Euroconference Editoria

IL GIURISTA DEL LAVORO

Il mensile di giurisprudenza e dottrina giurlavoristica per la gestione del contenzioso

Approfondimenti

Riders, *Gig economy* e diritto del lavoro: facciamo il punto
di Evangelista Basile e Rosibetti Rubino 2

La progressiva dematerializzazione dell'organizzazione dell'impresa e la rilevanza della sola forza lavoro nell'esecuzione dell'attività aziendale: le ricadute in punto di liceità dell'appalto
di Michele Palla 10

COVID-19, congedi parentali e *smart working*: le prime sentenze in materia
di Nicola Ghirardi 18

Licenziamento collettivo: fungibilità o non fungibilità, questo è il problema
di Edoardo Frigerio 26

L'impugnativa stragiudiziale del licenziamento a mezzo Pec: evoluzioni giurisprudenziali
di Carlo Andrea Galli 34

Clausole e accordi nel contratto di lavoro

Sulla questione giuridica della possibile applicazione di più contratti collettivi presso il medesimo datore di lavoro
di Mauro Marrucci 41

La gestione delle controversie di lavoro

Diritto di difesa del lavoratore e richiesta di audizione orale: i recenti orientamenti della Corte di Cassazione
di Daria Gallinari 49

L'osservatorio giurisprudenziale

L'osservatorio giurisprudenziale di gennaio - Rassegna della Corte di Cassazione
di Evangelista Basile 53

Il giurista del lavoro n. 1/2021

Riders, *Gig economy* e diritto del lavoro: facciamo il punto

di Evangelista Basile - avvocato - socio Studio Legale Ichino Brugnatelli e Associati

e Rosibetti Rubino – avvocato – collaboratrice Studio Legale Ichino Brugnatelli e Associati

È del 13 gennaio 2021 l'ultima sentenza riguardante la vexata quaestio dell'inquadramento dei riders nell'ordinamento giuridico. Questa volta si tratta di una pronuncia del Tribunale di Barcellona – segno evidente che la questione ha trovato difficoltà di inquadramento giuridico e vuoti normativi a livello anche comunitario – che ha dichiarato la natura subordinata del rapporto di lavoro di ben 748 riders. Ma qual è, quindi, lo stato dell'arte?

I *riders* nel Decreto Crisi

È bene, innanzitutto, ricordare che, in Italia, la questione *riders* è venuta alla ribalta prima nei Tribunali che in Parlamento. Solo con la L. 128/2019, di conversione del D.L. 101/2019, rubricato "*Disposizioni urgenti per la tutela del lavoro e per la risoluzione di crisi aziendali*", il Legislatore ha affrontato l'annoso tema della disciplina dei rapporti di lavoro dei fattorini digitali.

Ma vediamo, quindi, qual è il quadro normativo (benché affatto risolutivo) in cui si muovono i lavoratori della c.d. *Gig economy*, ovvero di quel modello economico caratterizzato da una prestazione lavorativa *on demand*, quindi da un lavoro che, almeno nella normalità dei casi, nasce occasionale.

Ebbene, il citato Decreto è intervenuto modificando il D.Lgs. 81/2015, c.d. Codice dei contratti, ulteriormente rispetto a quanto già era avvenuto solo poco tempo fa con il Decreto Dignità (D.L. 87/2018). In particolare, al nuovo articolo 2, D.Lgs. 81/2015, è oggi dato leggere:

> *"A far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro prevalentemente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali".*

La normativa, quindi, nata per regolamentare i c.d. *riders*, ha introdotto il nuovo articolo 47-*bis*, comma 1, D.Lgs. 81/2015, che li definisce come

> *"lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore, attraverso piattaforme anche digitali",*

inquadrandoli così definitivamente nell'alveo dei lavoratori autonomi eterorganizzati di cui all'articolo 2, D.Lgs. 81/2015, a cui, pertanto, si applicherà la disciplina del rapporto di lavoro subordinato.

Il suddetto articolo di nuova introduzione aggiunge al D.Lgs. 81/2015 un intero capo, il V-*bis*, rubricato "Tutela del lavoro tramite piattaforme digitali", il quale – oltre il suddetto comma 1 – continua negli articoli successivi a completare il quadro.

> Come è evidente, dunque, il Legislatore si è preoccupato – anche in considerazione dei precedenti giurisprudenziali sul tema che nel frattempo si erano formati – di dare una definizione dei *riders* e di assicurarne una qualche tutela dal punto di vista retributivo, contributivo e della sicurezza: quest'ultima vero grande nodo della condizione dei lavoratori in questione.

La nuova normativa, come avevamo già evidenziato[1], è evidentemente figlia dell'impulsività nella valutazione di quell'urgenza che dovrebbe guidare l'emanazione di un D.L., ma che spesso rimane azione contingente.

Dal punto di vista dell'inquadramento dei lavoratori della c.d. *Gig economy*, la sostituzione ad opera della Legge di conversione della parola "*esclusivamente*" con "*prevalentemente*" e l'abrogazione del riferimento "*ai tempi e i luoghi di lavoro*" ha reso, infatti, sostanzialmente impossibile distinguere i co.co.co. puri da quelli eterorganizzati.

> Insomma, ai fini dell'applicazione della disciplina del lavoro subordinato, la prestazione lavorativa dovrà dunque essere continuativa, prevalentemente (e non più esclusivamente) personale e organizzata dal committente, senza alcun riferimento ai tempi e luoghi di lavoro, su cui perlopiù si incardinava il distinguo dettato dalla precedente normativa.
>
> Pertanto, mentre per i *riders* sarà molto più semplice provare in giudizio l'eterorganizzazione, divenuta evidentemente più fluida, per i collaboratori coordinati e continuativi difficilmente rimarrà spazio, poiché o si ritroveranno risucchiati nell'ambito dell'eterorganizzazione o verranno, invece, inquadrati quali lavoratori autonomi *ex* articolo 2222, cod. civ., con tutte le conseguenze – anche in termini di tutele – del caso.

Resta da chiedersi, in assenza di un diritto intertemporale, cosa ne sarà dei rapporti già in essere, specie se si pensa che non di rado i contratti di collaborazione coordinata e continuativa sono stati soggetti a certificazione.

[1] E. Basile, R. Rubino, *I riders e la disfatta dei co.co.co.*, in "Il giurista del lavoro" n. 12/2019.

I precedenti giurisprudenziali

Il caso dei *riders* è diventato celebre dopo che alcuni di questi "evoluti fattorini" si erano rivolti al Tribunale di Torino per vedersi riconosciute le tutele dei lavoratori subordinati.

Il risultato all'epoca fu, in primo grado, la conferma da parte del Tribunale piemontese che si trattasse in realtà di lavoratori autonomi e, dunque, il ricorso dei lavoratori fu rigettato.

La Corte d'Appello, in seguito, intervenuta dopo l'impugnazione dei lavoratori della sentenza di primo grado, si è conformata alla pronuncia del Tribunale torinese, laddove ha ritenuto che i *riders*, potendo persino rifiutarsi di rendere la prestazione lavorativa, senza dover giustificare le ragioni della loro decisione, altro non sono che lavoratori autonomi, ma ha raggiunto, invece, conclusioni molto diverse nell'interpretazione offerta delle collaborazioni autonome etero-organizzate di cui all'articolo 2, comma 1, D.Lgs. 81/2015. Secondo la Corte d'Appello, la norma (chiaramente prima della nuova riforma) avrebbe individuato un "*terzo genere contrattuale*", che si sarebbe posto tra il rapporto di lavoro subordinato di cui all'articolo 2094, cod. civ., e la collaborazione come prevista dall'articolo 409, n. 3, c.p.c., e si sarebbe sostanziato nelle collaborazioni per le quali le modalità di esecuzione sono organizzate dal committente quanto ai tempi e ai luoghi di lavoro. Da tale assunto la Corte territoriale aveva quindi concluso, da una parte, che i collaboratori etero-organizzati non avrebbero avuto diritto alla costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato tra le parti, e – dall'altra – che, invece, avrebbero avuto diritto all'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato limitatamente a sicurezza e igiene, retribuzione diretta e differita, limiti di orario, ferie e previdenza.

Pur ritenendo applicabili le tutele tipiche di un contratto di lavoro subordinato, quindi, la Corte d'Appello aveva respinto la domanda di impugnazione del licenziamento, "*posto che non vi è riconoscimento della subordinazione*".

In realtà, sul punto, la sentenza – dopo questo tanto forte quanto sospeso inciso – non aveva poi di fatto affrontato il problema, poiché nel caso di specie le collaborazioni erano soggette a un termine e il recesso era avvenuto solo a naturale scadenza dello stesso.

Il D.L. 101/2019, quindi, nasceva in seguito alla pronuncia della Corte d'Appello di Torino, a cui si era ispirato, cercando di dare una cornice normativa più chiara a un fenomeno già ricondotto all'articolo 2, D.Lgs. 81/2015.

Dopo l'emanazione del Decreto, è intervenuta anche la Corte di Cassazione con la sentenza n. 1663/2020, anche questa volta, però, non risolutiva della questione.

> Pur confermando la sentenza del Collegio torinese, la Corte di Cassazione ha offerto una terza chiave di lettura del precetto normativo in materia di collaborazioni etero-organizzate. Esclusa la tesi oltranzista della "*norma apparente*", a cui aveva aderito il primo giudice di merito, e smentita l'esistenza di un *tertium genus*, prospettata dalla Corte d'Appello di Torino, la Suprema Corte ha optato per la qualificazione della disposizione come una "*norma di disciplina*".

In sostanza, il Legislatore non avrebbe creato un terzo genere contrattuale, ma avrebbe soltanto previsto che alle collaborazioni caratterizzate dall'esercizio del potere etero-organizzato da parte del committente si applica la disciplina del lavoro subordinato. Ad avviso di chi scrive, questa appare la migliore interpretazione della richiamata norma di Legge, o quantomeno la più rispettosa del dettato normativo e dell'effettiva volontà del legislatore dell'epoca. Tuttavia, rimanevano (e rimangono) grosse criticità: anche nella sentenza della Suprema Corte, infatti, non è dato comprendere entro quali termini le disposizioni in materia di lavoro subordinato possano trovare applicazione ai collaboratori etero-organizzati.

Se, da un lato, i giudici di legittimità si sono affrettati a osservare che la norma non contiene alcun criterio idoneo a selezionare la disciplina applicabile, lasciando spazio a un'estensione totale delle norme in materia di lavoro subordinato, dall'altro lato, gli stessi Ermellini non hanno potuto esimersi dal rilevare che esistono fattispecie in cui l'applicazione integrale della disciplina della subordinazione è ontologicamente incompatibile con le fattispecie da regolare. Su tale punto, però, la Corte si è trincerata dietro un pilatesco "*si tratta di questione non rilevante nel caso sottoposto all'esame di questa Corte*"[2].

Dopo la pronuncia della Corte di Cassazione, il caso *riders* è tornato nelle aule dei Tribunali di primo grado (e sulla stampa), con una corposissima sentenza del Tribunale di Palermo, la n. 3570/2020.

Come era prevedibile, l'ambiguità della pronuncia della Suprema Corte non ha posto le basi per un'interpretazione univoca della normativa.

Il giudice di Palermo, infatti, dopo aver ripercorso un po' tutti i precedenti giurisprudenziali sui lavoratori della *Gig economy* (passando dalla Corte di Giustizia - il famoso caso Uber sui *drivers* - alla Corte d'Appello di Parigi e alla Corte di Cassazione spagnola, fino a giungere anche alla recente sentenza della Corte Costituzionale nostrana), ne ha tratto conclusioni differenti dalle precedenti, benché – è bene rilevarlo fin da subito – vadano lette in considerazione del caso di specie.

[2] E. Basile, F. Fontana, *I riders al vaglio della Corte di Cassazione: una pronuncia che non risolve il problema*, in "Il giurista del lavoro" n. 2/2020.

Insomma, in estrema sintesi, a dire del Tribunale palermitano, il concetto di subordinazione deve essere riletto in chiave moderna e concreta, dovendo, dunque, nel caso specifico, valutare se il lavoratore abbia goduto di una vera autonomia o se, invece, quest'ultima sia stata solo fittizia e apparente, non potendosi relegare il giudizio alla sola formalità del rapporto.

Nel caso di specie, secondo il Tribunale, il *rider* è un lavoratore subordinato a tutti gli effetti (badate bene, non eterorganizzato a cui si applica la disciplina del lavoro subordinato). Perché? Per la motivazione più vecchia del mondo: è stato soggetto al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro.

Secondo il giudice, infatti, da una parte, il funzionamento dell'algoritmo (che la società convenuta si è rifiutata di esibire) di fatto fa sì che il lavoratore sia solo teoricamente libero di scegliere l'*an* e il quando della propria prestazione, dall'altra, tale possibilità di "scelta" (obbligata) varia in base al punteggio attribuito dall'algoritmo stesso al lavoratore, che in buona sostanza è soggetto a continua valutazione da parte del datore di lavoro.

> Ma vi è di più, poiché nel caso affrontato a Palermo, il potere disciplinare si è estrinsecato anche nella sospensione dell'*account* del lavoratore, in seguito a sue imprecisate condotte (questa l'allegazione della convenuta!): non vedervi una sanzione disciplinare atipica è, in effetti, parecchio difficile.

Così Glovo è stata condannata a reintegrare il ricorrente (vi era anche una domanda di licenziamento ritorsivo e orale per via del suddetto blocco dell'*account*) e a pagargli tutte le retribuzioni *medio tempore* maturate, nonché le differenze retributive sui periodi precedenti (in verità, sul punto non vi era contestazione della società), sulla base del Ccnl Terziario, con inquadramento al VI livello.

I *riders* nel mondo

Come anticipato in apertura, e come ripercorso anche nell'ultima sentenza del Tribunale di Palermo, la questione dell'inquadramento dei lavoratori delle piattaforme digitali ha interessato anche diverse Corti Europee ed extracomunitarie.

In Brasile, ad esempio, la giurisprudenza è stata chiamata a pronunciarsi sul caso Uber, affermando che la sussistenza del vincolo di subordinazione è accertata dai giudici sulla base dei requisiti della personalità, onerosità e non occasionalità della prestazione di lavoro[3]. Anche le Corti brasiliane, però, hanno dovuto fare i conti con il punto principe della propensione al riconoscimento della natura

[3] 33a Vara do Trabalho de Belo Horizonte, 14 febbraio 2017, n. 0011359- 34.2016.5.03.0112; Tribunal Regional do Trabalho da 2° Região, 20 aprile 2017, n. 1001492- 33-2016-5-02-0013, in jusbrasil.com.

autonoma di tali rapporti di lavoro: la libertà per gli autisti di decidere se e quando lavorare, la quale ha, quindi, condotto anche a sentenze che ne hanno dichiarato l'autonomia[4].

