per l'estensione della misura risarcitoria nel caso di illegittimità genetica del contratto.

### 3. I rapporti di lavoro negli enti lirici

Il personale lirico risulta storicamente escluso dalle previsioni introdotte dal legislatore come vincoli per prevenire l'abuso del contratto a termine<sup>25</sup>. Siffatta dispensa era stata confermata dal d.lgs. n. 368 del 2001 che all'art. 11, comma 4, decretava che al personale artistico e tecnico delle fondazioni di produzione musicale previste dal d.lgs. n. 367 del 1996, non si sarebbero applicate le norme di cui agli articoli 4 (disciplina della proroga) e 5 (scadenza dei termini e successione di contratti).

La mancata estensione dei limiti "ordinari" della contrattazione a termine è stata, poi, confermata anche nel 2010, nell'ambito degli interventi realizzati in materia di organizzazione e funzionamento delle fondazioni lirico-sinfoniche, di tutela dei diritti degli artisti interpreti ed esecutori, nonché in materia di attività e servizi culturali (d.l. n. 64 del 2010, convertito dalla l. n. 100 del 2010). In particolare, all'art. 3, comma 5, del d.l. n.61 del 2010, si ribadiva il divieto per gli enti lirici di procedere ad assunzioni a tempo indeterminato, nonché di indire procedure concorsuali per tale scopo, fatto salvo che per quelle professionalità artistiche, di altissimo livello, necessarie per la copertura di ruoli di primaria importanza indispensabili per l'attività produttiva, previa autorizzazione del Ministero per

---

<sup>23</sup> C. giust., 10 novembre 1998, causa C-360/96, *Arbnbem*, 15 gennaio 1998, in C-44/96, *Mannesman* e 5 ottobre 2017, causa C-567/15, *LitSpecMet UAB*.

<sup>24</sup> Cons. Stato., Ad. plen., 1° agosto 2011, n. 16, in *DJ*.

<sup>25</sup> V. art. 2 l. n. 230 del 1962 e art. 3 l. n. 426 del 1977.

i beni e le attività culturali, sancendo l'inefficacia delle procedure attivate in violazione di quanto appena affermato. Non solo, sempre il comma 5, conteneva anche una espressa previsione del contingentamento delle assunzioni per una spesa non superiore a quella relativa al personale cessato nel corso dell'anno precedente: «in ogni caso il numero delle unità da assumere non potrà essere superiore a quello delle unità cessate nell'anno precedente, fermo restando le compatibilità di bilancio della fondazione. Le assunzioni a tempo determinato, a copertura dei posti vacanti in organico, con esclusione delle prestazioni occasionali d'opera professionale dei lavoratori così detti aggiunti, non possono superare il quindici per cento dell'organico approvato. Per le assunzioni a tempo determinato le fondazioni lirico-sinfoniche possono avvalersi delle tipologie contrattuali disciplinate dal decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni».

A corredo di un quadro normativo che già portava ad escludere che le fondazioni liriche, in materia di assunzioni, si comportassero come enti privati, è intervenuto l'art. 1, comma 19, del d.l. n. 91 del 2013, convertito dalla l. n. 112 del 2013<sup>26</sup>, il quale affermava espressamente la necessità della procedura concorsuale per l'instaurazione di rapporti a tempo indeterminato. Questa previsione era da qualificare come norma di interpretazione autentica del divieto di stabilizzazione del 2010, al fine di arginare un'interpretazione restrittiva, offerta da una parte della giurisprudenza, che lo circoscriveva unicamente rispetto ai rinnovi<sup>27</sup>.

Si trattava, dunque, di una previsione che negava un'importante forma di tutela nel caso di vizio genetico del contratto a termine in un contesto che, in forza dell'asserita peculiarità del lavoro nel settore dello spettacolo, derogava già in maniera significativa, per quanto attiene proroghe e rinnovi, alla disciplina comune.

Esclusione, peraltro, particolarmente dubbia anche rispetto alle previsioni dettate in materia dalla normativa unionale sui contratti a termine, anche alla luce dell'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia nel noto caso Mascolo<sup>28</sup>. La Corte ha, difatti, ribadito l'importanza di tutelare i lavoratori contro l'abuso dei contratti a tempo determinato, anche in settori con esigenze specifiche, sottolineando la necessità per gli Stati membri di adottare misure concrete per garantire la qualità del lavoro a tempo determinato e prevenire la

<sup>26</sup> SANTONI, *op. cit.*, 24.

<sup>27</sup> *Ex multis*, Cass., 30 luglio 2013, n. 18263, in *DJ*.

<sup>28</sup> C. giust., 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-418/13. Per un commento AIMO, *I precari della scuola tra vincoli europei e mancanze del legislatore domestico*, 2015, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*; CALAFÀ, *Il dialogo multilevel tra le Corti e la "dialettica prevalente": le supplenze scolastiche al vaglio della Corte di giustizia*, in *RIDL*, 1, II, 2015, 336 ss.; DE LUCA, *Un gran arrèt della Corte di giustizia dell'Unione europea sul nostro precariato scolastico statale: il contrasto con il diritto dell'Unione, che ne risulta, non comporta l'espunzione dal nostro ordinamento, né la non applicazione della normativa interna confliggente (prime note in attesa dei seguiti)*, in *LPA*, 2014, III-IV, 499 ss.; DE MICHELE, *L'interpretazione "autentica" della sentenza Mascolo-Fiamingo della Corte di giustizia UE sulla tutela "energica" del lavoro flessibile alle dipendenze di datori di lavoro pubblici e privati*, in *Europeanrights.eu*, 10 gennaio 2015; MENGHINI, *Sistema delle supplenze e parziale contrasto con l'accordo europeo: ora cosa succederà?*, in *RIDL*, 2015, 1, II, 343 ss.; MISCIONE, *Il Tribunale di Napoli immette in ruolo i precari della Pubblica Amministrazione*, in *Quot. giur.*, 5 gennaio 2015, n. 5; PINTO, *Il reclutamento scolastico tra abuso dei rapporti a termine e riforme organizzative*, in *LPA*, 2015, VI, 915 ss.

precarizzazione (clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, allegato alla Dir. 1999/70/CE).

Esigenze specifiche, quelle del settore spettacolo, passate, poi, al vaglio della Corte europea di Giustizia proprio nel 2015<sup>29</sup>, nel caso dei lavoratori saltuari lussemburghesi. In particolare, nel caso della normativa lussemburghese, ad essere illegittima è l'assenza di previsioni che limitino la durata massima totale di tali contratti o il numero di rinnovi possibili. Tale normativa non è conforme alla clausola 5 dell'accordo quadro in quanto non stabilisce criteri oggettivi e trasparenti per giustificare il rinnovo dei contratti a tempo determinato per i lavoratori saltuari dello spettacolo. Non solo, la definizione di "lavoratore saltuario dello spettacolo" nel diritto lussemburghese non si basa sulla natura temporanea dell'attività, consentendo, quindi, l'utilizzo di questi contratti anche per esigenze di personale permanenti. Di conseguenza, l'obiettivo del Lussemburgo di garantire flessibilità e vantaggi sociali ai lavoratori del settore non può giustificare la completa mancanza di misure contro l'abuso dei contratti a tempo determinato.

Sulle peculiarità del settore lirico, la Corte di Giustizia è, poi, ritornata nel 2018 con la sentenza Sciotto<sup>30</sup>, decretando la non conformità alla clausola 5 summenzionata della normativa italiana che esclude l'applicazione della disciplina generale sui contratti a termine alle fondazioni lirico-sinfoniche. Nello specifico, il principio del concorso pubblico, invocato dalla normativa italiana per giustificare il divieto di conversione, non può essere utilizzato per giustificare una violazione del diritto dell'Unione Europea in materia di lavoro a tempo determinato. D'altronde, evidenzia la Corte europea, le fondazioni lirico-sinfoniche, pur avendo natura privatistica, svolgono un'attività di interesse pubblico e sono finanziate in larga parte con fondi pubblici. Per questo motivo, la normativa italiana non può discriminare i lavoratori di queste fondazioni rispetto a quelli di altri settori, negando loro la tutela contro l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato.