Anche in Spagna, lo Juzgado de lo Social de Madrid[5], in tema di *riders*, aveva definito – quantomeno in un primo momento – i fattorini di Glovo come lavoratori autonomi, ancora una volta basando la propria pronuncia sulla libertà in capo al lavoratore di determinare il giorno e la fascia oraria di lavoro e di accettare (o meno) l'esercizio della prestazione.

Anche secondo l'ordinamento spagnolo, infatti, sono 2 gli elementi giuridici che permettono di definire il vincolo di subordinazione, l'*ajenidad* e la *dependencia*, con i quali si scontra la flessibilità oraria tipica dei rapporti di lavoro *de quibus*.

Ma, come accaduto in Brasile (ma anche, come si è visto, in Italia), anche la giurisprudenza spagnola ha poi operato un *revirement* e riconosciuto la natura subordinata dei rapporti di lavoro dei *riders*[6]. Secondo il Tribunale spagnolo, occorre vagliare nuovi indici (da qui l'eco della rilettura in chiave moderna del concetto di subordinazione di cui alla sentenza di Palermo) sui quali fondare il giudizio sulla natura del rapporto, concludendo, quindi, che la flessibilità oraria è, comunque, frutto di una scelta che mira a individuare le fasce orarie più redditizie per l'azienda e non certo volta a preservare una migliore conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro per i fattorini e che, pertanto, i *riders* sono da considerarsi lavoratori subordinati.

Sulla stessa scia, poi, è intervenuta - qualche giorno prima dell'intervento della Corte di Cassazione nostrana - anche la Suprema Corte spagnola[7].

Da ultimo, anche il Tribunale di Barcellona – come anticipato in apertura – ha riconosciuto lo scorso 13 gennaio la subordinazione di ben 748 *riders*, poiché, a dire del giudice, aziende come Deliveroo, Glovo e UberEats "*non sono semplici intermediarie*" tra i clienti e i fattorini che hanno una propria attività, bensì piattaforme che "*svolgono un lavoro di coordinamento e organizzazione del servizio*".

Anche in Francia, l'*excursus* giurisprudenziale è stato sostanzialmente il medesimo: dapprima un approccio che ha escluso la subordinazione sulla base della solita "flessibilità" del rapporto[8], poi il *revirement*[9], sulla base del principio della prevalenza ai fini qualificatori del concreto svolgimento della

[4] Tribunal Regional do Trabalho da 3° Região, 5 aprile 2019, n. RO 0011423320175030179; Tribunal Regional do Trabalho da 3° Região, 3 agosto 2018, n. RO 0010798-32.2017.5.03.0106; Tribunal Regional do Trabalho da 2° Região, 20 settembre 2017, n. RO 10015774-25.2016.5.02.0026; Tribunal Regional do Trabalho da 3° Região, 23 marzo 2017, n. 0011359-34.2016.5.03.00112; Tribunal Regional do Trabalho da 3° Região, 9 dicembre 2016, n. 0011863-62.2016.5.03.0137; Tribunal Regional do Trabalho da 1° Região, 22 novembre 2016, n. 0100129-75.2016.5.01.0203 (RO), in jusbrasil.com.

[5] Juzgado de lo Social de Madrid 3 settembre 2018, n. 284.

[6] Juzgado de lo Social de Madrid, 11 febbraio 2019, n. 53 e Juzgado de lo Social de Madrid, 4 aprile 2019, n. 133.

[7] Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1ª, Sentencia 40/2020 de 17 Ene. 2020, Rec. 1323/2019.

[8] Cour d'Appel de Paris, 20 aprile 2017, n. 17/0051; Cour d'Appel de Paris, 14 dicembre 2017, n. 17/04607; Cour d'Appel de Paris, 9 novembre 2017, n. 16/12875.

[9] Cour de Cassation, Chambre Sociale, 28 novembre 2018, n. 1737.

prestazione sul *nomen iuris* attribuito dalle parti e sulla base dell'esercizio di un potere di controllo (sistema di geolocalizzazione) e sanzionatorio (disconnessione dalla piattaforma) in capo all'impresa.

A queste pronunce si sommano, poi, quelle della giurisprudenza belga e olandese, che – in linea con il resto delle sentenze comunitarie – hanno escluso l'autonomia del rapporto sulla base della relativizzazione della presunta libertà dei fattorini nell'espletamento concreto della prestazione[10].

Quale lo stato dell'arte e quali le conclusioni che possiamo trarre?

Visto, dunque, l'intero quadro normativo e giurisprudenziale ad oggi esistente sul caso dei lavoratori di piattaforme digitali, possiamo trarne alcune conclusioni.

Innanzitutto, il D.L. emanato – il cui intento era quello di chiarire la vicenda – non ha sortito gli effetti sperati. A tale incertezza del diritto non ha sopperito neppure la Corte di Cassazione con una pronuncia i cui "non detti" lasciano spazio a mille interpretazioni possibili.

> A voler ben guardare, però, tutte le pronunce sul tema – partite da un iniziale irrigidimento sui vecchi schemi che non permetteva il riconoscimento della natura subordinata dei rapporti – si sono poi allineate, riconoscendo, quindi, la subordinazione per il mezzo dell'analisi del caso concreto e dell'effettivo esplicarsi della prestazione.

Sotto questo profilo sembra, dunque, che la questione sia più demandata ai giudici di merito che – quantomeno in assenza di una normativa chiara – alle Corti di legittimità.

Quello che, però, è auspicabile è un intervento che non si limiti ad affrontare la mera questione dell'inquadramento, ma si spinga oltre, disciplinando la questione – quella che poi è concretamente rilevante – delle conseguenze.

> Se nei casi europei, infatti, si è registrata una tendenza all'*aut aut* in termini di subordinazione o autonomia, in Italia, complice la normativa preesistente, il Decreto intervenuto e il concetto di parasubordinazione, le conseguenze delle pronunce sono state molto più variabili.

Rimangono, quindi, i dubbi, sotto il profilo sanzionatorio, che avevamo già visto e che è il caso, qui, di ripercorrere.

Ad esempio, stabilire in capo al datore di lavoro l'obbligo di garantire al *rider* l'ordinaria copertura assicurativa Inail tipica dei lavoratori subordinati non sarebbe coerente con la natura "autonoma" che lo stesso Decreto conferma.

[10] Commission Administrative de règlement de la relation de travail (CRT) - Chambre Francophone, 9 marzo 2018, n. 113 e Rechtbank Amsterdam, 15 gennaio 2019, n. 7044576 CV EXPL 18-14763.

Ma, ancora, emblematico è il tema compenso: il pagamento a cottimo basato sul numero di consegne effettuate, modalità praticamente applicata da tutti i protagonisti del settore, potrà essere applicata solo se disciplinata da un contratto collettivo di riferimento, il quale – *ça va sans dire* – non è ancora stato sottoscritto. Il risultato?

> In assenza di contrattazione collettiva, come già aveva provato a fare la Corte torinese, riconducendo le differenze retributive al Ccnl Logistica, il riferimento è a contratti in qualche modo "affini" al settore in questione, con buona pace, quindi, della libertà sindacale di cui all'articolo 39, Costituzione.

È evidente, quindi, che la questione rimane ancora dubbia e che, a quanto pare, è – almeno per ora – lasciata all'empirismo delle Corti.

Al cospetto di una simile incertezza non può che prospettarsi il rischio di un progressivo abbandono di tale forma di collaborazione, non solo a discapito delle società che forniscono il servizio di consegna a domicilio, ma anche della collettività e degli stessi lavoratori. Non vanno, infatti, tralasciati 2 aspetti: tale forma di collaborazione consente una più elastica gestione del tempo al lavoratore, permettendogli di svolgere anche più attività remunerate nell'arco addirittura della medesima giornata. Oltre a ciò, le prestazioni da *riders* non richiedono una particolare specializzazione e agevolano l'accesso al mondo del lavoro anche ai lavoratori meno qualificati.

L'incertezza nell'applicazione della norma, dunque, potrebbe far perdere al nostro Paese un'importante opportunità – non solo imprenditoriale – ma anche di lavoro per le categorie meno specializzate.

Il rischio di uscita del settore *delivery* dal mercato, con buona pace anche dei consumatori che si vedrebbero privati di un servizio, che, soprattutto durante l'emergenza sanitaria, ha reso possibile la continuità delle attività di ristorazione, non è poi escluso da un intervento normativo.

Se quest'ultimo, infatti, si mostrasse eccessivamente rigido, imponendo per via legislativa, ad esempio, l'applicazione *in toto* degli oneri - anche quelli derivanti dall'applicazione integrale e senza adattamenti dei contratti collettivi - gravanti sui datori di lavoro per i rapporti di lavoro subordinato *tout court*, si determinerebbe l'antieconomicità dell'intero settore, i cui margini di profitto sui servizi sono evidentemente - e non potrebbe che essere così - molto bassi.

Bene, quindi, le tutele, ma a condizione che si leggano secondo quel modello di *flexisecurity* a cui il nuovo millennio meglio si adatta.

È auspicabile ancora una volta, dunque, di fronte a un sostanzialmente inerme Legislatore (complice sì la pandemia, ma che non l'assolve completamente), un maggior coinvolgimento delle parti sociali e della contrattazione collettiva, strumento che in termini di flessibilità è di certo più efficace.

Il giurista del lavoro n. 1/2021

La progressiva dematerializzazione dell'organizzazione dell'impresa e la rilevanza della sola forza lavoro nell'esecuzione dell'attività aziendale: le ricadute in punto di liceità dell'appalto

di Michele Palla - avvocato

L'evoluzione normativa ha rappresentato la presa d'atto della sempre maggiore rilevanza, nel mercato (anche del lavoro) di imprese di servizi caratterizzate spesso dal minimo apporto di capitali a fronte di una sempre maggiore preponderanza della forza lavoro nell'esecuzione delle attività oggetto di appalto. Il riferimento, ovviamente, è agli appalti c.d. labour intensive, nei quali, appunto, il fattore "produttivo" preponderante è rappresentato dalla forza lavoro (servizi informatici, facchinaggio, pulizie, mense, etc.) e l'apporto dell'imprenditore si concentra sull'organizzazione e direzione dei lavoratori e delle minime infrastrutture che quell'organizzazione deve sorreggere.
La recente sentenza n. 14371/2020 della Suprema Corte offre l'occasione per fissare un punto fermo circa lo stato dell'arte in ordine alle conseguenze a carico dell'appaltatore dell'utilizzo di mezzi del committente nell'esecuzione dell'appalto.

Il conferimento dei mezzi dal committente all'appaltatore e la presunzione (assoluta) di illiceità del contratto

L'articolo 1, L. 1369/1960[1], muovendo dalla necessaria inscindibilità giuridica della relazione tra fruitore-prenditore della prestazione lavorativa e esecutore di quella, dopo aver stabilito il divieto per l'imprenditore di

[1] Rubricata: "Divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti di opere e di servizi".

> *"affidare in appalto o in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, qualunque sia la natura dell'opera o del servizio cui le prestazioni si riferiscono",*

introduceva una *praesumptio iuris et de jure* (una presunzione assoluta, dunque) che considerava appalto di mere prestazioni di lavoro, vietato e penalmente sanzionato:

> *"ogni forma di appalto o subappalto, anche per esecuzione di opere o di servizi, ove l'appaltatore impieghi capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante, quand'anche per il loro uso venga corrisposto un compenso all'appaltante".*

Secondo la giurisprudenza, la disposizione della L. 1369/1960 (articolo 1) doveva essere interpretata nel senso che il divieto operava oggettivamente, indipendentemente dall'accertamento dell'esistenza di un accordo fraudolento tra il datore di lavoro intermediante e quello intermediato, mentre l'utilizzazione da parte dell'interposto di capitali, macchine e attrezzature dell'appaltante costituiva presunzione assoluta della mancanza di autonoma organizzazione a impresa del soggetto interposto, con conseguente violazione del divieto[2].

La disciplina della L. 1369/1960 (una delle prime Leggi speciali in materia di lavoro) si muoveva in un contesto socio-economico e imprenditoriale che ancora non conosceva la frammentazione del ciclo produttivo, la valorizzazione dell'automazione e della tecnologie digitali e informatiche e la fisiologica esternalizzazione di molti servizi un tempo interni al lavoro endoaziendale (magazzinaggio, pulizie, portineria e guardiania, facchinaggio, servizi informatici, amministrativi e legali, etc.), progressivamente espulsi dal *core business* perchè forieri di oneri ritenuti superflui.

Nel tempo, la giurisprudenza aveva cercato di mitigare il rigore della norma, chiarendo che per configurare lo pseudo appalto illecito non poteva ritenersi sufficiente il conferimento anche minimo da parte dell'appaltante-committente all'appaltatore di capitali, macchine e attrezzature, ma occorreva che questo conferimento fosse di rilevanza tale da rendere del tutto marginale e accessorio l'apporto di quest'ultimo, essendone sostanzialmente eliso il rischio di impresa[3].

La disciplina della L. 1369/1960 è stata profondamente riformata nel tempo, con suo definitivo superamento, ai fini che qui interessano, ad opera del D.Lgs. 276/2003, il quale ha introdotto una nuova disciplina (anche) in materia di appalto (articolo 29), stabilendo che esso si distingue dalla somministrazione di lavoro

[2] Tra le innumerevoli, Cass. n. 7259/1987, in Foro it., 1988, I, 827.
[3] Cass. n. 2740/1989, in Not. Giur. Lav., 1989, 392.

> *"per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa".*

Il fulcro dell'attenzione del Legislatore nella valutazione della genuinità dell'appalto, di conseguenza, si è concentrato sull'effettivo esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto ad opera dell'appaltatore, il quale, in aggiunta e necessariamente, deve assumersi il rischio d'impresa in relazione al servizio appaltato.

L'evoluzione normativa ha rappresentato la presa d'atto della sempre maggiore rilevanza, nel mercato (anche del lavoro), delle imprese di servizi spesso caratterizzate dal minimo apporto di capitali e da una sempre maggiore preponderanza della forza lavoro nell'esecuzione delle attività oggetto di appalto. Il riferimento, ovviamente, è agli appalti c.d. *labour intensive*, nei quali, appunto, il fattore "produttivo" preponderante è rappresentato dalla forza lavoro (servizi informatici, facchinaggio, pulizie, mense, etc.) e l'apporto dell'imprenditore si concentra sull'organizzazione e direzione della forza lavoro e delle minime infrastrutture che quell'organizzazione deve sorreggere.

Una recente sentenza: Cassazione n. 14371/2020

Una recente senza della Suprema Corte (Cassazione n. 14371/2020[4]) offre l'occasione per fissare un punto fermo circa lo stato dell'arte in ordine alle conseguenze a carico dell'appaltatore dell'utilizzo di mezzi del committente nell'esecuzione dell'appalto.

> Dopo aver ricordato il punto di approdo della giurisprudenza formatasi sotto l'imperio della L. 1369/1960, che, come già ricordato, riteneva illecito l'appalto nel quale il conferimento di mezzi dal committente all'appaltatore fosse di rilevanza tale da rendere del tutto marginale e accessorio l'apporto dell'appaltatore, la Corte ha precisato che la presunzione legale assoluta non è configurabile ove risulti un rilevante apporto dell'appaltatore, mediante il conferimento di capitale (diverso da quello impiegato in retribuzioni e in genere per sostenere il costo del lavoro), *know how, software* e, in genere, beni immateriali, aventi rilievo preminente nell'economia dell'appalto[5].

[4] Con le "gemelle" Cass. n. 6948/2020 e Cass. n. 22799/2020, rese nei confronti della stessa società.

[5] Così come già statuito, tra le altre, da Cass. n. 16488/2009, in Mass.: "*In tema d'interposizione nelle prestazioni di lavoro, l'utilizzazione da parte dell'appaltatore di capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante dà luogo ad una presunzione legale assoluta di sussistenza della fattispecie vietata dall'art. 1, 1 comma, l. n. 1369 del 1960 solo quando detto conferimento di mezzi sia di rilevanza tale da rendere del tutto marginale ed accessorio l'apporto dell'appaltatore; in assenza di tale presupposto, la configurabilità di detta fattispecie vietata può essere esclusa quando, nonostante la fornitura di macchine ed attrezzature (nella specie, informatiche) da parte dell'appaltante, sia verificabile un rilevante apporto da parte*

La valutazione della tipologia, qualitativa e quantitativa, dell'apporto dell'appaltatore in termini di beni, anche immateriali, e infrastrutture o macchinari, dunque, deve "misurarsi" sulla tipologia dell'appalto ovvero sul servizio offerto al mercato[6].

Il criterio tratteggiato dalla giurisprudenza, poi, ha assunto rilevanza ancora maggiore dopo la novella portata dal D.Lgs. 276/2003, che non richiede più che l'appaltatore sia titolare dei mezzi di produzione, per cui, anche se impiega macchine e attrezzature di proprietà dell'appaltante, è possibile provare altrimenti - purché vi siano apprezzabili indici di autonomia organizzativa - la genuinità dell'appalto. Così, mentre in appalti che richiedono l'impiego di importanti mezzi o materiali c.d. pesanti, il requisito dell'autonomia organizzativa deve essere calibrato, se non sulla titolarità, quanto meno sull'organizzazione di questi mezzi; negli appalti c.d. leggeri, nei quali il servizio appaltato si risolve prevalentemente o quasi esclusivamente nel lavoro, è sufficiente che in capo all'appaltatore sussista un'effettiva gestione dei propri dipendenti[7].

Cassazione n. 6726/2010[8], tuttavia, ha chiarito che l'utilizzazione da parte dell'appaltatore di beni immateriali della produzione (c.d. *know how*) assume rilievo quale fattore distinto dalla manodopera solamente soltanto laddove le conoscenze di quest'ultima costituiscano un *quid pluris* rispetto alla mera capacità professionale dei lavoratori impiegati. Il *know how*, di conseguenza, non può identificarsi con la competenza professionale delle maestranze assegnate all'appalto, dovendo l'imprenditore conferire nel servizio che di quello costituisce l'oggetto un proprio *know how* ovvero le conoscenze attinenti alle tecniche industriali richieste per produrre un bene, per produrre un processo produttivo o per il corretto impiego di una tecnologia come dispone il Regolamento CE 772/2004, il quale, all'articolo 1, lettera i), definisce il *know how* come un patrimonio di conoscenze e pratiche di uso non comune ma non brevettate, derivanti da esperienze e prove.

In definitiva, in relazione all'organizzazione del committente, gli elementi di valutazione da considerare sono quelli evidenziati dalla Corte d'Appello di Venezia, a detta della quale, al fine di escludere il carattere genuino dell'appalto, indubbia rilevanza assumono: la mancata disponibilità, da parte della

---

dell'appaltatore, mediante il conferimento di capitale (diverso da quello impiegato in retribuzioni ed in genere per sostenere il costo del lavoro), know how, software ed in genere beni immateriali, aventi rilievo preminente nell'economia dell'appalto".

[6] Cass. n. 15292/2018, in Mass. ha affrontato il caso di un appalto relativo a servizi di trasporto considerando irrilevante (marginale) la circostanza dell'utilizzo da parte dell'appaltatrice degli autobus di proprietà della committente, in virtù delle seguenti considerazioni: era l'impresa appaltatrice a dover effettuare a proprie cura e spese tutte le operazioni di manutenzione programmata e straordinaria delle autovetture, le operazioni di riparazione dei mezzi, la fornitura dei materiali di ricambio, ed era, inoltre, a carico dell'appaltatrice il servizio di guida, quello di pulizia giornaliera, il rimessaggio, le assicurazioni dei mezzi, la custodia degli autobus presso una struttura logistica messa a disposizione dalla società appaltatrice. Inoltre, la società appaltatrice si era impegnata ad assicurare che i capolinea centrali della rete notturna fossero presenziati da proprio personale in costante contatto telefonico e/o radio con la centrale operativa della committente.

[7] Cass. n. 21413/2019.

[8] Nel caso di specie, relativo a un rapporto tra una cooperativa di servizi e una rete televisiva con prestazioni, da parte dei soci, di operatore di messa in onda, di ripresa e di regista, la Corte ha ritenuto sussistente la fattispecie di intermediazione vietata, attesa l'assenza di competenze e conoscenze in capo ai lavoratori superiori a quelle proprie dell'attività svolta.

subappaltatrice, di un'effettiva dotazione di mezzi (magari assicurati in comodato precario da parte della committente), l'assunzione dei costi manutentivi a carico della committente, l'irrilevanza dei mezzi operativi conferiti in comodato rispetto a quelli di proprietà della subappaltatrice, il sistema di pagamento determinato in funzione delle ore della manodopera, l'ingerenza della committente nei confronti della subappaltatrice[9].

> Calata in un appalto *labour intensive,* la genuinità dell'appalto si concentra sull'effettiva organizzazione e direzione della forza lavoro nella prospettiva di offrire alla committente un servizio qualificato e auto-organizzato, assumendo valore residuale o meramente incidentale l'uso di mezzi della committente.

Appalto e intermediazione: punti di rottura e indici spia (di genuinità)

A chiosa di quanto detto, occorre in via di estrema sintesi rammentare come l'appalto sia un contratto nel quale l'appaltatore fornisce al committente un "fare" ovvero un'opera o un servizio, e dunque un "risultato", da realizzare tramite la propria organizzazione di mezzi e uomini, assumendosi il rischio d'impresa; mentre la somministrazione è un "dare", in cui il somministratore fornisce solo forza lavoro da lui assunta a un terzo, che ne utilizza le prestazioni, adattandole al proprio sistema organizzativo. Nella somministrazione, allora, è l'utilizzatore che dirige e conforma la prestazione di lavoro del soggetto messo a disposizione dalla agenzia fornitrice (che ovviamente, *a contrario* rispetto all'appalto, non si ingerisce nell'utilizzazione).

> L'organizzazione dei mezzi è, quindi, un requisito imprescindibile, unitamente al rischio d'impresa, per identificare un appalto genuino.

Peraltro, il requisito dell'organizzazione deve essere valutato in relazione all'opera e al servizio dedotti nel contratto, atteso che, in alcuni casi, come già evidenziato e come riconosce la stessa disposizione dell'articolo 29, D.Lgs. 276/2003, l'organizzazione può coincidere addirittura con la sola – ma effettiva - organizzazione dei mezzi[10].

---

[9] App. Venezia, 4 novembre 2016, in Rass. giur. lav. Veneto, 2017, 38. Analogamente, Trib. Monza, 2 dicembre 2000, in Riv. critica dir. lav., 2001, 117: "*Costituiscono indici rivelatori di un appalto di mere prestazioni di lavoro, vietato ai sensi dell'art. 1 l. 23 ottobre 1960 n. 1369: l'utilizzazione, da parte del personale dell'appaltatore, di attrezzature di proprietà o comunque nella disponibilità del committente; un corrispettivo in favore dell'appaltatore del tipo «a pezzo lavorato» (che, in ipotesi di ripetitività delle prestazioni lavorative, consente agevolmente il calcolo del numero dei pezzi gestibili dal singolo addetto in una data unità di tempo), con previsione altresì di maggiorazione per il lavoro notturno e festivo; la coincidenza fra lo scopo sociale del committente e l'oggetto dell'appalto (che non può quindi più valutarsi come un risultato autonomo rispetto all'attività principale del committente); la sostanziale gestione del personale da parte del committente (non contraddetta dalla presenza di un responsabile dell'appaltatore gerarchicamente subordinato a un responsabile del committente, che esercita così, tramite quest'ultimo, un controllo quotidiano e costante sull'operato del personale occupato)*".

[10] Per Cass. n. 27213/2018, in relazione agli appalti "endoaziendali", caratterizzati dall'affidamento a un appaltatore esterno di attività strettamente attinenti al complessivo ciclo produttivo del committente, si è in presenza di un appalto illecito tutte le volte in cui l'appaltatore metta a disposizione del committente una prestazione lavorativa, rimanendo in capo all'appaltatore-datore di lavoro i soli compiti di gestione

Ancora, in relazione alla valutazione di genuinità dell'appalto, la giurisprudenza ha indicato ulteriori indici spia, che l'interprete deve verificare, come la preesistenza dell'appaltatore all'appalto (nel senso, cioè, che l'impresa appaltatrice non è stata costituita contestualmente o nell'imminenza della stipula dell'appalto); la pluralità di committenti nel medesimo arco di tempo considerato,; la titolarità dei mezzi utilizzati per l'esecuzione dell'appalto; il potere organizzativo sui lavoratori impiegati nell'appalto; il corrispettivo sganciato dal tempo di lavoro.

Così, la giurisprudenza ha chiarito che:

> *"al fine di verificare la sussistenza di appalto lecito, anche nel regime di cui all'art. 29, d. leg. 276/2003, occorre accertare che l'appaltatore sia titolare di effettiva organizzazione aziendale e che, con riferimento allo specifico lavoro o servizio oggetto d'appalto, siano stati forniti un'opera o un servizio determinato, con risultato produttivo autonomo, che lasci in capo all'appaltatore l'alea economica tipica di un'attività produttiva d'impresa[11]".*

Specificando ulteriormente che:

> *"Ai fini della configurabilità del divieto di appalto di manodopera di cui all'art. 1 l. n. 1369 del 1960, al di fuori delle ipotesi presuntive previste dal 3° comma di tale articolo, occorre in concreto accertare la qualità, le caratteristiche e la specializzazione dell'impresa, dovendosi verificare, in particolare, anche in caso di attività esplicate all'interno dell'azienda appaltante, se il presunto appaltatore abbia dato vita, in tale ambito, ad un'organizzazione lavorativa autonoma ed abbia assunto, con la gestione dell'esecuzione e la responsabilità del risultato, il rischio d'impresa relativo al servizio fornito, tenuto conto che un'autonomia gestionale, relativa alla conduzione aziendale, alla direzione del personale, alla scelta delle modalità e dei tempi di lavoro, è configurabile anche se le caratteristiche del servizio affidato siano determinate dal committente"[12].*
>
> *Del resto: "in tema di interposizione nelle prestazioni di lavoro non è sufficiente, ai fini della configurabilità di un appalto fraudolento, la circostanza che il personale dell'appaltante impartisca disposizioni agli ausiliari dell'appaltatore, occorrendo verificare se le disposizioni impartite siano riconducibili al potere direttivo del datore di lavoro, in quanto inerenti a concrete modalità di*

amministrativa del rapporto (quali retribuzione, pianificazione delle ferie, assicurazione della continuità della prestazione), ma senza che da parte sua ci sia una reale organizzazione della prestazione stessa, finalizzata a un risultato produttivo autonomo, né una assunzione di rischio economico con effettivo assoggettamento dei propri dipendenti al potere direttivo e di controllo. Nel caso deciso dalla Corte, relativo a servizi di inserimento della documentazione bancaria gestita dalla committente nella piattaforma informatica, la Suprema Corte ha confermato la decisione di merito, che aveva riconosciuto il carattere vietato dell'appalto in ragione dell'estraneità dell'appaltatrice all'organizzazione dell'attività svolta presso la committente nonché della fungibilità delle mansioni dei dipendenti dell'appaltante e di quelli dell'appaltatrice, i quali avevano reso una prestazione diversa e più ampia rispetto a quella indicata nel contratto di appalto, senza soluzione di continuità per oltre 5 anni.

[11] App. Venezia, 2 agosto 2008, in Informazione prev., 2009, 184.

[12] Cass. n. 15665/2001, in Mass 2001.

> *svolgimento delle prestazioni lavorative, oppure al solo risultato di tali prestazioni, il quale può formare oggetto di un genuino contratto di appalto"*[13].

E infine che:

> *"A norma dell'art. 29, d. leg. n. 276/2003, elemento sufficiente perché possa configurarsi un genuino appalto di servizi è (insieme all'assunzione del rischio d'impresa) l'organizzazione dei mezzi da parte dell'appaltatore, la quale, in relazione agli appalti labour intensive, è suscettibile di concretarsi nel solo esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori; ne consegue che l'utilizzo di strumenti di proprietà del committente non costituisce, di per sé, elemento decisivo per la qualificazione del rapporto in termini di appalto o interposizione vietata"*[14].