L'impatto – sulla carta estremamente significativo – di questa sentenza è stato quasi immediatamente svilito dalla Corte costituzionale che, con la sentenza n. 248 del 2018, ha ribadito il principio del divieto di conversione nel pubblico impiego<sup>31</sup>, creando una situazione di incertezza nell'ordinamento italiano che lasciava presagire la necessità di un intervento del legislatore che, invero, non si è fatto lungamente attendere.

Con il d.l. n. 59 del 2019, convertito dalla legge n. 81 del 2019, sono stati, infatti, aggiunti all'art. 29 del d.lgs. n. 81 del 2015 i commi 3-bis e 3-ter, i quali confermano, nella sostanza,

---

<sup>29</sup> C. giust., 26 febbraio 2015, causa C-238/14, *Commissione contro Granducato di Lussemburgo*, su cui DE MICHELE, *La sentenza Mascolo della Corte di giustizia sul precariato pubblico e i controversi effetti sull'ordinamento interno*, in GAROFALO (a cura di), *Il contratto a termine nel pubblico impiego dopo la sentenza "Mascolo": il difficile raccordo tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, in *Quaderni Dipartimento Jonico Università di Bari*, 2015, III, 39.

<sup>30</sup> C. giust., 25 ottobre 2018, causa C-331/17, *Sciotto*. Per tutti, RECCHIA, *La disciplina del contratto a termine nelle fondazioni lirico-sinfoniche al vaglio della Corte di giustizia: l'avvio di una possibile inversione di rotta?*, in *LPA*, 2019, II, 273, e NATULLO, *La (in)stabile precarietà del lavoro a termine nelle Fondazioni lirico-sinfoniche*, in *DLM*, 2019, II, 320 ss.

<sup>31</sup> C. cost., 23 maggio 2018, n. 248, in *DJ*.

l'esclusione della disciplina comune del contratto a termine per gli enti lirici, sulla scorta delle esigenze contingenti o temporanee determinate dalla eterogeneità delle produzioni artistiche che rendono necessario l'impiego anche di ulteriore personale artistico e tecnico, confermando espressamente che la violazione di norme inderogabili riguardanti la costituzione, la durata, la proroga o i rinnovi di contratti di lavoro subordinato a tempo determinato, di cui al comma 3-*bis*, non comporta la conversione in contratti a tempo indeterminato ma unicamente il diritto al risarcimento del danno.

Al contempo, il d.l. n.59 del 2019, pur ribadendo la natura privatistica dei rapporti instaurati con le fondazioni, aveva prescritto, al comma 2 dell'art. 22 d.lgs. n. 267 del 1996, l'esperimento di procedure selettive pubbliche, attivate richiamando i principi dell'art. 35, comma 3, del TU per il pubblico impiego, del tutto similmente a quanto accaduto per il personale delle società a controllo pubblico<sup>32</sup> (art. 19, d.lgs. n. 175 del 2016).

L'unico punto, quindi, in cui la c.d. sentenza Sciotto sembra aver lasciato qualche strascico, è la richiesta, contenuta nell'art. 1, comma 3-*bis*, del d.l. n. 59 del 2019, di indicazione puntuale della causale, non bastando all'uopo il mero richiamo all'opera in scena, essendo, per converso necessario far emergere che non si tratti di compiti che possono essere eseguiti in maniera duratura (punto 49), dovendo, invece, essere reso evidente il carattere provvisorio dell'esigenza sottesa al contratto a termine (punti 53 e 54).

La temporaneità nel lavoro nelle fondazioni liriche, quindi, non è un assioma, e con ciò impone la prova della sussistenza di ragioni obiettive per ricorrere alla contrattazione a termine. Occorre, quindi, dimostrare la contingenza determinata dalla varietà delle produzioni artistiche in palinsesto, la specificità dell'apporto lavorativo nonché la funzionalità della qualifica tecnica o artistica del personale avventizio per il buon funzionamento dello spettacolo, in quanto non sostituibile con le prestazioni del personale stabile dell'ente lirico.

A partire dall'assolvimento di questo onere di specificazione, prevalgono, anche secondo le più volte richiamate sezioni unite del 2023, le norme settoriali su evidenziate che giustificano la mancata conversione del rapporto a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato, impedita dalle norme speciali che regolano le assunzioni presso le fondazioni lirico-sinfoniche. Tali norme impongono limiti e procedure specifiche per le assunzioni a tempo indeterminato, al fine di contenere la spesa pubblica.

Le sezioni unite del 2023, quindi, riconoscono la particolarità della disciplina del lavoro presso le fondazioni lirico-sinfoniche, giustificata dalla presenza di un forte interesse pubblico, e stabiliscono che la conversione del rapporto a termine in rapporto a tempo indeterminato non è possibile in quanto contrasterebbe con le norme che regolano le assunzioni in questo settore.

---

<sup>32</sup> Su cui v., Cass, sez. un., 11 novembre 2019, n. 29078 e i riferimenti alle precedenti pronunce, anche a sezioni unite.

#### 4. L'abuso del contratto a termine: il risarcimento del danno è una misura effettiva? Qualche riflessione anche alla luce delle modifiche del decreto Salva infrazioni

Il riconoscimento, appena menzionato, delle sezioni unite del fondamento della deroga alle norme di diritto comune sull'abuso del contratto a termine, sarebbe poi pienamente compatibile con le istanze eurounitarie di tutela dei lavoratori precari, visto il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno, reputato una misura effettiva. Sempre secondo queste sezioni unite, la CGUE nella pronuncia c.d. Santoro non ha tenuto adeguatamente in conto l'esistenza della misura rimediabile del risarcimento del danno<sup>33</sup> (punto 24).

In estrema sintesi, le sezioni unite ritengono che il riconoscimento del danno comporti la piena conformazione del diritto interno alle prescrizioni unionali.

In verità, si può certamente affermare che la misura risarcitoria non sia ontologicamente priva del requisito dell'effettività e che quest'ultimo non sia un crisma appannaggio della sola rimessione in pristino ma sono necessarie riflessioni ulteriori di ordine sistematico, volte a riempire di contenuto la "pienezza" del risarcimento.

In materia di pubblico impiego un contratto di lavoro a tempo determinato non può essere mai convertito a tempo indeterminato, atteso il divieto contenuto nell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001. Tale divieto è stato ritenuto conforme dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 98 del 2003<sup>34</sup> e non è stato oggetto di modifica nelle successive riforme che hanno regolato il lavoro a tempo determinato. Di conseguenza, il lavoratore può ottenere soltanto un risarcimento per i danni subiti<sup>35</sup> e, a ben vedere, tale previsione non sembra contrastare con la giurisprudenza unionale che non impone la misura ripristinatoria come adeguata ma chiede unicamente agli stati membri di definire un rimedio che possa definirsi effettivo nel caso di abuso da flessibilità.

A tal fine, il *quantum* del risarcimento era stato determinato dall'art. 32, commi 5 e 7, della legge n. 183/2010<sup>36</sup>, che prevedeva un'indennità forfettaria e onnicomprensiva per i danni derivanti dalla nullità del termine, senza necessità di provare concretamente il danno o di costituire formalmente in mora il datore di lavoro<sup>37</sup>. La tutela testé enucleata – anche a

<sup>33</sup> C. giust., 7 marzo 2018, causa C-494/16, in *LDE*.

<sup>34</sup> Cass., sez. I, 21 agosto 2013 n. 19371, in *DJ*.

<sup>35</sup> PINTO, *Il reclutamento delle Fondazioni lirico-sinfoniche fra tradizione e rinnovamento*, in *DLM*, 2019, III, 519 ss.

<sup>36</sup> ZILLI, *Il lavoro flessibile nelle PPAA. dopo il Jobs Act*, *LPA*, 2015, III-IV, 456 ss.; F. CARINCI, BOSCATI, MAINARDI, *Diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2021, 200; BOGHETICH, *Il contratto a tempo determinato*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, 2019, 590; PINTO, *Flessibilità e precarietà nel reclutamento delle amministrazioni pubbliche*, in *LPA*, 2018, 1, 15; FIORILLO, *Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra interventi legislativi e interpretazione giurisprudenziale*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giappichelli, 2013, 673. Per la giurisprudenza v. Cass., 21 agosto 2013, n. 19371; Cass., 1° febbraio 2021, n. 2175; Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5072 e Cass. 15 febbraio 2019, n. 4657, tutte in *DJ*.

<sup>37</sup> ALAIMO, *Dalla "riforma Madia" al "decreto dignità"*. *Le (poche) novità e le (molte) aporie della disciplina del lavoro a*

parere delle recenti sezioni Unite – non porrebbe il dipendente pubblico in una situazione di sfavore rispetto al lavoratore privato in quanto, mentre per quest'ultimo l'indennità forfettaria limita l'ammontare del danno risarcibile, per il secondo facilita l'onere della prova relativa al danno<sup>38</sup>.

Si tratta di un rimedio, quello risarcitorio, passato in rassegna – seppur nella sua formulazione ante riforma del 2015 e novella del 2019 – dalla CGUE in diverse occasioni, non soltanto rispetto al settore lirico<sup>39</sup>, ma anche con riferimento ad altre forme di precariato, come quello scolastico<sup>40</sup> o di Poste Italiane<sup>41</sup>. In questi pronunciamenti si è escluso che la “ragione obiettiva” del ricorso alla successione dei contratti a termine possa essere ricondotta, *sic et simpliciter*, all'inquadramento in termini pubblicistici dell'ente o alla sottoposizione a vincoli di bilancio<sup>42</sup> e di reclutamento della manodopera<sup>43</sup>. Né, può essere rinvenuta nelle peculiarità del settore lirico giacché, come si è avuto modo di spiegare poc'anzi, la temporaneità non è ontologicamente connessa all'attività ma deve connotare l'esigenza<sup>44</sup>. Il rimedio risarcitorio interno è stato, poi, analizzato anche nella nota sentenza Santoro, richiamata sia dalle Sezioni Unite del 2023 sia dall'ordinanza di rimessione con alcuni fraintendimenti di base. La sentenza unionale, difatti, evidenzia la non adeguata dissuasività dello strumento risarcitorio, (par. 63), giungendo ad affermare che la misura ripristinatoria sia quella più adeguata se si accede a quella applicabili al “diritto comune” (par.

---

*tempo determinato e delle collaborazioni autonome nel settore pubblico*, in CARUSO (a cura di), *La quarta riforma del lavoro pubblico e oltre*, in W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT, Collective Volumes, 2019, 8, 109 ss.; FIORILLO, *Il diritto del lavoro nel pubblico impiego*, Cedam, 2019, 151 ss.; MENGHINI, *I contratti a tempo determinato*, in AA.Vv., *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (c.d. riforma Madia)*, Giappichelli, 2018, 144 ss.; PINTO, *Le assunzioni a termine nelle pubbliche amministrazioni: specialità della disciplina e criticità irrisolte*, in L. ZOPPOLI, SARACINI (a cura di), *Riforme del lavoro e contratti a termine*, ESI, 2017, 225 ss..

<sup>38</sup> V., per tutte, Cass., sez. un., 15 marzo 2016 n. 5072, cit. e Cass., Sez. I, 1° febbraio 2021 n. 2175, cit.

<sup>39</sup> V., ad esempio, C. giust., 26 gennaio 2012, causa C-586/2010, *Kükük*, in *RIDL*, 2012, 3, II, 747, con nota di RICCOBONO.

<sup>40</sup> Rispetto al quale si giunse ad affermare che l'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001, nella parte in cui prevede «il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative», deve essere interpretato con riferimento a fattispecie diverse da quelle del precariato scolastico nel senso che la nozione di danno applicabile nella specie deve essere quella di “danno comunitario”, il cui risarcimento, in conformità con i canoni di adeguatezza, effettività, proporzionalità e dissuasività rispetto al ricorso abusivo alla stipulazione da parte della PA di contratti a termine, è configurabile come una sorta di sanzione *ex lege* a carico del datore di lavoro. Per liquidazione del suddetto danno da perdita del lavoro è utilizzabile come criterio tendenziale, quello indicato dall'art. 8 della l. 15 luglio 1966, n. 604, apparendo, invece, improprio, il ricorso in via analogica sia al sistema indennitario onnicomprensivo previsto dalla l. n. 183 del 2010, art. 32 sia al criterio previsto dall'art. 18 St. Lav., trattandosi di criteri che, per motivi diversi, non hanno alcuna attinenza con l'indicata fattispecie (C. giust., 12 dicembre 2013, causa C-50/13, *Papalia*, in *LPA*, 2013, 1033, con nota di CIMINO. Sull'ordinanza *Papalia*, ALES, *Contratti a termine e pubbliche amministrazioni: quousque tandem*, in *RIDL*, 2014, II, 86 ss.; DE MICHELE, *La sentenza integrata” Carratù-Papalia della Corte di giustizia sulla tutela effettiva dei lavoratori pubblici precari*, in *IG*, 2014, 241 ss.; NUNIN, *Impiego pubblico, violazione delle regole sul contratto a termine e adeguatezza delle sanzioni: spunti recenti dalla Corte di giustizia*, in *RGL*, 2014, 2, II, 124 ss. Cfr. anche C. giust., 26 novembre 2014, causa C-22/13, *Mascolo*, cit.

<sup>41</sup> C. giust., 1° ottobre 2010, causa C-3/10, *Affattato*, in *RIDL*, 2011, II, 859 ss., con nota di BORZAGA.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> C. giust., 26 novembre 2014, causa C-22/13, *Mascolo*, cit.

<sup>44</sup> RECCHIA, *op. cit.*, 280 ss.

70), a differenza di quanto sostenuto dalle Sezioni Unite del 2023. In questo caso, però, la CGUE muoveva dall'assunto della natura privatistica dell'ente lirico e, dunque, dall'insistenza di ragioni che potessero sorreggere la deroga alla disciplina di diritto comune. Il riconoscimento della natura pubblica, invece, impone un confronto tra lavoratori pubblici e privati che poggia sul riconoscimento dell'adeguatezza della tutela risarcitoria, purché pienamente ristorativa<sup>45</sup>.

E ciò ci conduce al delicato tema dell'asticella della piena riparazione della misura risarcitoria che non può prescindere dal riferimento alle recentissime modifiche legislative (l. 14 novembre 2024, n. 166, di conversione, con modificazioni, del d.l. 16 settembre 2024, n. 131, c.d. "Decreto Salva-infrazioni"), che apporta modifiche importanti in tema di risarcimento da abuso sul contratto a termine vuoi nel pubblico vuoi nel privato<sup>46</sup>.

Concentrando l'attenzione sul primo, estremamente rilevante è la modifica del comma 5 dell'art. 36, d.lgs. n. 165 del 2001, a mente del quale nella specifica ipotesi di danno conseguente all'abuso nell'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, fatta salva la facoltà per il lavoratore di provare il maggior danno, il giudice stabilisce un'indennità nella misura compresa tra un minimo di quattro e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, avuto riguardo alla gravità della violazione anche in rapporto al numero dei contratti in successione intervenuti tra le parti e alla durata complessiva del rapporto. Prima di analizzare l'impatto, in termini di effettività, di questa nuova previsione, occorre risolvere un importante problema di coordinamento della modifica del 2024 con la normativa settoriale che è ancora attualmente in vigore, ossia l'art. 29, comma 3-ter, del d.lgs. n. 81 del 2015, non essendo stata abrogata dal "Decreto Salva-infrazioni". Con riferimento a tale coordinamento sono possibili, invero, due diverse interpretazioni.