Per valutare la genuinità o meno dell'appalto, in conclusione, occorre di volta in volta procedere a una dettagliata analisi di tutti gli elementi che caratterizzano il rapporto instaurato tra le parti, al fine di accertare se l'appaltatore, assumendo su di sé il rischio economico dell'impresa, operi concretamente in condizioni di reale autonomia organizzativa e gestionale rispetto all'impresa committente; se sia provvisto di una propria organizzazione d'impresa; se, in concreto, assuma su di sé l'alea economica insita nell'attività produttiva oggetto dell'appalto; infine, se i lavoratori impiegati per il raggiungimento di tali risultati siano effettivamente diretti dall'appaltatore e agiscano alle sue dipendenze e nel di lui interesse:

> *"quando tutti questi elementi siano riscontrati come presenti ed i risultati dell'accertamento processuale convergano nel senso che l'impresa appaltatrice sia sprovvista di effettiva autonomia*

[13] Cass. n. 9139/2018, in Mass.; Cass. n. 12201/2011, in Orient. giur. lav., 2011, I, 619. Cass. n. 15615/2011, in Mass., 2011, 598: "In tema di interposizione nelle prestazioni di lavoro, anche nel regime di cui al d.leg. 10 settembre 2003 n. 276, così come già in quello di cui alla l. n. 1369 del 1960, per quanto la circostanza che il personale dell'appaltante impartisca disposizioni agli ausiliari dell'appaltatore sia un indice dell'accordo fraudolento, ai fini della dimostrazione della sussistenza di quest'ultimo è necessario che dette disposizioni sono riconducibili al potere direttivo del datore di lavoro anche in relazione alle effettive modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative". Cass. n. 7898/2011, in Mass., 2011, 297: "*Il divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro (art. 1 l. n. 1369 del 1960), in riferimento agli appalti endoaziendali, caratterizzati dall'affidamento ad un appaltatore esterno di tutte le attività, ancorché strettamente attinenti al complessivo ciclo produttivo del committente, opera tutte le volte in cui l'appaltatore metta a disposizione del committente una prestazione lavorativa, rimanendo in capo all'appaltatore-datore di lavoro i soli compiti di gestione amministrativa del rapporto (quali retribuzione, pianificazione delle ferie, assicurazione della continuità della prestazione), senza una reale organizzazione della prestazione stessa, finalizzata ad un risultato produttivo autonomo (nella specie, relativa allo svolgimento di attività di pulizie dei locali del teatro Bellini di Napoli, la suprema corte ha annullato la sentenza di merito che aveva desunto, con insufficiente motivazione, il carattere vietato dell'appalto dalla mancanza nell'oggetto sociale della società interponente dello svolgimento di attività di pulizia, elemento secondario e meramente formale, nonché dall'esistenza di ingerenze nell'attività della società interposta, che, tuttavia, erano identificate in condotte in parte del tutto irrilevanti - quali l'esistenza di numerose società operanti all'interno del teatro, gli orari di lavoro, il godimento delle ferie da parte dei lavoratori - e in parte, pur astrattamente pertinenti [come l'anticipazione delle retribuzioni dei lavoratori della società interposta ovvero l'esistenza di direttive], rimaste prive di adeguato riscontro e approfondimento)*".

[14] Trib. Milano, 5 febbraio 2007, in Riv. it. dir. lav., 2007, II, 809, n. Chiantera. In termini App. Firenze, 24 settembre 2003, in Riv. critica dir. lav., 2004, 112, n. Giometti: "*La fattispecie vietata dall'art. 1 l. 23 ottobre 1960 n. 1369 si configura in tutti i casi in cui l'impresa appaltatrice esaurisce la propria prestazione nella messa a disposizione di manodopera alle sue dipendenze ed è configurabile sia in presenza degli elementi presuntivi considerati dal 3° comma cit. art. 1 (impiego di capitale, macchine e attrezzature fornite dall'appaltante), sia quando il soggetto interposto manchi di una gestione a proprio rischio e di un'organizzazione autonoma rispetto all'impresa committente; pertanto, negli appalti che richiedono uno scarso apporto di mezzi produttivi, è l'elemento della preposizione all'organizzazione del lavoro (direzione del personale, scelta delle modalità e dei tempi di lavoro) a tracciare la linea di demarcazione fra appalto genuino e interposizione vietata*".

imprenditoriale ed abbia struttura e capitali del tutto inadeguati all'importanza dell'opera, i poteri decisionali siano riservati al committente e sia sottratta all'appaltatore ogni autonomia, sicché questo sia un semplice strumento per celare la realtà dei rapporti, il fatto che egli abbia anche potuto impiegare, nell'esecuzione dei lavori, capitale, attrezzature e mezzi propri, diventa circostanza del tutto marginale ed irrilevante ai fini del riconoscimento della sussistenza della situazione interpositoria ipotizzata dal 1 co. dell'art. 1, l. n. 1369 del 1960"[15].

[15] Cass. n. 1676/2005.

Il giurista del lavoro n. 1/2021

COVID-19, congedi parentali e *smart working*: le prime sentenze in materia

di Nicola Ghirardi – avvocato – dottore di ricerca in Diritto del lavoro

La pandemia di COVID-19 ha indotto il Governo a introdurre una serie di norme (in continua evoluzione) in materia di congedi parentali, nel caso in cui il lavoratore si trovi nell'esigenza di dover assistere un figlio minore in caso di sospensione del servizio scolastico in presenza. La recente ordinanza n. 333/2020 del Tribunale di Trento ha esaminato proprio il caso di una lavoratrice licenziata per assenza dal lavoro, dovuta alla necessità di assistere un figlio minore durante la pandemia di COVID-19, ritenendo illegittimo l'atto di recesso. Vediamo le motivazioni che hanno indotto il giudice a prendere una tale decisione e la più recente disciplina in materia.

Famiglia e lavoro ai tempi del COVID-19

La pandemia di COVID-19 ha colpito in maniera molto grave anche la scuola, costringendo molti studenti a rinunciare alle lezioni in presenza, con le evidenti conseguenze anche sulla gestione della vita familiare da parte dei genitori. Il Governo ha, quindi, introdotto delle norme specifiche per consentire ai lavoratori dipendenti che abbiano figli in età scolare di potersene prendere cura, contemperando esigenze lavorative e familiari: ciò attraverso la possibilità di effettuare lavoro in modalità *smart* dalla propria abitazione, oppure, quando questo non sia possibile, attraverso specifici congedi parentali.

Nell'articolo che segue esaminiamo alcune recenti sentenze in materia, oltre alle più recenti norme sul punto, che sono state più volte modificate e riscritte anche nelle ultime settimane.

La sentenza del Tribunale di Trento

Il caso esaminato dal Tribunale di Trento, con ordinanza dell'8 settembre 2020, riguarda una lavoratrice licenziata per motivi disciplinari, in quanto era risultata assente dall'8 al 23 aprile 2020; la dipendente aveva richiesto un congedo parentale (ai sensi del D.P.C.M. 18 marzo 2020) dal 9 al 23 marzo, per accudire la figlia di 9 anni, convivente, senza la presenza dell'altro coniuge.

Il Tribunale di prime cure riteneva illegittimo il licenziamento *de quo*, innanzitutto perché la lavoratrice, prima del periodo di assenza, aveva ancora a sua disposizione 6,68 giorni di ferie e 70 ore di permessi

e aveva fatto richiesta di poterne usufruire per tutto il periodo di sospensione delle attività scolastiche dovuta alla pandemia di COVID-19 (il periodo di sospensione delle attività didattiche, inizialmente disposto sino al 3 aprile 2020, era stato poi prorogato sino al successivo 3 maggio). L'azienda, infatti, ben consapevole delle esigenze di accudire una figlia minore, avrebbe dovuto considerare la richiesta della ricorrente di usufruire delle ferie residue, tanto più in quanto si trattava di un'addetta a mansioni facilmente fungibili (operaia di 4° livello addetta al magazzino).

Del resto, osserva il giudice, il Ccnl Terziario distribuzione e servizi, applicabile al rapporto di lavoro *de quo*, prevede, all'articolo 169, comma 1, che il lavoratore abbia diritto a un congedo per gravi motivi familiari indicati dalla L. 53/2000 e dal D.I. 278/2000. Appare indubbio che la necessità di assistere una figlia dell'età di 9 anni, convivente senza la presenza dell'altro genitore, la quale, a causa dell'emergenza COVID, non possa avvalersi del servizio scolastico, integri un grave motivo familiare afferente a una situazione che comporta un impegno particolare della lavoratrice nell'assistenza del minore.

In definitiva, l'azienda, anziché procedere disciplinarmente nei confronti della lavoratrice, avrebbe dovuto consentirle di fruire di un congedo non retribuito per gravi motivi familiari *ex* articolo 169, Ccnl applicabile, per l'intero periodo di sospensione del servizio scolastico.

Il giudice però si spinge oltre, osservando che un ulteriore motivo di insussistenza della giusta causa del licenziamento è costituita dal carattere giustificato dell'assenza dal lavoro, in quanto dovuta a impossibilità di svolgere la prestazione per causa non imputabile alla lavoratrice.

L'articolo 1218, cod. civ., pur onerando il debitore della prova che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione a lui non imputabile, alla luce del coordinamento con l'articolo 1256, cod. civ. (che prevede l'estinzione dell'obbligazione nel caso di impossibilità sopravvenuta della prestazione), pone a carico del creditore (qui il datore di lavoro) il rischio dell'impossibilità della prestazione e, in ragione del disposto dell'articolo 1256, cod. civ., a carico del debitore (qui il lavoratore), il rischio di perdere la controprestazione.

In relazione all'obbligazione di lavoro, la cui disciplina attribuisce tutela non solo all'interesse del datore di lavoro a ricevere la prestazione, ma anche a interessi attinenti la persona del lavoratore, assume particolare rilievo la nozione di impossibilità della prestazione in termini di inesigibilità secondo buona fede, che ricorre quando emerga una difficoltà nell'adempiere, che, alla luce del contenuto della prestazione e dei mezzi correttamente impiegati per eseguirla, non è corretto pretendere che il debitore superi.

> Il Tribunale di Trento ritiene, quindi, che nel caso in esame le prestazioni di lavoro nelle giornate afferenti all'assenza oggetto di addebito fossero divenute inesigibili per la ricorrente e, quindi, impossibili per causa a lei non imputabile.

Quanto detto trova fondamento nella legislazione di emergenza adottata dopo l'inizio della pandemia e, in particolare, nell'articolo 23, comma 6, D.L. 18/2020, secondo cui

> *"i genitori lavoratori dipendenti del settore privato con figli minori, di età compresa tra i 12 e i 16 anni, a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o che non vi sia genitore non lavoratore hanno diritto di astenersi dal lavoro per il periodo di sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado, senza corresponsione di indennità né riconoscimento di contribuzione figurativa, con divieto di licenziamento e diritto alla conservazione del posto di lavoro".*

Questa disposizione, se interpretata in coordinamento con il disposto *ex* articolo 23, comma 1, D.L. 18/2020, che attribuiva ai genitori lavoratori dipendenti del settore privato con i figli di età non superiore a 12 anni uno specifico congedo indennizzato nella misura del 50% della retribuzione, deve ritenersi applicabile anche in questi casi. Infatti, a meno di non ritenere la norma affetta da una palese irragionevolezza, il sistema di tutela realizzato dall'articolo 23, comma 1, D.L. 18/2020, in favore dei lavoratori dipendenti del settore privato con figli di età non superiore di 16 anni, deve essere così delineato:

– a tutti questi dipendenti (e non solo a coloro che sono genitori di figli minori di età compresa tra 12 e 16 anni), era attribuito il diritto di astenersi dal lavoro per il periodo di sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado, senza corresponsione di indennità, né riconoscimento di contribuzione figurativa, con divieto di licenziamento e diritto alla conservazione del posto di lavoro; il riconoscimento di un tale diritto presuppone necessariamente che la prestazione di lavoro fosse divenuta impossibile, *melius* inesigibile, a causa della necessità di assistere i figli a seguito della sospensione delle attività didattiche disposta dall'Autorità al fine di contrastare la pandemia; in questo senso appare diretta la novella del comma 6 ad opera dell'articolo 72, comma 1, lettera b), D.L. 34/2020, convertito in L. n. 77/2020, che ha attribuito tale diritto ai genitori lavoratori dipendenti del settore privato con figli minori di anni 16, a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa e che non ci sia altro genitore non lavoratore;

– ai dipendenti genitori di figli minori, di età compresa tra 12 e 16 anni, era attribuito uno specifico congedo indennizzato nella misura del 50% della retribuzione per un periodo non superiore a 15 giorni;
– in secondo luogo, l'articolo 72, comma 1, lettera a), D.L. 34/2000, novellato dall'articolo 23, D.L. 18/2020, ha disposto l'aumento da 15 a 30 giorni di quello specifico congedo, da godersi fino al 31 luglio 2020, e comprova che la situazione considerata dal Legislatore al momento dell'emanazione del D.L. 18/2020 è persistita fino a quella data.

Sebbene questa norma non sia applicabile *ratione temporis* alla vicenda, il giudice evidenziava che la ricorrente aveva goduto solamente di 15 giorni *ex* articolo 23, D.L. 18/2020.

La lavoratrice aveva, quindi, alla luce della normativa vigente e delle previsioni del codice civile che si sono richiamate, diritto alla sospensione della prestazione lavorativa, per assistere la figlia minorenne, a causa della sospensione delle lezioni scolastiche in presenza.

> In conclusione, il giudice dichiarava l'illegittimità del licenziamento per insussistenza del fatto contestato, in quanto disciplinarmente irrilevante, con conseguente reintegra della lavoratrice nel posto di lavoro.

Esiste un diritto del lavoratore a lavorare in modalità *smart*?

Un'altra recente sentenza del Tribunale di Mantova (n. 1054/2020) affronta un caso per certi aspetti simile, in cui un lavoratore (anch'egli genitore di un figlio minorenne) aveva proposto causa contro la sua azienda per ottenere il diritto a prestare attività lavorativa in modalità *smart*.

Con ricorso *ex* articolo 700, c.p.c., il ricorrente chiedeva che venisse ordinato al datore di lavoro, sino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, di consentirgli lo svolgimento delle mansioni contrattuali in modalità di lavoro agile (e che venisse fissata una somma giornaliera di sanzione per ogni giorno di eventuale ritardo nell'esecuzione del provvedimento da parte della società resistente).

Il dipendente era stato assunto dalla società resistente – che gestisce parcheggi e aree di sosta su tutto il territorio nazionale – con contratto a tempo indeterminato con la qualifica di quadro direttivo, in applicazione del Ccnl per i dipendenti di azienda del settore terziario, con mansioni di responsabile progettazione impianti nuove strutture e assistenza tecnica, mansioni comportanti frequenti missioni su tutto il territorio nazionale; il ricorrente, residente a Bologna, aveva svolto la propria attività presso la sede dell'azienda di Bologna e, nel corso del 2018, l'azienda gli aveva imposto lo svolgimento dell'attività presso la sede di Mantova, scelta, questa, contestata, poiché avrebbe comportato trasferte da Bologna a Mantova per attività che si potevano svolgere anche presso la città di Bologna;

successivamente, le parti raggiungevano un accordo che prevedeva, quando non in missione, lo svolgimento dell'attività del ricorrente presso gli uffici situati a Bologna: in tal modo le trasferte a Mantova venivano limitate a 4/5 al mese. In seguito all'emergenza sanitaria ancora in corso, il ricorrente dal 2 marzo 2020 veniva collocato in ferie, nonostante non avesse più a disposizione ferie residue dell'anno precedente; in momenti successivi il ricorrente aveva richiesto che gli venisse concessa la possibilità di lavorare in *smart working*, essendo dotato della strumentazione informatica necessaria; a fronte delle richieste il dipendente aveva ricevuto riscontro negativo, motivato con la necessità del suo collocamento in ferie per l'intervenuta sospensione di tutte le attività della società a seguito dell'emergenza sanitaria e sino all'attivazione degli ammortizzatori sociali emergenziali previsti dall'articolo 19, D.L. 18/2020.