Secondo una prima lettura, la mancata abrogazione della normativa speciale poc'anzi citata, dovrebbe farla prevalere sulla disciplina generale, ancorché posteriore, per cui, per

<sup>45</sup> C. giust., 12 dicembre 2013, causa C-50/13, cit. Già Corte giust. 7 settembre 2006, causa C-53/04, *Marrosu e Sardino*, in *RGL*, 2006, II, 601, con nota di GABRIELE; Corte giust., 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler*, in *DJ*; Corte giust., 7 settembre 2006, causa C-180/04, *Vassallo*, in *LG*, 2006, X, 965, con nota di MISCIONE; Corte giust. 23 aprile 2009, causa C-378/2007, *Angelidaki*, in *FI*, 2009, 11, IV, 496, con nota di PERRINO.

<sup>46</sup> Rispetto al privato, prima dell'intervento, l'art. 28 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81 prevedeva che, in caso di trasformazione del contratto da tempo determinato in uno a tempo indeterminato conseguente all'abuso della normativa sui contratti a termine, il giudice condannasse «il datore di lavoro al risarcimento del danno a favore del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto». Con la riforma del 2024, è stata prevista la possibilità per il giudice di stabilire un'indennità in misura superiore se il lavoratore dimostra di aver subito un maggior danno. Di conseguenza, sia nel pubblico sia nel privato, è possibile ottenere la liquidazione del maggior danno. Sarebbe, però, stato certamente opportuno eliminare il riferimento alla omnicomprensività della somma, contenuta nell'art. 28, giacché, con la liquidazione del maggior danno, non può essere più ritenuta tale.

L'art. 11 del D.L. n. 131/2024 ha aggiunto «la possibilità per il giudice di stabilire l'indennità in misura superiore se il lavoratore dimostra di aver subito un maggior danno». Inoltre, è stato abrogato il terzo comma dell'art. 28 del d.lgs. n. 81/2015, che prevedeva la riduzione alla metà della indennità massima di 12 mensilità «in presenza di contratti collettivi che prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie».

le fondazioni lirico-sinfoniche, il risarcimento è ancora limitato nei termini anzidetti, ossia quello derivante dalla violazione delle norme imperative (art. 29, comma 3-ter, d.lgs. n. 81 del 2015). Questa interpretazione potrebbe, però, generare una disparità di trattamento difficilmente giustificabile rispetto ad altri lavoratori pubblici che, invece, accedono, come si avrà modo di spiegare, ad una tutela significativamente più effettiva.

È possibile, tuttavia, dare un'altra lettura che poggia sul contenuto del comma 4 dell'art. 29 summenzionato, che fa sempre salva l'applicazione dell'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001 e, dunque, anche le modifiche apportate dalla nuova disciplina al comma 5 del citato art. 36. Si tratta di una lettura favorita anche dalla previsione del comma 5 *quinquies* dell'art. 36, il quale dispone che «il presente articolo [36], fatto salvo il comma 5, non si applica al reclutamento del personale docente, educativo e amministrativo, tecnico e ausiliario (ATA), a tempo determinato presso le istituzioni scolastiche ed educative statali e degli enti locali, le istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica». Ciò significa, *a contrario*, che il comma 5 dell'art. 36 resterebbe sempre salvo rispetto alle previsioni della disciplina di settore e che, dunque, le modifiche sullo stesso siano applicabili anche all'ambito lirico. Questa soluzione appare maggiormente plausibile perché più in linea con il dettato normativo e consente di evitare l'affermazione di un possibile trattamento discriminatorio tra lavoratori pubblici.

Stabilito che il c.d. “Salva-infrazioni” potrebbe applicarsi anche ai lavoratori degli enti lirici, occorre chiedersi cosa cambia, in termini di effettività, nel contrasto all'abuso del contratto a termine in ambito pubblico.

Con la riforma del 2024, infatti, è stata ampliata la forbice risarcitoria, rispetto alla quale il danneggiato non è onerato della prova, e si tiene conto – seppur parzialmente – del nocuo patito dal dipendente, visto il riferimento alla gravità della violazione e alla durata complessiva del rapporto.

Si tratta, indubbiamente, di una previsione migliorativa che, però, mostra ancora alcune incertezze, specie per il precariato di lunghissimo corso, nonché un *deficit* di adeguatezza rispetto alla perdita di *chance* di un'occupazione migliore poiché gli unici parametri legislativi per il *quantum* risarcitorio insistono sulla gravità *oggettiva* dell'abuso, rimanendo, invece, sullo sfondo elementi importanti come il reale impatto del precariato sulla ricollocabilità del danneggiato nel mercato del lavoro.

La piena riparazione risulta, quindi, ancora affidata alla prova del maggior danno che rappresenta un onere probatorio di non agevole assoluzione, esponendo, peraltro, al rischio, in caso di soccombenza, del pagamento delle spese di lite. Non si tratta di un “inconveniente di mero fatto”<sup>47</sup> giacché impatta sulla pienezza della riparazione offerta al danneggiato, non ispirandosi ad una prospettiva di solidarietà sostenibile, attenta al bilanciamento dei principi e valori coinvolti.

<sup>47</sup> Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5072, cit.

Alla base di questo *deficit* di tutela vi è l'inquadramento del danno da precariato pubblico come non ingiusto perché non *contra ius*, attesa la conformità alla legge delle misure adottate. Questo "scollamento" è emblematico anche nel caso delle stabilizzazioni<sup>48</sup> che, a certe condizioni, sono ritenute una misura soddisfacente del bene della vita richiesto, con efficacia riparatoria dell'illecito, venendo meno anche il carattere ingiusto del danno<sup>49</sup>.

Pare evidente che, per prevenire gli abusi e garantire tutele adeguate, occorre accogliere, innanzitutto, una dimensione *soggettiva* di ingiustizia del danno che ponga al centro il lavoratore precario. Tale prospettiva consentirebbe di categorizzare il "danno da abuso di flessibilità pubblica" come un danno ingiusto, che può essere provato ricorrendo anche all'utilizzo di presunzioni ovvero a ripartizioni dell'onere della prova maggiormente in linea con il principio di vicinanza della prova, rammentando che l'effettività della tutela si estrinseca anche nell'accessibilità al rimedio. Rispetto, invece, al *quantum*, dovrebbero trovare strada adeguate personalizzazioni fissate, secondo un metodo tabellare *ex lege*, che tengano conto anche della ricollocabilità sul mercato del lavoratore, valutando le condizioni personali e le competenze spese in favore della p.a.

In conclusione, per gli enti lirici, come in generale per tutto il precariato pubblico, la nuova previsione rappresenta certamente un importante passo in avanti ma non si ispira ancora adeguatamente alla prospettiva della piena riparazione del danno, giacché non inquadra correttamente tutti i parametri per la sua quantificazione e non distribuisce adeguatamente l'onere della prova del maggior danno, bilanciando così un utilizzo responsabile della flessibilità e la garanzia ai lavoratori precari di una protezione effettiva.

## 5. La prassi delle transazioni tombali: una discriminazione in cerca di un fattore di rischio?

Tra le altre questioni che ruotano attorno del precariato lirico, riveste una certa importanza il tema delle transazioni "estorsive" e il suo inquadramento posto a cavallo tra le condotte ritorsive e discriminatorie<sup>50</sup>.

Se si vuol accedere – come pure ha fatto una certa giurisprudenza<sup>51</sup> – alla definizione di questa condotta come discriminatoria, occorre riflettere sul concetto di "convinzioni personali", oggetto di interpretazioni molto divergenti nella giurisprudenza italiana ed europea.

---

<sup>48</sup> La gestione "scomposta" dell'accesso al pubblico impiego – testimoniata anche dalle numerose stabilizzazioni per legge dei precari, che dovrebbero essere una misura eccezionale (C. cost. 110 del 2023), ma sono sempre più ricorrenti (da ultimo, d.lgs. n. 75 del 2017) – finisce per alimentare il precariato, incrementando il contenzioso multilivello, azionato per l'ineffettività delle misure a contrasto dell'abuso della flessibilità.