A seguito dell'attivazione di tali ammortizzatori, la prestazione lavorativa in sede da parte del ricorrente era limitata a soli 2 giorni a settimana, mentre, negli altri 5 giorni, egli era presente presso l'abitazione, essendo destinatario di un provvedimento di riduzione oraria con ricorso all'ammortizzatore sociale emergenziale. Va rilevato, inoltre, che il nucleo famigliare del lavoratore era composto, oltre che dallo stesso, dalla moglie e da una figlia di anni 12; all'epoca dei fatti la moglie era dipendente della Regione Emilia Romagna e non risultava beneficiaria di strumenti di sostegno al reddito, ma in servizio con modalità di *smart work* dal proprio domicilio.

Il ricorrente, a mezzo del proprio difensore, rinnovava la richiesta di lavoro agile, alla luce delle disposizioni contenute nel D.L. 34/2020 (Decreto Rilancio), che prevede, all'articolo 90, per il settore privato, fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID–19, il diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile, anche in assenza degli accordi individuali, per i genitori lavoratori dipendenti che hanno almeno un figlio minore di anni 14.

Il giudice, però, pur osservando che "*in astratto, la norma appare attagliarsi al caso*", rigettava il ricorso del lavoratore. Si deve rilevare che si tratta di un ricorso d'urgenza *ex* articolo 700, c.p.c., e non di un ricorso ordinario, e che erano state eccepite irregolarità procedurali nel ricorso cautelare presentato dal lavoratore (in particolare, la mancata indicazione delle conclusioni del giudizio di merito), ritenute dal giudice di per sé sufficienti a dichiarare l'inammissibilità del ricorso stesso.

Il Tribunale mantovano, ciò premesso, nel merito osservava comunque che la prestazione lavorativa in sede da parte del ricorrente era limitata a 2 giorni a settimana e che, negli altri 5 giorni, egli era presente presso la propria abitazione, essendo destinatario di un provvedimento di riduzione oraria con ricorso all'ammortizzatore sociale emergenziale. Si tratta, secondo il giudice, di circostanze che non possono

non rilevare, quanto meno ai fini della valutazione del *periculum in mora* che si richiede come autonomo presupposto per la concessione del rimedio cautelare.

Ritenuto dunque che, oltre alle rilevate violazioni procedurali, non sussistesse neppure il *periculum in mora,* necessario presupposto dell'azione cautelare, il giudice rigettava il ricorso proposto dal lavoratore.

Sottolineate le particolarità della decisione in commento, si ricorda che sul punto si era espresso pochi mesi fa anche il Tribunale di Grosseto con ordinanza n. 502/2020, a seguito di un ricorso *ex* articolo 700, c.p.c., promosso da un lavoratore escluso dai programmi di lavoro agile adottati dall'azienda, dichiarando l'illegittimità della decisione del datore di lavoro di obbligare il lavoratore a fruire di ferie "anticipate" invece di adibirlo a modalità di lavoro agile.

Nella fattispecie, il lavoratore – che svolgeva mansioni di addetto al servizio assistenza legale e contenzioso, espletabili anche in *smart working* – lamentava che il datore di lavoro aveva illegittimamente rifiutato di adibirlo al lavoro agile (già adottato, invece, per tutti i colleghi del suo reparto), nonostante il suo diritto ad essere preferito nell'assegnazione alla modalità di lavoro agile (ai sensi dell'articolo 39, comma 2, D.L. 18/2020), in quanto affetto da pregresse patologie croniche polmonari.

Il giudice richiamava, in particolare, quanto disposto dall'articolo 39, comma 2, D.L. 18/2020, ai sensi del quale:

> *"Ai lavoratori del settore privato affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa è riconosciuta la priorità nell'accoglimento delle istanze di svolgimento delle prestazioni lavorative in modalità agile ai sensi degli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81".*

Secondo la decisione, accertata la sussistenza delle condizioni per ricorrere al lavoro agile,

> *"il datore di lavoro non può agire in maniera irragionevolmente o immotivatamente discriminatoria nei confronti di questo o quel lavoratore, tantomeno laddove vi siano titoli di priorità legati a motivi di salute".*

Il giudice evidenziava, da una parte, la compatibilità delle mansioni svolte con il lavoro in modalità agile – attività di c.d. *backoffice* cui è tipicamente estraneo il confronto diretto con il pubblico – e, dall'altra, la natura della patologia da cui il dipendente era affetto, che ne aveva determinato la riduzione della capacità di deambulazione e sconsigliava di esporlo a rischi aggiuntivi di contrarre l'infezione da COVID-19.

Il giudice ordinava, quindi, al datore di lavoro di consentire al ricorrente lo svolgimento delle mansioni contrattuali in modalità di lavoro agile, con l'ulteriore condanna al pagamento di 50 euro al giorno per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento.

La più recente normativa in materia di congedi COVID-19

Esaminiamo ora, in maniera sintetica, le più recenti modifiche legislative in materia di congedi COVID-19, che si sono succedute nella, spesso frenetica, legislazione emergenziale degli ultimi mesi.

Decreto Agosto (D.L. 104/2020)

Il Decreto, all'articolo 21-*bis*, prevedeva la possibilità per il genitore lavoratore dipendente di svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile per tutto o parte del periodo corrispondente alla durata dell'eventuale quarantena del figlio convivente, minore di anni 14, fino al 31 dicembre 2020.

Quando la prestazione lavorativa non potesse essere svolta in modalità agile, uno dei genitori, alternativamente all'altro, poteva astenersi dal lavoro per tutto o parte del periodo corrispondente alla durata della quarantena del figlio, minore di anni 14, col riconoscimento, in luogo della retribuzione, un'indennità pari al 50% della retribuzione stessa.

Decreto Ristori (D.L. 137/2020)

Il suddetto Decreto ha apportato alcune importanti novità alla disciplina precedente in materia di congedi e accesso allo *smart working*.

La normativa emergenziale prevede che i genitori di figli di età fino a 16 anni (e non più 14, come prima) possano chiedere l'attivazione dello *smart working* non solo in caso di quarantena, ma anche nell'ipotesi di sospensione dell'attività scolastica in presenza (DAD).

Il genitore di figli da 14 a 16 anni non ha, però, diritto alla corresponsione della retribuzione o indennità e, parimenti, né alla contribuzione figurativa prevista nel caso di figli di età inferiori. La tutela prevista dal Decreto Ristori consiste, in tali ipotesi, esclusivamente nel divieto di licenziamento da parte del datore di lavoro e nel diritto alla conservazione del posto di lavoro. Il congedo parentale sarà, invece, retribuito al 50% nel caso di figli fino a 14 anni di età.

Decreto Ristori-*bis* (D.L. 149/2020)

Il Decreto, all'articolo 13, prevede, limitatamente alle c.d. zone rosse, nelle quali sia stata disposta la sospensione dell'attività didattica in presenza delle scuole secondarie di primo grado, e nelle sole ipotesi in cui la prestazione lavorativa non possa essere svolta in modalità agile, che venga riconosciuta alternativamente a entrambi i genitori di alunni delle suddette scuole, lavoratori dipendenti, la facoltà di astenersi dal lavoro per l'intera durata della sospensione dell'attività didattica in presenza.

Per i periodi di congedo è riconosciuta, in luogo della retribuzione, un'indennità pari al 50% della retribuzione, e copertura di contribuzione figurativa.

Conversione del Decreto Ristori

La L. 176/2020, di conversione del D.L. 137/2020, recepisce le disposizioni contenute nell'articolo 13, D.L. 149/2020, ora abrogato, ferma restando la validità degli atti e dei provvedimenti adottati e fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base del D.L. 149/2020.

In particolare, l'articolo 22-*bis*, comma 1, prevede, a favore dei genitori lavoratori dipendenti, un congedo indennizzato da utilizzare per astenersi dal lavoro, in tutto o in parte, durante il periodo di sospensione dell'attività didattica in presenza per le sole classi seconde e terze delle scuole secondarie di primo grado situate nelle aree del territorio nazionale caratterizzate da uno scenario di massima gravità e da un livello di rischio alto (c.d. zone rosse), individuate nelle ordinanze del Ministro della salute ai sensi dell'articolo 3, del D.P.C.M. 3 novembre 2020, come confermato nel successivo D.P.C.M. 3 dicembre 2020, e dell'articolo 19-*bis*, D.L. 137/2020.

Il congedo indennizzato, ai sensi dell'articolo 22-*bis*, comma 3, D.L. 137/2020, può essere utilizzato da parte di genitori lavoratori dipendenti di figli con disabilità in situazione di gravità accertata, ai sensi dell'articolo 4, comma 1, L. 104/1992, iscritti a scuole di ogni ordine e grado per le quali sia stata disposta la sospensione dell'attività didattica in presenza o ospitati in centri diurni a carattere assistenziale per i quali sia stata disposta la chiusura ai sensi dei D.P.C.M. 24 ottobre 2020, 3 novembre 2020 e 3 dicembre 2020, indipendentemente dallo scenario di gravità e dal livello di rischio in cui è inserita la Regione dove è ubicata la scuola o il centro di assistenza.

Conclusioni

Difficile orientarsi nella complessa e stratificata normativa in materia di congedi COVID-19 che si è esaminata. In un momento così difficile, il lavoratore che si trovi nella necessità di accudire un minore durante l'orario di solito dedicato alla scuola, e che non possa usufruire della modalità di *smart working*, gode di un'ampia protezione legale, per cui – anche al di là delle specifiche norme, in continua evoluzione –, nel caso di assenza dal lavoro a ciò correlata, prima di considerare un eventuale licenziamento, è opportuno valutare attentamente se l'assenza non debba considerarsi non imputabile, *ergo* giustificata, ai sensi degli articoli 1218 e 1258, cod. civ., come evidenziato dalla sentenza del Tribunale di Trento che si è qui commentata.

Il giurista del lavoro n. 1/2021

Licenziamento collettivo: fungibilità o non fungibilità, questo è il problema

di Edoardo Frigerio – avvocato[1]

Nell'ambito delle procedure di licenziamento collettivo, la limitazione dell'ambito aziendale nel quale operare la scelta dei dipendenti da porre in esubero rappresenta da sempre una questione particolarmente critica, specialmente quando i lavoratori licenziati siano fungibili con altri dipendenti di settori dell'impresa non toccati dalla procedura di mobilità. Una recente sentenza della Cassazione riaccende le luci su questo tema spinoso, questione sempre d'attualità nonostante l'attuale divieto di licenziamento, anche collettivo, posto dal Legislatore in ragione del perdurare della pandemia.

L'attuale blocco delle procedure di licenziamento collettivo

Come ormai universalmente noto, in ragione della necessità di arginare, almeno temporaneamente, i devastanti effetti sull'occupazione dell'attuale crisi pandemica, sono stati vietati dal Legislatore "dell'emergenza", a decorrere dal 17 marzo 2020, i licenziamenti economici sia individuali che collettivi. Da ultimo, con la Legge di Bilancio per il 2021 (L. 178/2020), il Governo è nuovamente intervenuto su tale divieto di licenziamento prevedendo (articolo 1, commi 309 e 310) un'ulteriore proroga al 31 marzo 2021 della proibizione di procedere a licenziamenti per gmo., confermando l'impostazione del D.L. Ristori (DL. 137/2020) che aveva eliminato i problematici termini "mobili" (legati all'utilizzo della cassa integrazione o dello sgravio) del divieto del precedente Decreto Agosto. In particolare, per i licenziamenti collettivi, è attualmente previsto come, fino al 31 marzo 2021, sia precluso l'avvio delle procedure di cui agli articoli 4, 5 e 24, L. 223/1991, e siano, altresì, sospese le procedure pendenti avviate successivamente alla data del 23 febbraio 2020 (nonché, per logica conseguenza, anche quelle avviate prima di tale data, ma non concluse), fatte salve le ipotesi in cui il personale interessato dal recesso, già impiegato nell'appalto, sia riassunto a seguito di subentro di nuovo appaltatore in forza di Legge, di Ccnl o di clausola del contratto di appalto.

[1] Edoardo Frigerio è anche cultore della materia della cattedra di diritto del lavoro presso la facoltà di giurisprudenza dell'Università degli Studi dell'Insubria.

Eccezioni al divieto di dar corso alla procedura di esubero collettivo si rinvengono, viceversa, nei predetti provvedimenti, in queste ipotesi: licenziamenti motivati dalla cessazione definitiva dell'attività dell'impresa, conseguenti alla messa in liquidazione della società senza continuazione, anche parziale, dell'attività, e nei casi in cui, nel corso della liquidazione, non si configuri la cessione di un complesso di beni o attività che possano rappresentare un trasferimento d'azienda ai sensi dell'articolo 2112, cod. civ.; inoltre, nessun divieto anche in caso di fallimento dell'impresa, quando non sia previsto l'esercizio provvisorio della stessa e, nel caso in cui l'esercizio provvisorio sia, viceversa, disposto per uno specifico ramo dell'azienda, sono esclusi dal divieto i licenziamenti riguardanti i settori non compresi nello stesso.
Del tutto peculiare appare, inoltre, l'ulteriore eccezione all'attuale divieto di licenziamento, rappresentata dall'ipotesi di raggiungimento, con i sindacati, di "accordo collettivo aziendale" volto a incentivare la risoluzione del rapporto di lavoro, limitatamente, però, ai lavoratori che aderiscano al predetto accordo. Al riguardo, è stato evidenziato[2] che tali accordi, pur nella vigenza legata al periodo emergenziale, possono di fatto essere considerati dei "surrogati" delle procedure di licenziamento collettivo, pur essendo limitati ai soli casi di non opposizione (*rectius*, adesione) dei lavoratori alla risoluzione incentivata del loro rapporto di lavoro.
Nonostante tale situazione di blocco dei licenziamenti, anche collettivi, giungono, però, sempre puntuali e ricche di spunti le pronunce della Cassazione in tema: trattasi, ovviamente, di controversie vertenti su procedure anteriori al blocco dei licenziamenti, che offrono, nondimeno, spunti di riflessione per quando, presto o tardi, cesserà l'attuale blocco dei licenziamenti "economici".
In particolare - ricordando che l'articolo 5, L. 223/1991, individua i criteri di scelta atti all'individuazione dei lavoratori da licenziare, stabilendo, in prima battuta, che tali criteri siano "*previsti da contratti collettivi stipulati con i sindacati di cui all'articolo 4, comma 2*", ovvero, in mancanza di tali accordi, nel rispetto dei criteri di carichi di famiglia, anzianità, esigenze tecnico-produttive e organizzative, applicati in concorso tra loro - si deve sempre tenere presente, prima di adottare i criteri pattizi o legali per la scelta dei dipendenti da porre in esubero, che il datore di lavoro deve individuare l'ambito aziendale in cui operare il vaglio, che, secondo la norma, dovrebbe avvenire "*in relazione alle esigenze tecnico-produttive ed organizzative del complesso aziendale*". In tale contesto l'apprezzamento della fungibilità del lavoratore all'interno del complesso aziendale riveste importanza rilevante per la validità stessa della procedura di licenziamento collettivo.