<sup>49</sup> Cfr, da ultimo, Cass., 15 dicembre 2023, n. 35145, in *Labor*.

<sup>50</sup> V. Cass. 4 luglio 2024, n. 19188 e Cass. 11 febbraio 2025 n. 3488, a quanto constano inedite.

<sup>51</sup> V. App. Napoli, 12 gennaio 2021 n. 3091, a quanto consta inedita. V. altresì nota 56.

Come già anticipato, la giurisprudenza nazionale ha ampliato la nozione di “convinzioni personali”<sup>52</sup>, emancipandola dal fattore religioso<sup>53</sup>, attribuendo loro la natura di “valvola di chiusura” del sistema antidiscriminatorio<sup>54</sup>. Quest’interpretazione si basa su una lettura sistematica della Dir. 2000/78/CE, alla luce dei principi fondamentali dei Trattati UE, e, nello specifico caso delle discriminazioni per motivi sindacali, sull’idea che l’affiliazione sindacale possa rappresentare la “professione pragmatica di una ideologia”<sup>55</sup>.

La giurisprudenza di merito – sempre nell’ambito del lavoro presso gli enti lirici – ha compiuto un ulteriore passo avanti, riconducendo nella nozione di “convinzioni personali” anche la libertà di autodeterminazione contrattuale del lavoratore<sup>56</sup>. Alla medesima conclusione era giunta la stessa corte d’appello anche qualche anno prima<sup>57</sup>, affermando che le resistenze alla sottoscrizione del verbale siano espressione delle convinzioni personali del lavoratore e qualifichino, per l’effetto, come discriminatoria la condotta datoriale. In particolare, nelle convinzioni personali rientrerebbe qualsiasi pensiero che sia espressione della libertà personale<sup>58</sup>.

Tale interpretazione troverebbe conforto nell’art. 21 della Carta dei Diritti Fondamentali, che elenca in modo non tassativo una serie di fattori di discriminazione, tra cui «le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura». L’eterogeneità delle ipotesi di “discriminazione ideologica” consentirebbe, quindi, di ricomprendervi anche la libertà di scelta contrattuale, rivendicata da un soggetto che voglia preservare il suo diritto all’iniziativa giudiziaria, peraltro costituzionalmente garantito. Ne conseguirebbe l’elezione

<sup>52</sup> Per una analisi sistematica IZZI, *Libertà sindacale e rispetto delle convinzioni personali: la lezione di Pomigliano d’Arco*, in *Studi in memoria di Gianni Garofalo*, Cacucci, 2015, 463 ss. e, più di recente, LASSANDARI, *Rilievi sulla discriminazione per convinzioni personali*, in AIMO, FENOGLIO, IZZI (a cura di), *Studi in memoria di Massimo Roccella*, ESI, 2021, 825 ss.; BOSCATI, *Ideologia nel rapporto di lavoro tra tutela dei diritti dei lavoratori e dell’identità valoriale dell’impresa*, in *Jus-online*, 2021, I, 28 ss.; BARBERA, BORELLI, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, n. 451/2022, in particolare 53 ss.

<sup>53</sup> Per una lettura disgiunta dei due fattori, IZZI, *Il velo islamico al lavoro e le discriminazioni per «religione o convinzioni personali» secondo la Corte di giustizia*, in *RIDL*, 2023, I, 1, 165 ss.; CANGEMI, *Sul significato dell’espressione religione o convinzioni personali nella direttiva 2000/78/CE*, in *IG*, 2023, II, 159 s. Per una analisi del fattore religioso e delle esigenze di neutralità, per tutti, PROTOPAPA, *I casi Achbita e Bougnaoui. Il velo islamico tra divieto di discriminazione, libertà religiosa ed esigenze dell’impresa*, in *ADL*, IV-V, 2017 e LO FARO, *Identità religiose, lavoro e diritto: in difesa della neutralità*, in *LD*, I, 2024.

<sup>54</sup> AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007, 47, per la quale «convincione personale è sinonimo di ideologia in senso lato, di opinione, e la sua qualificazione come fattore di differenziazione vietato permette di ritenere discriminatorio qualsiasi trattamento fondato sulla *Weltanschauung* di un individuo, comprensiva delle opinioni morali, filosofiche, ma anche politiche, sindacali, ed ancora delle altre convinzioni di altra natura che connotano l’identità di una persona».

<sup>55</sup> Testualmente, Cass., 2 gennaio 2020, n. 1, in *RIDL*, 2020, 2, II, 377 ss., con nota di TARDIVO.

<sup>56</sup> Il riferimento è a App. Napoli, 3 gennaio 2022, n. 3883, in *GI*, 2022, VI, 1435, con nota di CATAUDELLA, V., anche, MATTEI, *La libertà di autodeterminazione contrattuale è una convinzione personale tutelata dalla normativa antidiscriminatoria?*, in *ADL*, 2022, V, 1031 ss.; D’OTTAVIO, *Alla frontiera del diritto antidiscriminatorio: “convinzioni personali” e libertà di autodeterminazione negoziale*, in *giustiziavivibile.com*, 2022 e POSO, *Una ipotesi particolare di discriminazione per convinzioni personali, ossia per la lesione della libertà “ideologica” di autodeterminazione negoziale del lavoratore richiesto di sottoscrivere una conciliazione “tombale”, prima della sua assunzione*, in *Labor*, 28 gennaio 2022.

<sup>57</sup> App. Napoli, 12 gennaio 2021, cit.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

della libertà di autodeterminazione contrattuale a “fattore di rischio” e l'inquadramento della lesione della stessa, nel caso ad esempio di transazioni estorsive, come condotta discriminatoria.

Siffatta conclusione solleva più di qualche dubbio, sebbene si dimostri in linea con una tendenza espansionistica, invero non sempre giustificata, del diritto antidiscriminatorio che sembra rimanere – probabilmente insieme alle norme su salute e sicurezza sul lavoro – l'unico baluardo nell'ambito dell'incertezza che connota l'apparato rimediale giuslavoristico<sup>59</sup>. Prima di affrontare i diversi dubbi di questa interpretazione giova precisare che non è stata avallata ancora dalla Cassazione, la quale ha affrontato il tema in due occasioni: nella prima, che sarà esaminata nel §6, a partire da una questione processuale, trattandosi di un regolamento di competenza e nella seconda pronunciandosi sul risarcimento seguente ad una simile condotta, qualificata come discriminatoria ma solo per effetto della mancata impugnazione del punto da parte dell'ente lirico<sup>60</sup>. In altri termini, l'inquadramento come discriminatorio della condotta, invero ritorsiva, si è “stabilizzato”, impedendo peraltro anche la proposizione del rinvio pregiudiziale, pure richiesto in merito all'inglobamento delle condotte ritorsive nell'alveo di quelle discriminatorie «allorquando costituiscono la reazione del datore di lavoro alle convinzioni personali manifestate dal prestatore da intendersi in senso ampio, sì da ricomprendervi anche la libera volontà di autodeterminazione negoziale»<sup>61</sup>.

Le perplessità derivano, innanzitutto, dall'interpretazione molto più restrittiva che, di questo fattore di rischio, fornisce la Corte di Giustizia UE. La Corte europea ha, infatti, stabilito che l'espressione “religione o convinzioni personali” nella Dir. 2000/78/CE costituisce un unico motivo di discriminazione, che comprende sia le convinzioni religiose sia le convinzioni filosofiche o spirituali, escludendo le convinzioni politiche e sindacali dall'ambito di applicazione della Direttiva, specificando che essa tutela solo la libertà di coscienza e di religione, non la libertà di espressione in senso ampio<sup>62</sup>.

Secondo la Corte, le “convinzioni personali” devono avere “un certo livello di persuasività, serietà, coesione ed importanza” per poter essere considerate “rilevanti”, e devono rientrare in un'accezione filosofica legata alla concezione dell'esistenza. La CGUE ha, quindi, criticato l'interpretazione estensiva adottata dalla giurisprudenza italiana, ribadendo che la Dir. 2000/78/CE non ha la pretesa di tutelare tutti i motivi di discriminazione, ma solo quelli espressamente previsti.