[2] Si veda, per maggiori ragguagli, E. Frigerio, *Gli accordi di incentivo all'esodo nel Decreto Agosto (e nel Decreto Ristori)*, in "Il giurista del lavoro" n. 11/2020.

La sentenza della Cassazione n. 21306/2020

Così, la Sezione lavoro della Suprema Corte è stata di recente chiamata a valutare la validità di una procedura di licenziamento collettivo (datata 2016) che era stata impugnata da un dipendente posto in esubero e che era approdata, in sede di rito Fornero (essendo il lavoratore un "vecchio assunto" *ante* tutele crescenti), all'attenzione del giudice di primo grado, che ne aveva decretato l'illegittimità, statuizione confermata dalla Corte d'Appello di Napoli. La Corte partenopea, infatti, aveva ritenuto che il licenziamento collettivo intimato da una società (attiva nel campo delle telecomunicazioni) al lavoratore, impiegato presso una delle diverse sedi aziendali (quella di Casavatore, nel napoletano), era risultato affetto da violazione procedurale, poiché l'ambito aziendale di scelta dei lavoratori da porre in esubero era stato immotivatamente limitato dal datore di lavoro a tale sola sede. Ciò, viceversa, in una rappresentazione - all'interno della comunicazione di apertura della procedura di licenziamento collettivo - di uno stato di crisi aziendale generalizzata, dovuta alla perdita di importanti commesse. Secondo i giudici campani, tale comunicazione è risultata carente, in particolare, della descrizione della situazione specifica del personale delle altre unità produttive della società: informazioni necessarie, secondo la Corte, ai fini della valutazione dell'infungibilità e della dedotta "obsolescenza" delle mansioni svolte dagli addetti alla sede reputata in crisi, con conseguente assenza di giustificazione della limitazione della platea dei lavoratori da licenziare alla sola sede di Casavatore. Ciò aveva comportato, secondo i giudici partenopei, la violazione dei criteri di scelta, con la conseguente applicazione della tutela reintegratoria e risarcitoria prevista dall'articolo 18, comma 4, St. Lav..

La società ricorreva allora in Cassazione per mancata corretta valutazione, da parte dei giudici d'Appello, sia dell'indicazione - nella comunicazione di apertura della procedura - della perdita delle ultime 2 commesse attive nella sede di lavoro del lavoratore licenziato sia della distanza notevole degli altri siti produttivi della società: tali circostanze costituivano senz'altro, a detta del datore di lavoro, un chiaro indice d'infungibilità delle posizioni lavorative. Secondo l'azienda, inoltre, la L. 223/1991 richiederebbe esclusivamente l'indicazione, nella comunicazione di avvio della procedura, dei motivi dell'eccedenza e di quelli per cui si ritiene di non poter evitare i licenziamenti. Nel caso di specie, l'indicazione sarebbe stata soddisfatta, secondo parte ricorrente, dalla descrizione della situazione di crisi dell'unità produttiva di Casavatore, che aveva perso le uniche 2 commesse attive. Inoltre, secondo la società, sarebbe stato inutile procedere, altresì, alla descrizione della situazione di tutte le altre unità produttive, collocandosi le stesse a notevole distanza dalla sede in crisi ed essendo dotate di autonomia produttiva, escludendosi, quindi, la fungibilità con gli addetti alla sede napoletana.

A fronte di tali motivi di ricorso da parte della società, la Cassazione, con l'ordinanza n. 21306/2020, ha confermato le valutazioni di merito circa l'illegittimità del licenziamento irrogato, rigettando il ricorso del datore di lavoro.

Nella pronuncia in esame la Suprema Corte ha evidenziato e ribadito, in tema di licenziamento collettivo, i seguenti principi:

– in tema di licenziamento collettivo per riduzione di personale, la platea dei lavoratori interessati alla riduzione di personale può essere limitata agli addetti a un determinato reparto o settore ove ricorrano oggettive esigenze tecnico-produttive, tuttavia, è necessario che queste siano coerenti con le indicazioni contenute nella comunicazione di apertura della procedura (*ex* articolo 4, commi 2 ss., L. 223/1991), essendo onere del datore di lavoro provare il fatto che giustifica il più ristretto ambito nel quale la scelta è stata effettuata;

– il datore di lavoro può, quindi, circoscrivere a una particolare unità produttiva la platea dei lavoratori da licenziare, ma deve indicare nella comunicazione alle organizzazioni sindacali sia le ragioni che limitano i licenziamenti ai dipendenti dell'unità o settore in questione, sia le ragioni per cui sia possibile ovviarvi con il trasferimento a unità produttive vicine, ciò al fine di consentire ai sindacati di verificare l'effettiva necessità dei programmati licenziamenti e il nesso fra le ragioni che determinano l'esubero di personale e i dipendenti che l'azienda intende concretamente espellere. Ciò comporta che, qualora nella comunicazione si faccia generico riferimento alla situazione generale del complesso aziendale, senza alcuna specificazione delle unità produttive da sopprimere, i licenziamenti intimati siano da considerarsi illegittimi per violazione dell'obbligo di specifica indicazione delle oggettive esigenze aziendali;

– la limitazione dell'ambito aziendale in cui operare la scelta dei dipendenti deve escludersi ove i lavoratori da licenziare siano idonei, per acquisite esperienze oppure per pregresso e frequente svolgimento della propria attività, in altri reparti dell'azienda, con positivi risultati, a occupare le posizioni lavorative di colleghi addetti ad altri reparti o sedi e siano, quindi, fungibili con altri lavoratori addetti a unità o reparti non toccati dagli esuberi. Così, la delimitazione della platea dei lavoratori destinatari del provvedimento di messa in mobilità è condizionata dalle informazioni acquisite in sede di esame congiunto, nel senso cioè che, ove non emerga il carattere infungibile dei lavoratori in esubero presso il delimitato reparto o, comunque, in difetto di situazioni particolari evidenziate sempre in sede di esame congiunto, la scelta deve interessare i lavoratori addetti all'intero complesso aziendale.

Applicando i principi sopra esposti, la Cassazione ha rilevato che l'infungibilità del personale operante presso la sede napoletana dell'azienda, e l'affermata "obsolescenza" del bagaglio

> professionale vantato dai dipendenti addetti a tale sede, non aveva costituito oggetto della comunicazione di apertura della procedura di mobilità, avendo addirittura la società affermato di aver proposto un piano di riqualificazione di tutto il personale della sede partenopea, senza descrivere la specifica situazione delle altre sedi dell'impresa (Roma, Milano, Venezia), circostanza che avrebbe consentito un effettivo controllo sulla programmata riduzione di personale. Così, la Cassazione ha ritenuto l'indispensabilità, per un effettivo controllo sindacale della procedura di mobilità, anche delle informazioni - in sede di comunicazione di apertura della procedura - delle specifiche condizioni in cui lavoravano gli addetti delle altre sedi e delle ragioni per cui non si era ritenuto di estendere la selezione pure agli addetti delle altre strutture aziendali.

Gli Ermellini hanno, quindi, rigettato il ricorso proposto dalla società, confermando l'illegittimità del licenziamento intimato e la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro.

Fungibile o non fungibile, questo è il problema

Parafrasando il Bardo, si può affermare che il tema della fungibilità o meno dei dipendenti – strettamente connesso all'eventuale riduzione del perimetro aziendale in cui operare la scelta dei dipendenti da porre in esubero – rappresenti uno degli aspetti più problematici della procedura di licenziamento collettivo. Come opera tale principio e in che modo il datore di lavoro, apprestandosi ad aprire una procedura di licenziamento collettivo, deve uniformarsi ad esso?

La Cassazione, anche di recente, ha provato a dare risposta a questi dilemmi, che possono affliggere qualsiasi datore di lavoro alla stregua di un dubbioso Principe di Danimarca.

In un primo caso, la Suprema Corte[3] ha ribadito il principio che la comparazione dei lavoratori – al fine di individuare quelli da avviare alla mobilità – può non necessariamente interessare l'intero complesso aziendale, ma può avvenire (secondo una legittima scelta dell'imprenditore ispirata al criterio legale delle esigenze tecnico-produttive) nell'ambito della singola unità produttiva, a condizione che la predeterminazione del limitato campo di selezione sia giustificata dalle suddette esigenze tecnico-produttive e organizzative che hanno dato luogo alla riduzione del personale, dovendosi escludere la sussistenza di dette esigenze ove i lavoratori da licenziare siano idonei, per acquisite esperienze e per pregresso e frequente svolgimento della propria attività in altri reparti dell'azienda, con positivi risultati, a occupare le posizioni lavorative di colleghi addetti ad altri reparti o sedi.

[3] Cass. n. 981/2020: nel caso di specie si è ritenuto che le mansioni di addetto alla gestione documentale del lavoratore, che aveva impugnato il licenziamento, erano fungibili con le medesime mansioni svolte dai lavoratori appartenenti alle altre sedi geografiche dell'impresa, rendendo, dunque, palese l'assenza di quelle peculiarità delle mansioni o della professionalità che consentono la delimitazione della platea dei lavoratori da licenziare nella singola unità produttiva individuata dal datore di lavoro.

> Così, la delimitazione della platea dei lavoratori destinatari dal provvedimento di messa in mobilità è condizionata agli elementi acquisiti in sede di esame congiunto, nel senso cioè che, ove non emerga il carattere infungibile dei lavoratori collocati in Cigs o comunque in difetto di situazioni particolari evidenziate sempre in sede di esame congiunto, la scelta deve interessare i lavoratori addetti all'intero complesso aziendale.

Ancora, di recente[4] si è stabilito come non possa essere ritenuta legittima, nell'ambito del licenziamento collettivo, la scelta di lavoratori solo perché impiegati nel reparto operativo soppresso o ridotto, trascurando il possesso di professionalità equivalente a quella di addetti ad altri settori dell'impresa. Al riguardo bisogna fare attenzione alla distinzione tra fungibilítà delle mansioni e *repêchage:* la prima, consistendo nell'interscambiabilità dei lavoratori di un settore colpito dalla riorganizzazione con quelli di altri settori o reparti non interessati, comporta l'ampliamento della platea dei lavoratori interessati dagli esuberi; il *repêchage* è, invece, come noto, un istituto sostanzialmente incompatibile con il licenziamento collettivo e che riguarda la dimostrazione dell'impossibilità di ricollocazione del lavoratore in altro settore aziendale. Inoltre, nella procedura di mobilità, la valutazione della fungibilità delle mansioni non può dirsi effettivamente compiuta con il mero richiamo ai "profili professionali", bensì alle effettive mansioni, che sole ne consentono una comparazione concreta al fine di apprezzare la fungibilità dei lavoratori di un settore colpito dalla riorganizzazione con quelli di altri settori o reparti non interessati. Ciò al fine di poter verificare il possesso di professionalità equivalente, in funzione di un'utile collocazione nell'assetto organizzativo dell'impresa, dovendosi ribadire che il datore di lavoro non può limitare la scelta dei lavoratori da porre in mobilità ai soli dipendenti addetti a tale reparto o settore se essi siano idonei, per il pregresso svolgimento della propria attività in altri reparti dell'azienda, a occupare le posizioni lavorative di colleghi addetti ad altri reparti e, quindi, siano "fungibili", con la conseguenza che non può essere ritenuta legittima la scelta di lavoratori esclusivamente impiegati nel reparto operativo soppresso o ridotto, trascurando il possesso di professionalità equivalente a quella di addetti ad altri settori aziendali[5].

Ma in che cosa consiste, in concreto, questa fungibilità che, dalle pronunce esaminate, appare oggetto da manipolare con cautela?

[4] Cass. n. 3628/2020. Nella fattispecie è stata ritenuta l'illegittimità del licenziamento per la limitazione della platea dei lavoratori interessati dagli esuberi, individuati dall'accordo della società datrice con le organizzazioni sindacali, esclusivamente in quelli impiegati presso una sola unità locale, sulla base dell'esigenza tecnico-organizzativa dell'attività svolta nel settore da dismettere. Ciò senza una specifica descrizione, in alcun atto della procedura collettiva avviata, delle lavorazioni svolte nella sede individuata né riferimento all'infungibilità di tale personale operaio rispetto al restante organico della stessa sede, addetto ad altri settori estranei alla riorganizzazione

[5] Cass. n. 7166/2019.

La Cassazione, sul punto, ha recentemente stabilito[6] che la valutazione della fungibilità, nella comparazione dei lavoratori da licenziare, implica "*la necessità di ricostruzione del complessivo bagaglio di esperienza e conoscenza del lavoratore onde verificare la effettiva sussistenza di professionalità omogenee da mettere a confronto*". Inoltre, la fungibilità stessa non può essere collegata esclusivamente alle mansioni svolte dal lavoratore al momento del licenziamento, ma occorre "*una più complessiva valutazione della sua professionalità che tenga conto delle esperienze pregresse, della formazione, del bagaglio di conoscenze acquisito*".

Bisogna evidenziare inoltre che, secondo recente giurisprudenza[7], non assume rilievo, ai fini dell'esclusione della comparazione con colleghi di equivalente professionalità addetti alle unità produttive non soppresse e dislocate sul territorio nazionale, la circostanza che il mantenimento in servizio di un lavoratore appartenente alla sede soppressa esigerebbe il suo trasferimento in altra sede, con aggravio di costi per l'azienda e interferenza sull'assetto organizzativo, atteso che, ove sia mancato l'accordo sui criteri di scelta con le organizzazioni sindacali, operano i criteri legali sussidiari previsti dall'articolo 5, comma 1, L. 223/1991, norma che non contempla tra i suoi parametri la sopravvenienza di costi aggiuntivi connessi al trasferimento di personale o la dislocazione territoriale delle sedi, rispondendo alla regola legale all'esigenza di assicurare che i procedimenti di ristrutturazione delle imprese abbiano il minor impatto sociale possibile e non potendosi aprioristicamente escludere che il lavoratore, destinatario del provvedimento di trasferimento a seguito del riassetto delle posizioni lavorative in esito alla valutazione comparativa, preferisca una diversa dislocazione alla perdita del posto di lavoro.