<sup>59</sup> BARBERA, *Il cavallo e l'asino. Ovvero dalla tecnica della norma inderogabile alla tecnica antidiscriminatoria*, in BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, 2017.

<sup>60</sup> Cass., 11 febbraio 2025, n. 3488, cit.

<sup>61</sup> *Ibidem*, in particolare p. 4.

<sup>62</sup> V. C. giust., 13 ottobre 2022, causa C-344/20, in cui “religion” and “belief” sono posti sullo stesso piano (par. 45). Si v. anche, nell'ambito della dottrina ecclesiasticista, VENTURA, *Non-Discrimination and Protection of Diversity and Minorities*, in AA.VV., *The History of the European Union. Constructing Utopia*, Hart, 2019, 254, ed in particolare «[t]he religious diversity of the European Union is thus a true diversity “of religion and belief” in the sense that it does not limit itself to religions, but extends to every religious or belief-based conviction».

Pur non essendo questa la sede per esaminare *funditus* la questione, deve riconoscersi che i caratteri individuati dalla stessa CGUE per la qualificazione delle “convinzioni personali” – ossia la persuasività, la serietà, la coesione e l’importanza – non sembrano ricorrere per la libertà di autodeterminazione.

In altri termini, l’autodeterminazione negoziale rispetto agli atti dispositivi non è espressione di una “ideologia”, di una “opinione”, di una “convinzione personale” ma è semmai estrinsecazione di un diritto, quello a che la propria volontà dispositiva, abdicativa e transattiva sia libera, genuina, spontanea, non coartata ed incondizionata.

Sebbene la libertà di autodeterminazione sia un valore da proteggere e, per certi versi, da riscoprire, non può di certo essere elevato a “sistema valoriale”, “ideologia” o “convinzione” caratterizzante un gruppo specifico<sup>63</sup>. Richiamando, infatti, i connotati individuati dalla CGUE per l’inquadramento delle convinzioni personali, mancherebbe quel senso di “coesione”, di “opinione” e di “ideologia”, focalizzandosi soprattutto sull’elemento di “persuasività” che dovrebbe agire su convincimenti morali, filosofici, sociali e, più in genere, di scelte riferibili alla sfera intima della coscienza individuale del lavoratore.

Detto diversamente, non ogni situazione di “squilibrio” e “vulnerabilità” implica la sussistenza di un fenomeno discriminatorio, specie laddove, le logiche di potere e di contesto escludano la sussistenza di una dinamica “relazionale” e non si innestino su un “sistema valoriale”. La discriminazione, in questo senso, non è un atto isolato, ma il risultato di una complessa interazione tra la politica aziendale e lo scenario sociale. Nel caso che qui ci occupa, la condotta datoriale non è il prodotto di un dato contesto sociale, economico o culturale ma si configura come una reazione ingiusta e abusiva a un comportamento legittimo del lavoratore, espressione della sua libertà di autodeterminazione negoziale. In questo senso, si tratta di un trattamento pregiudizievole conseguente all’esercizio di un diritto, del tutto parificabile, ad esempio, alla segnalazione operata dal *whistleblower*.

Il riferimento a questo istituto non è casuale giacché il legislatore – già in ambito pubblico con la l. n. 179 del 2017<sup>64</sup> e poi in quello privato con il d.lgs. n. 24 del 2023 – era giunto a parificare le condotte discriminatorie a quelle ritorsive<sup>65</sup>. A dire il vero, all’art. 17 del decreto summenzionato si qualifica alla lettera h) come condotta ritorsiva “la discriminazione o comunque il trattamento sfavorevole”.

<sup>63</sup> CATAUDELLA, *op. cit.*, 1442.

<sup>64</sup> Art. 54-*bis*, comma 7, della legge n. 179/2017 afferma che: «È a carico dell’amministrazione pubblica o dell’ente di cui al comma 2 dimostrare che le misure discriminatorie o ritorsive, adottate nei confronti del segnalante, sono motivate da ragioni estranee alla segnalazione stessa. Gli atti discriminatori o ritorsivi adottati dall’amministrazione o dall’ente sono nulli».

<sup>65</sup> V. art. 17, comma 2, d.lgs. n. 24/2023 che peraltro inserisce una piena inversione dell’onere della prova: «Nell’ambito dei procedimenti giudiziari o amministrativi o comunque di controversie stragiudiziali aventi ad oggetto l’accertamento dei comportamenti, atti o omissioni vietati ai sensi del presente articolo nei confronti delle persone di cui all’articolo 3, commi 1, 2, 3 e 4, si presume che gli stessi siano stati posti in essere a causa della segnalazione, della divulgazione pubblica o della denuncia all’autorità giudiziaria o contabile. L’onere di provare che tali condotte o atti sono motivati da ragioni estranee alla segnalazione, alla divulgazione pubblica o alla denuncia è a carico di colui che li ha posti in essere».

Sorge, quindi, spontaneo chiedersi se abbia ancora senso distinguere tra le due forme di condotta datoriale illegittime e quale sia il confine, precisando che, ad esempio, in tema di onere della prova non può ritenersi che vi sia una piena parificazione, giacché dell'inversione "pura" gode solo il *whistleblower* mentre in caso di discriminazione vi è solo un'attenuazione.

La distinzione è, purtuttavia, evidente: la condotta ritorsiva non si basa su un fattore di rischio ma è innescata da un *facere* o un *non facere* di un lavoratore che, però, non sia al contempo espressione del suo *essere* e della sua personalità e, dunque, non costituisce una discriminazione, non innestandosi nel sostrato di una prospettiva identitaria in un ambito "aggregato". Quest'ultimo è il vero *discrimen*: la condotta illecita o ritorsiva è una reazione all'esercizio di un diritto individuale che non racconta, però, nulla della personalità del lavoratore che si esprime in una dinamicità esistenziale e nel tempo delle permanenze sociali. Significa, in sintesi, giustapporre "un valore" – la libertà di autodeterminazione negoziale – a un "sistema valoriale", su cui può attecchire la discriminazione. Ne consegue che, una volontà transattiva, espressa sotto l'effetto del ricatto del mancato rinnovo del contratto, è affetta da violenza morale, quale vizio del consenso, se la minaccia era specificamente diretta al fine di estorcere<sup>66</sup> la dichiarazione negoziale della quale si deduce l'annullabilità e se risulti di natura tale da incidere, con efficacia causale concreta, sulla libertà di determinazione del dipendente<sup>67</sup>.

Qualora, invece, il dipendente abbia opposto un netto rifiuto alla sottoscrizione della transazione allora occorre attivare gli strumenti di tutela contro le condotte ritorsive datoriali e far valere la violazione del diritto di precedenza, legittimamente maturato nell'ambito, peraltro, di un settore, quello lirico, che si connota per un ostinato ricorso alla flessibilità, oltre i limiti della ragionevolezza<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> Questa condotta può avere anche una rilevanza penale, configurando il reato di estorsione quando il contraente-vittima è costretto a compiere un'azione contraria alla sua autonomia e libertà contrattuale. L'elemento dell'ingiusto profitto a scapito di altri è, difatti, implicito nel fatto che il contraente-vittima è costretto al rapporto in violazione della propria autonomia contrattuale, senza poter perseguire i propri interessi economici nel modo che ritiene più adatto e opportuno (Cosi, Cass. pen., sez. IV, 4 luglio 2024, n. 27764, in *DJ*. In questo senso, v. anche Cass. pen., sez. II, 19 febbraio 2020, n. 12434; Cass. pen., sez. V, 13 ottobre 2016, n. 9429; Cass. pen., sez. VI, 25 gennaio 2012, n. 9185; Cass. pen., sez. VI, 28 novembre 2013, n. 48461 e Cass. pen., sez. VI, 14 novembre 2008, n. 46058, tutte in *DJ*).

<sup>67</sup> Cass., 1° aprile 2019, n. 9006, *ivi*.

<sup>68</sup> RECCHIA, *op. cit.*, 273.

## 6. I riflessi in tema di competenza del corretto inquadramento della condotta datoriale

La Cassazione si era, invero, già occupata del rapporto condotte ritorsive-discriminatorie in ambito lirico<sup>69</sup>, sebbene a partire da una questione, *prima facie*, squisitamente processuale, relativa all'individuazione del giudice territorialmente competente nell'ambito del reticolato di norme che compongono il *corpus* di diritto antidiscriminatorio.

Nel caso di specie, la tersicorea di fila F.I. adiva il tribunale di Campobasso per l'accertamento di una condotta discriminatoria, perpetrata dalla Fondazione Arena di Verona, consistente nel condizionamento della sua assunzione a termine alla preventiva sottoscrizione di una conciliazione transattiva tombale sulle pregresse vicende giudiziarie relative alla contestazione dell'illegittimità dei contratti a termine stipulati tra il 2008 e il 2021. Al contempo, alla dipendente veniva disconosciuto il diritto di precedenza maturato ai sensi dell'art. 1, commi 4 e 9, del CCNL di settore 2003 e dell'accordo 29.7.2003 ivi confluito.

Il tribunale di Campobasso negava, però, la propria competenza, declinandola in favore del tribunale di Verona, asserendo che la stessa dovesse essere individuata non sulla scorta della previsione dell'art. 28 d.lgs. n. 150 del 2011 ma dell'art. 38 del d.lgs. n. 198 del 2006. Come noto, il primo incardina la competenza territoriale nel domicilio del dipendente che si assume discriminato, mentre il secondo la radica avendo riguardo al *forum commissi delicti*, ossia il luogo ove il comportamento discriminatorio è stato posto in essere.

Questo conflitto di competenza rappresenta un elemento di irrazionalità della c.d. riforma di semplificazione dei riti, attuata dal d.lgs. n. 150 del 2011<sup>70</sup>, che aveva l'obiettivo di riorganizzare la complessa normativa processuale in tema di discriminazione<sup>71</sup>, unificandone le regole, senza alcun distinguo per oggetto e natura della condotta discriminatoria.

Tra le diverse aporie<sup>72</sup>, certamente rientra l'esclusione delle controversie in materia di discriminazione di genere che continuano ad essere governate dalle previsioni degli artt. 36 ss. del d.lgs. n. 198 del 2006. Più precisamente, l'art. 28, comma 1, del d.lgs. n. 150 del 2011 attrae nel proprio alveo di competenza le controversie di cui agli artt. 44 del d.lgs. n. 286 del 1998, 4 del d.lgs. n. 215 del 2003, 4 del d.lgs. n. 216 del 2003, 3 della l. n. 67 del 2006 e 55-*quinquies* d.lgs. n. 198 del 2006. Per tali controversie, il criterio di competenza territoriale è individuato nel domicilio del ricorrente e, per orientamento costante della Cassazione<sup>73</sup>,

<sup>69</sup> Cass., 4 luglio 2024, n. 19188, cit.

<sup>70</sup> Per tutti, CARRATTA, *La semplificazione dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, Giappichelli, 2012.

<sup>71</sup> V. Relazione illustrativa *sub* art. 28.

<sup>72</sup> Parla di approccio "minimalista" e di "scarsa incidenza pratica", CARRATTA, *op. cit.*, 20 ss. Sull'efficienza processuale delle tutele discriminatorie v. NAPPI, *L'inverso rapporto tra polimorfismo e efficienza nelle tutele processuali antidiscriminatorie*, Giornate di Studio AIDLASS – Messina, 23-24 maggio 2024.

<sup>73</sup> In tal senso, *ex multis*, Cass., sez. III, 19 maggio 2004, n. 9567; Cass., 9 giugno 2011, n. 12685; Cass., sez. VI, 29 ottobre 2013, n. 24419; Cass., 12 marzo 2014, n. 5703; Cass., 9 ottobre 2015, n. 20304; Cass., 14 febbraio 2017, n. 3936; Cass., sez. VI, 12 gennaio 2021, n. 296, tutte in *DJ*. In dottrina, per la derogabilità del foro *ex* art. 28, per tutti, CONSOLO, *Prime osservazioni*

la suddetta competenza è da intendersi come funzionale ed esclusiva, dunque inderogabile, con la conseguenza che, neppure in presenza di un interesse del soggetto discriminato, sarebbe possibile agire nel luogo ove è stata commessa la discriminazione<sup>74</sup>.

Del pari, in tema di azioni in materia di discriminazione di genere, ove la controversia sia promossa direttamente in via ordinaria, ai fini dell'individuazione della competenza per territorio occorre far riferimento al criterio del luogo in cui è avvenuto il comportamento denunciato (art. 38 del d.lgs. n. 198 del 2006). Tale foro è da ritenersi esclusivo ed inderogabile non solo rispetto all'azione specificamente prevista dal Codice delle pari opportunità, ma anche con riferimento a quella ordinaria, «avuto riguardo all'importanza primaria che, nel nostro sistema di valori, rivestono le finalità perseguite dal legislatore attraverso la disciplina antidiscriminatoria e all'esigenza di comuni regole processuali atte a garantire una tutela effettiva per l'attuazione dei principi di parità di trattamento»<sup>75</sup>.

È, pertanto, escluso che la scelta del foro possa essere rimessa all'attore, dovendosi procedere identificando la *causa petendi* della controversia sulla base delle allegazioni dei fatti costitutivi della lite: se si lamenta una discriminazione di genere non vi è altra strada che quella del *forum commissi delicti*; se, invece, la condotta insiste sul fattore di rischio "convinzioni personali", allora occorrerà incardinare la lite nel foro del domicilio del dipendente che si assume discriminato.

Questo, dunque, il conflitto di competenza rimesso alla Suprema corte a mezzo di regolamento necessario di competenza *ex art. 42 c.p.c.*<sup>76</sup>, attesa l'ordinanza di declinazione di competenza del tribunale di Campobasso che non aveva, però, deciso nulla nel merito della controversia.

Per dirimere la diatriba, la Cassazione è partita proprio dall'inquadramento della *causa petendi*, operando una riqualificazione dei fatti giuridici dedotti in giudizio, mettendone in discussione la prospettazione fornita dalle parti. Nello specifico, la riflessione è stata incentrata sulla qualificazione del comportamento datoriale, ossia sulla subordinazione della stipulazione del contratto con la tersicorea alla sottoscrizione di un verbale di conciliazione in ordine alle pregresse vicende processuali tra le parti. Ad avviso della Suprema corte, sebbene tale condotta possa essere definita illecita, non si tinge anche di discriminatorietà e ciò, indipendentemente dal fattore di rischio che, nella divergente opinione delle parti, poteva venire in rilievo (genere ovvero convinzioni personali, *ex art. 15, comma 2, St. Lav.*).

introduttive sul d.lgs. 150/2011 di riordino (e relativa "semplificazione") dei riti settoriali, in *CG*, 2011, II, 1485 ss. e MENICUCI, *Questioni di competenza e di rito nelle controversie in materia di discriminazione*, in *LG*, 2019, VI, 561.

<sup>74</sup> GUARISO, *La tutela giurisdizionale*, in BARBERA, GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, 2019, Giappichelli, 450 ss.

<sup>75</sup> Così Cass., sez. VI, 17 giugno 2021, n. 17392, in *DJ*. In senso conforme anche Cass., 12 gennaio 2021, n. 296, cit., e Cass., 15 novembre 2012, n. 20091, *ivi*.

<sup>76</sup> Sul regolamento di competenza, per tutti, FABBI, *Sub. art. 42*, in AULETTA (a cura di), *Il Regolamento di giurisdizione e di competenza. Composizione del tribunale*, in *Commentario del codice di procedura civile*, 2019, 72 ss.