In sostanza, secondo l'orientamento giurisprudenziale più recente, non sarebbe, quindi, valido il criterio di "ragionevolezza geografica", teso, in ipotesi, a limitare l'ambito di scelta a unità produttive che non siano troppo distanti le une dalle altre e ad evitare all'impresa (ma anche ai lavoratori interessati dagli eventuali trasferimenti) costi e sforzi organizzativi troppo rilevanti in un'riorganizzazione che comporterebbe lo spostamento di maestranze anche su tutto il territorio nazionale.

Massima attenzione, quindi, all'aspetto della fungibilità, poiché, secondo la più recente Cassazione, nemmeno il raggiungimento dell'accordo sindacale all'esito della consultazione sindacale sarebbe in grado di superare il *deficit* informativo iniziale del datore di lavoro che avesse omesso, nella lettera di apertura della procedura, opportune notizie anche sugli altri settori della propria azienda (in ipotesi non

[6] Cass. n. 24882/2019.
[7] Cass. n. 31525/2019.

toccati dal ridimensionamento aziendale) e sull'infungibilità tra posizioni lavorative in esubero e posizioni mantenute. Infatti[8], in tema di licenziamento collettivo, la sufficienza e l'adeguatezza della comunicazione di avvio della procedura vanno valutate in relazione alla finalità della corretta informazione delle organizzazioni sindacali, che può ritenersi in concreto raggiunta nel caso venga successivamente stipulato l'accordo che, però, può non costituire totale sanatoria dei vizi della procedura, restando per il giudice l'obbligo della verifica in sede di merito circa l'effettiva completezza della comunicazione. Ciò può avvenire quando, malgrado sia intervenuto accordo sindacale, le OO.SS. non siano state poste in grado di partecipare alla trattativa con piena consapevolezza a causa delle insufficienze della comunicazione iniziale, in particolare al riguardo delle ragioni che impongano al datore di lavoro la delimitazione dell'ambito della scelta dei dipendenti da licenziare a particolari settori o sedi dell'impresa e non all'intera azienda.

In conclusione, quando terminerà l'attuale periodo di "sospensione" delle procedure collettive, i datori di lavoro in procinto di dar corso a licenziamenti collettivi dovranno sempre tenere presente, come insegna la più recente giurisprudenza della Cassazione, che nel caso il progetto di ristrutturazione dell'impresa si riferisca in via esclusiva a uno o più reparti, la comparazione dei lavoratori può essere più ristretta rispetto all'intero complesso aziendale, ma ciò solo nel caso che gli addetti al reparto soppresso siano portatori di specifiche professionalità non omogenee a quelle dei restanti reparti, che ne rendano impraticabile la comparazione con gli altri dipendenti. Viceversa, quando i profili in esubero, come indicati nella lettera di apertura della mobilità, siano fungibili, anche per pregressa professionalità, con quelli di lavoratori di altri settori dell'impresa, l'ambito di scelta va sicuramente esteso ad essi.

[8] Così ancora Cass. n. 31525/2019.

Il giurista del lavoro n. 1/2021

L'impugnativa stragiudiziale del licenziamento a mezzo Pec: evoluzioni giurisprudenziali

di Carlo Andrea Galli – avvocato - *partner* di Marco De Bellis & Partners

Con la nota pronuncia del 29 gennaio 2020, il Tribunale di Monza ha affermato che l'impugnazione del licenziamento effettuata mediante invio di una lettera, pur sottoscritta, inoltrata come copia immagine (priva di firma digitale) in allegato a un messaggio Pec, non sia idonea a interrompere il termine decadenziale di cui all'articolo 6, L. 604/1966. Da allora, sul tema ferve un vivace dibattito giurisprudenziale.
In particolare, si sono recentemente espressi il Tribunale di Palermo e il Tribunale di Roma, che sono addivenuti a conclusioni diametralmente opposte: le esaminiamo qui di seguito.

L'impugnazione del licenziamento a mezzo Pec: la sentenza del Tribunale di Monza del 29 gennaio 2020

In tema di impugnazione del licenziamento, abbiamo precedentemente esaminato la sentenza del Tribunale di Monza del 29 gennaio 2020, che ha sancito un importante principio.

Invero, secondo tale pronuncia, l'impugnazione del recesso - ove effettuata dal difensore del lavoratore a mezzo Pec con allegata scansione di documento cartaceo sottoscritto (non con firma digitale) - può presentare notevoli criticità; più precisamente, una simile impugnazione non interromperebbe il termine decadenziale di cui all'articolo 6, L. 604/1966.

Ripercorrendo brevemente le motivazioni della sentenza, rammentiamo che, secondo l'interpretazione del Tribunale di Monza, in linea generale la trasmissione dell'impugnativa di licenziamento a mezzo Pec sarebbe idonea a integrare il requisito della forma scritta richiesto dall'articolo 6, L. 604/1966, considerato che detta disposizione prevede semplicemente che

> *"Il licenziamento deve essere impugnato a pena di decadenza entro sessanta giorni dalla ricezione della sua comunicazione in forma scritta, ovvero dalla comunicazione, anch'essa in forma scritta, dei motivi, ove non contestuale, con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale diretto ad impugnare il licenziamento stesso".*

> Tuttavia, la mera scansione dell'impugnativa di licenziamento predisposta "*in cartaceo*" costituirebbe tecnicamente una "*copia per immagine su supporto informatico di un documento analogico*", che, quindi, per poter avere la validità e l'efficacia della scrittura privata, dovrebbe essere necessariamente sottoscritta dal lavoratore "*e/o*" dal difensore del medesimo mediante firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o firma elettronica avanzata.

Ciò, in quanto solo in questo modo la mera scansione acquisterebbe natura di documento informatico ed efficacia di scrittura privata *ex* articolo 2702, cod. civ..

In alternativa, la predetta scansione di impugnativa cartacea dovrebbe essere accompagnata dall'attestazione di conformità da parte del notaio o altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

In subordine, l'impugnativa di licenziamento dovrebbe essere predisposta nel rispetto delle regole tecniche attualmente contenute nel D.P.C.M. 3 novembre 2014 e relativi allegati.

Nel caso oggetto della pronuncia del Tribunale di Monza, l'impugnazione del licenziamento era stata sottoscritta solo dal difensore e non dal lavoratore; nondimeno, la pronuncia ha inteso esprimere un principio generale, potenzialmente atto a "vanificare" tutte le impugnazioni trasmesse via Pec, ove era stata apposta la sottoscrizione in via analogica del lavoratore sulla lettera, allegata in formato "pdf" al messaggio.

A seguito della sentenza citata, il tema dell'impugnazione del licenziamento a mezzo Pec è stato oggetto di vivace dibattito; in particolare, come esamineremo nei paragrafi che seguono, i Tribunali di Palermo e Roma si sono pronunciati sul valore dell'impugnativa del licenziamento quale allegato trasmesso via Pec, non firmato digitalmente dal lavoratore o dal difensore, ai fini dell'interruzione dei termini di decadenza di cui all'articolo 6, L. 604/1966, addivenendo a determinazioni diametralmente opposte.

La giurisprudenza successiva: la sentenza del Tribunale di Palermo del 28 ottobre 2020

Come accennato, un'interessante sentenza del Tribunale di Palermo ha successivamente esaminato il tema della validità dell'impugnazione stragiudiziale del licenziamento inviata tramite Pec dal difensore del lavoratore.

In particolare, il Tribunale di Palermo, con provvedimento del 28 ottobre 2020, ha statuito che

> *"È inefficace l'impugnativa di licenziamento inviata tramite Pec dell'avvocato difensore al datore di lavoro se non accompagnata dalla sottoscrizione digitale o da un'attestazione di conformità degli atti".*

Anche nel caso esaminato, l'impugnativa del licenziamento era stata trasmessa a mezzo Pec dall'indirizzo del difensore del lavoratore; all'*e-mail* era stata allegata una scansione in formato pdf

della lettera di impugnativa, priva di sottoscrizione digitale. Più precisamente, il documento allegato alla comunicazione via Pec non era firmato digitalmente né dal lavoratore né dal difensore; inoltre, non risultava allegata né la procura alle liti né un'attestazione di conformità degli atti allegati.

La società eccepiva in giudizio l'intervenuta decadenza del lavoratore dall'impugnativa del licenziamento, atteso che la comunicazione trasmessa era, secondo la sua tesi, invalida e inidonea a interrompere i termini di cui all'articolo 6, L. 604/1966, perché priva dei requisiti di forma di cui all'articolo 2702, cod. civ..

Il giudice del lavoro, richiamando l'articolo 22, D.Lgs. 82/2005, ha affermato che

> *"la scansione dell'impugnazione cartacea può avere la stessa efficacia probatoria dell'originale da cui è estratta solo nei seguenti casi:*
> *1) se ad essa è apposta una firma digitale o elettronica qualificata o elettronica avanzata dal lavoratore e/o dal difensore (giusto il richiamo operato dal comma 1 dell'art. 22 d.lgs. n. 82/2005 all'art. 20 comma 1 bis primo periodo d.lgs. cit.); in tale caso, infatti, l'atto scansionato acquista natura di "documento informatico"; 2) se è accompagnata da valida attestazione di conformità di un notaio o di altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato, secondo le regole stabilite ai sensi dell'art. 71 d.lgs. n. 82/2005 (art. 22, comma 2, d.lgs. n. 82/2005);*
> *3) se è stata formata in origine su supporto analogico nel rispetto delle regole tecniche di cui all'art. 71 d.lgs. 82/2005 e la sua conformità all'originale non è espressamente disconosciuta (art. 22, comma 3, d.lgs. n. 82/2005)".*

> Premesso che l'impugnativa trasmessa dal legale del lavoratore non rientrava in nessuna delle ipotesi che precedono, il giudice, conformandosi integralmente al precedente del Tribunale di Monza, ha accolto l'eccezione dell'azienda convenuta e ha rigettato il ricorso.

La sentenza del Tribunale di Roma del 20 ottobre 2020.

In senso contrario a quanto statuito dal Tribunale di Monza e dal Tribunale di Palermo, si è recentemente espresso anche il Tribunale di Roma, con sentenza del 20 ottobre 2020.

Anche in tale fattispecie, l'impugnativa del recesso era stata inviata in allegato a una comunicazione via Pec del difensore; tale allegato conteneva la scansione dell'atto cartaceo sottoscritto dal legale e dalla parte, ma non recava alcuna firma digitale.

La società eccepiva l'intervenuta decadenza dall'impugnazione del recesso, ritenendo che la comunicazione inviata dalla lavoratrice fosse inidonea a contrastare le decadenze di cui all'articolo 6,

L. 604/1966, poiché priva dei requisiti previsti dall'articolo 2702, cod. civ., tra cui la sottoscrizione autografa e digitale del lavoratore e del difensore.

La difesa dell'azienda, richiamando la nota sentenza del Tribunale di Monza, affermava che la copia per immagine su supporto informatico

> *"per poter avere la validità ed efficacia della scrittura privata ai sensi dell'art. 2702 c.c. sembra necessariamente dover possedere, alternativamente, le seguenti caratteristiche: a) essere sottoscritta dal lavoratore e/o difensore con firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata; in tal caso la scansione acquista natura di documento informatico (art. 1, co. 1, lett. p) ed è dotato dell'efficacia della scrittura privata (art. 20, co. 1-bis); b) essere accompagnata da (valida) attestazione di conformità da parte di un notaio o di altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato (art. 22, co. 2)".*

Il giudice romano ha ritenuto, tuttavia, di non condividere questa impostazione, qualificando tali requisiti come eccessivamente limitativi della libertà di forma dell'atto di impugnazione del recesso stragiudiziale, così come espressamente riconosciuta dall'articolo 6, L. 604/1966.

In particolare, il Tribunale di Roma ha rilevato l'assenza di disposizioni normative che prescrivano l'adozione di specifiche forme per l'impugnazione del licenziamento e di disposizioni che prevedano che detto atto debba essere redatto nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, quale sarebbe da intendersi la scansione, ovvero, la "*copia per immagine su supporto informatico di documento analogico*", munita di attestazione di conformità resa dal notaio o da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

Per contro, nel nostro ordinamento risulta previsto unicamente il requisito della forma scritta inteso in senso generico e, quindi, non necessariamente riferibile alle sole previsioni di cui agli articoli 2702, 2714 o 2715, cod. civ..

> Pertanto, secondo il Tribunale di Roma, affinché l'impugnativa possa considerarsi valida, sarebbe sufficiente che il lavoratore manifestasse al datore di lavoro, per iscritto, la volontà di contestare la validità ed efficacia del licenziamento e ciò indipendentemente dalla terminologia utilizzata e senza la necessità di formule sacramentali o rituali.

Più precisamente, in ragione della genericità della previsione di cui al citato articolo 6, dovrebbe ritenersi idoneo a tale fine, secondo il giudice romano, non solo il documento sottoscritto, ma anche quello che, pur carente di sottoscrizione, risultasse comunque riferibile al lavoratore con accertata provenienza, come in caso di impugnativa trasmessa tramite fax o telegramma.

Ne deriva che, come rilevato dal Tribunale romano,

> *"Il lavoratore potrebbe, ancora, utilizzare l'e-mail con l'onere di prova in caso di contestazioni da parte del datore di lavoro: secondo la Cassazione il messaggio di posta elettronica (cd. e-mail) o lo "short message service" ("SMS") costituiscono documenti elettronici che contengono la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti che, seppure privi di firma, rientrano tra le riproduzioni informatiche e le rappresentazioni meccaniche di cui all'art. 2712 c.c. e, pertanto, formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate se colui contro il quale vengono prodotti non ne disconosca la conformità ai fatti o alle cose medesime (Cass. n. 19155/19)".*

Ove il documento trasmesso dal lavoratore dovesse essere qualificato quale "documento informatico" privo del requisito della firma digitale, l'articolo 20, comma 1-*bis*, Cad (Codice dell'amministrazione digitale), prevede che, in assenza della

> *"firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata (...) l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sarebbero liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità".*

Inoltre, l'articolo 1, comma 1, lettera p), Cad, definisce "*documento informatico: il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti*", mentre la lettera i-*ter*) del medesimo articolo, nel definire la "copia per immagine su supporto informatico di documento analogico", parla di "*documento informatico avente contenuto e forma identici a quelli del documento analogico da cui è tratto*".