Proprio rispetto alle convinzioni personali, la sentenza, pur richiamando un'interpretazione estensiva della formula<sup>77</sup>, esclude che possano ricorrere nel caso di specie giacché, sebbene il condizionamento espresso dalla condotta datoriale incida sulla libertà di autodeterminazione, non influenza un preesistente convincimento personale della lavoratrice né indizia un'opinione specifica su un dato tema. Per effetto, quindi, della riconduzione della *causa petendi* in una condotta illecita ma non discriminatoria del datore di lavoro, tornano a riespandersi i “normali” criteri di competenza territoriale ai sensi dell'art. 413 c.p.c.<sup>78</sup>.

## 7. Qualche conclusione, anche alla luce del nuovo rinvio pregiudiziale alla CGUE

L'eterogeneità delle questioni affrontate impone di provare ad individuare alcuni punti fermi. Il primo è certamente che il rifiuto di sottoscrivere una transazione, posto come condizione essenziale per la stipula di un ulteriore contratto a termine, non costituisce una discriminazione perché non rientra nella nozione di “convinzioni personali”, essendo, invece, espressione della libertà di autodeterminazione negoziale degli individui. In questi casi è, pertanto, corretto il richiamo ad una condotta ritorsiva del datore di lavoro, con accesso alle relative tutele e può affermarsi che non si tratta di discriminazione perché manca il fattore di rischio.

Rispetto, invece, alla tematica dell'abuso del contratto a termine, occorre definire diversi nodi essenziali. Il primo è quello della qualificazione delle fondazioni lirico-sinfoniche come enti pubblici, giacché, diversamente, non troverebbe spazio il richiamo al divieto di stabilizzazione in violazione dell'art. 97 Cost.

L'analisi condotta mostra chiaramente la natura, almeno, ibrida degli enti lirici: sono formalmente privati ma sostanzialmente pubblici. Fatta questa necessaria premessa, occorre chiedersi se il carattere ibrido delle fondazioni liriche consenta loro di accedere a tutta la normativa pubblica o se, invece, il rapporto di lavoro debba considerarsi “privato”, come afferma anche la giudice del rinvio pregiudiziale, operato dal Tribunale di Milano<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> La pronuncia richiama Cass., sez. un., 21 luglio 2021, n. 20819, in *ADL*, 2021, VI, 1410 ss., con nota di PERUZZI. Invero, questa estensione può ricondursi già al caso Fip/Fiom, su cui v. BARBERA, PROTOPAPA, *Il caso Fiat: come la tutela antidiscriminatoria riformula il conflitto sindacale*, in *RGL*, 2014, 2, II, 163 ss.; TARQUINI, *La discriminazione per ragioni di affiliazione sindacale: il divieto che visse due volte*, in *LDE*, 2020, II, 1; BORELLI, GUARISO, LAZZERONI, *Le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, in BARBERA, GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria*, cit., 165; DE STEFANO, “*Caso Fiat*”, *affiliazione sindacale e tutela antidiscriminatoria: una lettura fondata sulle fonti internazionali ed europee*, in *ADL*, 2013, II, 374 ss. In senso critico, VALLEBONA, *Le discriminazioni per “convinzioni personali” comprendono anche quelle per affiliazione sindacale: un'altra inammissibile stortura a favore di Fiom Cgil*, in *MGL*, 2012, VIII-IX, 622.

<sup>78</sup> Per tutti, DE ANGELIS, *La competenza per territorio*, in BORGHESI, DE ANGELIS, *Il processo del lavoro e della previdenza*, Utet, 2013, 136 ss.

<sup>79</sup> Trib. Milano, 7 ottobre 2024, a quanto consta inedita

Su questo punto, si è già richiamato il differente approccio tenuto a livello interno e unionale: all'applicazione europea della c.d. "teoria del contagio", per cui ragioni di certezza del diritto impongono l'applicazione della disciplina pubblica nella sua interezza, si contrappone la giurisprudenza nazionale che sposa la "teoria dell'organismo pubblico in *parte qua*"<sup>80</sup>, ossia la possibilità che al medesimo ente, a seconda della funzione che è chiamato a svolgere, si possano applicare entrambe le discipline.

Orbene, tenendo in disparte le peculiarità del caso del rinvio milanese, sembra potersi affermare che se a un rapporto di lavoro si accede mediante concorso pubblico, regolato da un apparato di norme pubblicistiche, bandito sulla base di esigenze di spesa delineate a partire da finanziamenti pubblici, questo sia soggetto alla disciplina pubblicistica nella sua interezza. In altri termini, l'accesso mediante concorso è un indice così sintomatico della pubblicità del rapporto di lavoro sia da "contagiare" un ente privato e sia da imporre, in *parte qua*, l'applicazione della normativa pubblica al dipendente.

Ciò porta a non condividere l'assunto della giudice del rinvio pregiudiziale in ordine alla natura contrattualizzata dell'impiego negli enti lirici<sup>81</sup> e, per l'effetto, a spostare l'analisi sull'effettività rimedio risarcitorio in luogo di quello ripristinatorio, cui non si può accedere nel caso di violazione della normativa sul contratto a termine in ambito pubblico.

Su questo punto si è già avuto modo di disquisire rispetto alla prospettiva ristorativa del danno subito dal lavoratore precario. Residua da analizzare, però il profilo della deterrenza che pure viene in rilievo quando si affronta il tema dell'effettività di una sanzione.

Anche su questo elemento la Cassazione ha avuto modo di esprimersi di recente, sebbene a partire, come già spiegato, dalla cristallizzazione della qualificazione delle transazioni estorsive come discriminatorie per effetto della mancata impugnazione della questione da parte dell'ente lirico<sup>82</sup>.

In particolare, il *vulnus* atteneva al danno non patrimoniale, alla cui liquidazione si ricollega l'effetto deterrente della sanzione<sup>83</sup>, che era stato negato in secondo grado di giudizio perché non provato. Nello specifico, la corte territoriale aveva, secondo la Cassazione, errato nel non applicare l'art. 28 del d.lgs. 150 del 2011 che menziona espressamente il danno non patrimoniale e la sua risarcibilità.

Orbene, a prescindere dal richiamo non condivisibile alla condotta discriminatoria per tutte le ragioni esposte, rispetto al profilo dell'effettività della misura a contrasto del precariato lirico non può non evidenziarsi che la mancata liquidazione del danno non patrimo-

---

<sup>80</sup> CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali*, in (a cura di) SANDULLI, *Organismi e imprese pubbliche*, Giuffrè, 2004. In giurisprudenza si segnala, invece, Tar Lazio-Roma, sez. III-ter, 26 febbraio 2003, n. 1559, in riferimento ai gestori di aeroporti, passata in giudicato, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>81</sup> *Contra* NATULLO, *GIORNALE, Il contratto a termine nel settore dello spettacolo*, in *DLM*, 2016, I, 131.

<sup>82</sup> Cass. 11 febbraio 2025, n. 3488, cit.

<sup>83</sup> La suprema corte richiama anche C. giust. 15 aprile 2021, causa C-30/19.

niale elidrebbe la “quota parte” della deterrenza della sanzione, che ormai trova pacifico riconoscimento nella polifunzionalità del danno<sup>84</sup>.

Il diritto alla liquidazione del danno non patrimoniale sorge per effetto della violazione dei diritti costituzionalmente garantiti, dei diritti inviolabili e dei diritti fondamentali della persona<sup>85</sup>, tra cui rientra certamente anche la libertà di autodeterminazione negoziale. Ne consegue che anche questo danno, da liquidarsi in via equitativa, debba rientrare nella ristorazione richiesta ad una misura che ambisce ad essere effettiva, nell’ambito del danno da abuso di flessibilità (anche pubblica).

---

<sup>84</sup> Si rinvia sul tema all’opera monografica di BIASI, *Studio sulla polifunzionalità del risarcimento del danno nel diritto del lavoro: compensazione, sanzione, deterrenza*, Giuffrè, 2022.

<sup>85</sup> Cass. 2 novembre 2021, n. 31071, in *DJ*.