> Alla luce di tale disciplina, secondo l'interpretazione del giudice del lavoro di Roma, l'impugnativa di licenziamento potrebbe avvenire, indifferentemente, sia allegando al messaggio Pec un documento informatico (il c.d. "atto nativo digitale"), sia allegando una copia per immagine su supporto informatico di documento in originale cartaceo (la c.d. "copia informatica" o "scansione").

Nel caso oggetto di contenzioso, il difensore del ricorrente aveva appunto provveduto a inserire nella comunicazione via Pec un documento informatico realizzato in precedenza, costituito appunto dalla copia per immagine dell'impugnativa, composta e sottoscritta in origine "su carta" sia dal difensore che dalla parte.

La sentenza del Tribunale di Monza, come ricordiamo, aveva escluso l'idoneità del documento notificato tramite Pec a interrompere i termini decadenziali, poiché lo stesso era privo sia della sottoscrizione del lavoratore e/o del difensore con firma digitale o di altro tipo di firma qualificata o firma elettronica

avanzata (così come previsto dall'articolo 20, Cad), sia dell'attestazione di conformità da parte di un notaio o di un altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato (come previsto dall'articolo 22, comma 1, Cad).

> Il Tribunale di Roma, non ritenendo condivisibile tale affermazione, evidenzia a riguardo come non debba applicarsi nella fattispecie la disciplina dell'articolo 20, Cad, che riguarda i documenti informatici nativi digitali, ma solo quella dell'articolo 22 (limitatamente ai commi 2 e 3), che riguarda la copia per immagine su supporto informatico di un documento analogico.

Inoltre, il "documento informatico" privo del requisito della firma digitale non si tramuta, automaticamente, nella "copia per immagine", atteso che tali documenti differiscono e sono soggetti a regole diverse: mentre il documento informatico (il c.d. "atto nativo digitale") risulta regolato dall'articolo 20, Cad, ed è quel documento che viene normalmente generato attraverso il programma di videoscrittura e successivamente trasformato in formato PDF senza scansione, nascendo, quindi, digitale e viene predisposto per essere depositato telematicamente o per essere notificato tramite Pec, la copia per immagine su supporto informatico di documento analogico (o copia informatica di documento analogico o scansione) è prevista dall'articolo 22, Cad, e consiste nel documento informatico che normalmente viene generato e ottenuto in formato PDF dopo aver effettuato la scansione di un documento cartaceo (analogico).

Nella fattispecie oggetto di causa, secondo il Tribunale di Roma, doveva dunque essere applicato il solo articolo 22, Cad, e, nello specifico, i commi 2 e 3, ove viene previsto che:

> *"2. Le copie per immagine su supporto informatico di documenti originali formati in origine su supporto analogico hanno la stessa efficacia probatoria degli originali da cui sono estratte, se la loro conformità è attestata da un notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato, secondo le Linee guida.*
> *3. Le copie per immagine su supporto informatico di documenti originali formati in origine su supporto analogico nel rispetto delle Linee guida hanno la stessa efficacia probatoria degli originali da cui sono tratte se la loro conformità all'originale non è espressamente disconosciuta".*

E tale normativa applicabile al caso oggetto di causa non imponeva, quindi, la sottoscrizione con firma digitale della copia su supporto informatico, che risultava, invero, prevista per il solo "documento informatico" dall'articolo 20, Cad (che, tuttavia, non era il documento informatico trasmesso dal lavoratore); inoltre, sulla scorta del comma 3 citato, la società convenuta non risultava avere disconosciuto espressamente la conformità della copia informatica dell'impugnazione del licenziamento allegata alla Pec ricevuta dal datore di lavoro.

Rilevato che l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza,

integrità e immodificabilità, e premesse le considerazioni citate, unitamente al fatto che appariva sufficientemente provata la riferibilità della comunicazione via Pec alla ricorrente e al suo difensore nonché il suo oggetto ("*Impugnazione licenziamento - diffida di pagamento e messa in mora)*" proveniente dall'indirizzo Pec del difensore, il giudice del lavoro di Roma riteneva che l'impugnativa stragiudiziale del recesso fosse valida ed efficace.

Per l'effetto, il Tribunale respingeva l'eccezione di decadenza formulata dalla società.

Riflessioni conclusive

Come rilevato da parte della dottrina, le conclusioni cui sono giunti il Tribunale di Monza e il Tribunale di Palermo destano alcune perplessità.

In particolare, il Tribunale di Monza afferma che "il *soggetto impugnante è tenuto a rispettare la disciplina prevista per la modalità di impugnazione che ritiene liberamente di scegliere*", precisando, altresì, che "*qualora si avvalga della scrittura privata, quest'ultima deve necessariamente recare la firma autografa prescritta dall'art. 2702 c.c. ai fini dell'efficacia della scrittura privata*".

L'articolo 22, Cad, subordina l'efficacia probatoria delle copie informatiche di documenti analogici a 3 presupposti: autenticazione, mancato disconoscimento e rispetto delle linee guida Agid.

Secondo alcuni commentatori, il Tribunale di Monza sarebbe incorso in un equivoco, "confondendo" la disciplina dell'efficacia probatoria del documento con quella relativa alla prescrizione di un requisito di forma.

Sta di fatto che la disciplina prevista per l'impugnazione del licenziamento è quella di cui all'articolo 6, L. 604/1966, che prescrive semplicemente la necessità della forma scritta.

Quindi, nel caso dell'impugnazione del licenziamento sottoscritta in via analogica dal lavoratore, e inviata tramite Pec come scansione, il requisito della forma scritta legislativamente previsto sarebbe assolto proprio dal documento analogico; di contro, lo strumento elettronico rappresenterebbe soltanto il mezzo di trasmissione della relativa copia.

Ciò premesso, si potrebbe effettivamente porre un problema di prova della conformità della copia dell'atto trasmessa in formato elettronico rispetto all'originale.

Si auspica, quindi, un intervento del giudice di legittimità, che possa fare chiarezza sul tema, tendendo conto che interpretazioni eccessivamente formalistiche potrebbero avere effetti dirompenti, arrecando pregiudizio ai diritti del lavoratore.

Il giurista del lavoro n. 1/2021

Sulla questione giuridica della possibile applicazione di più contratti collettivi presso il medesimo datore di lavoro

di Mauro Marrucci – consulente del lavoro – Marrucci & Partners

L'articolo, muovendo dal principio di libertà sindacale, fonte della derivata libertà per il datore di lavoro di scegliere il testo negoziale collettivo funzionale al governo dei rapporti giuridici con i propri dipendenti (seppure con determinati limiti), opera una ricognizione sulle possibilità e sui vincoli dell'applicazione del contratto collettivo, sulla sua qualificazione normativa quale fonte-parametro, soffermandosi sui principi che impongono l'applicazione di più contratti collettivi al cospetto dell'esercizio di diverse attività economiche tra loro autonome e distinte da parte della medesima impresa.

Introduzione

Per effetto dell'inattuazione dell'articolo 39, seconda parte, Costituzione, i contratti collettivi sono qualificabili quali atti aventi natura negoziale e privatistica.

Per quanto ne concerne l'applicazione soggettiva, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, le fonti negoziali collettive - che non abbiano efficacia *erga omnes* – sono, quindi, obbligatoriamente applicabili ai rapporti individuali intercorrenti con i soggetti datoriali iscritti alle associazioni stipulanti[1] o che, in assenza di tale condizione, abbiano espressamente aderito ai patti collettivi o li abbiano implicitamente recepiti, attraverso un comportamento concludente desumibile da una costante e prolungata applicazione, senza contestare alcuna delle relative clausole[2].

Per deduzione negativa, pertanto, in caso di mancata adesione dal parte del datore di lavoro all'associazione stipulante o di recepimento esplicito per rinvio pattizio anche a carattere individuale (ad esempio, per richiamo nella lettera di assunzione), o implicito (per comportamento concludente) di una fonte negoziale collettiva, entro determinati limiti (inde), sarebbe possibile per il creditore di lavoro l'applicazione di qualsiasi contratto collettivo in ragione del principio di libertà sindacale sancito dall'articolo 39, Costituzione.

[1] I*n ragione del principio di rappresentanza di cui all'articolo 1387 ss., cod. civ.*.

[2] Cfr., *ex multis*, Cass. n. 24336/2013.

Libertà sindacale e contrattazione collettiva

Com'è noto, nel sistema corporativo la questione dell'applicazione del contratto collettivo era risolta *tout court* dall'immediatezza della relazione tra fonte negoziale e settore merceologico. Tale presupposto era supportato dalla circostanza secondo cui ad ogni categoria corrispondeva una determinata rappresentanza dotata, per Legge, di personalità giuridica, con la conseguenza che il contratto da essa stipulato assumeva efficacia *erga omnes*, in termini indipendenti da altri fattori qualitativo-quantitativi ad essa attribuibili o da essa vantati. Per giunta, in quel sistema, il contratto collettivo era fonte normativa (articoli 1 e 5, cod. civ.) e, come tale, dotato di efficacia generale e vincolante per i suoi destinatari, come canonizzato dall'articolo 2077, cod. civ..

Questa impostazione è stata radicalmente superata dall'avvento dello Stato democratico - e dallo smantellamento nel 1948 del sistema corporativo - e, con esso, del principio di libertà sindacale sancito dall'articolo 39, comma 1, Costituzione, il quale ha, nel tempo, assunto significati sempre più ricchi ed estesi, passando da una concezione classica di libertà sindacale come libertà associativa, individuale e collettiva, alla valorizzazione più ampia dei fenomeni organizzativi di coalizione, come strumento di effettività dell'autotutela degli interessi collettivi[3].

Come è stato affermato in dottrina, la libertà sindacale è da intendersi, *in primis*, quale libertà "dallo" Stato e "nello" Stato[4], corroborata dal rifiuto sindacale di "misurarsi" (per numero di iscritti), e dalla perpetua connivenza dello Stato medesimo nel non imprimere alcuna azione legislativa tesa a dare efficacia reale agli ultimi 3 commi dell'articolo39 (che quella misurazione imponevano).

L'assenza di disposizioni di Legge attuative della seconda parte dell'articolo 39, Costituzione, volte ad incidere sul funzionamento del sindacato, ha consentito al principio costituzionale della libertà sindacale di realizzarsi seguendo percorsi liquidi e flessibili, dovuti anche ai margini di adattamento concessi da dottrina e giurisprudenza, in modo tale da regolamentarne le vicende[5].

È, quindi, dalla stessa inattuazione dell'articolo 39, Costituzione, che discende il principio di autonomia sindacale - inteso quale autonomia privata - nell'ambito del quale il sindacato può realizzare i propri interessi, tra cui, nell'attuale ordinamento, la contrattazione collettiva assume rilievo tipico di strumento dell'attività di autotutela, le cui forme e i cui sviluppi devono considerarsi

[3] Cfr. F. Scarpelli, nel commento all'articolo 39 Cost, in R. Del Punta, F. Scarpelli, "*Commentario*", Milano, 2020, pag. 211.

[4] Cfr. P. Bellocchi, *La libertà sindacale*, in M. Persiani, F. Carinci, "Trattato di diritto del lavoro", Vol. II, "Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva", a cura di G. Proia.

[5] Cfr. A. Paone, *Scelta del contratto da applicare al rapporto di lavoro: criticità*, "Diritto e pratica del lavoro", n. 44/2017.

programmaticamente liberi, così come affermato da autorevole dottrina[6]. Si deve, per altro verso, osservare che la dottrina si è interrogata sul divieto di ingerenza dello Stato nella sfera di libertà delle organizzazioni sindacali con riferimento ai limiti entro i quali la Legge può intervenire in materie tradizionalmente regolate dalla contrattazione collettiva e, in questo ambito, sull'aspetto controverso della possibilità della Legge di imporne limiti cogenti. Lo spunto per questa riflessione è stato del resto offerto dalla posizione assunta dalla Corte Costituzionale, che ha riconosciuto la possibilità per il Legislatore di imporre limiti alla contrattazione collettiva rispetto alla derogabilità *in melius* della disciplina legale, laddove tale azione sia volta alla tutela di superiori interessi generali[7], atteso che in questa circostanza l'autonomia collettiva non sarebbe limitata e fuorviata da profili di antisindacalità, ma incanalata verso la realizzazione di taluni preminenti valori costituzionali, rafforzandone l'operatività all'interno dei rapporti privati[8].

Sulla scelta del contratto collettivo applicabile: libertà e vincoli

Muovendo dal presupposto che il contratto collettivo è un atto di autonomia privata, risulta facile, quindi, comprendere quali difficoltà generi la scelta di una determinata fonte negoziale per un datore di lavoro non iscritto a un'associazione sindacale di rappresentanza, non essendo più applicabile l'articolo 2070, cod. civ., in ragione della richiamata soppressione del sistema corporativo.

Del resto, secondo una consolidata opzione giurisprudenziale, l'articolo 2070, comma 1, cod. civ. – a mente del quale l'appartenenza alla categoria professionale, ai fini dell'applicazione del contratto collettivo, si determina secondo l'attività effettivamente esercitata dall'imprenditore – non opera nei riguardi della contrattazione collettiva di diritto comune, che, come abbiamo osservato, ha efficacia vincolante limitatamente agli iscritti alle associazioni sindacali stipulanti e a coloro che, esplicitamente o implicitamente, abbiano aderito al contratto collettivo (altra la problematica rispetto ai rapporti con

[6] Cfr. F. Scarpelli, cit., 217, il quale richiama R. De Luca Tamajo, *L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiv*a, RIDL 1985, I, 15, secondo cui "*L'art. 39, comma 1°, Cost., nel sancire il principio della libertà sindacale, garantisce, implicitamente ma inscindibilmente, la libertà dei contenuti, degli svolgimenti e dei livelli di svolgimento dell'autonomia collettiva che, nel testo costituzionale come nella prassi delle relazioni industriali, assume la configurazione di un potere sociale non predeterminato nei fi ni e negli oggetti e perciò caratterizzato da una possibilità di esplicazione su una pluralità di versanti e nei confronti di una molteplicità di antagonisti*".

[7] Cfr. Corte Cost. n. 34/1985. Si veda in merito G. Giugni, "Diritto Sindacale", Cacucci, 2008, pagg. 179 ss..

[8] Cfr. O. Mazzotta, "Diritto Sindacale", Giappichelli, 2012, pagg. 136 ss.. Per altro verso, con riferimento a Corte Cost. n. 178/2015 - seppure in materia di lavoro pubblico - si è osservato che il bilanciamento tra le esigenze di razionale distribuzione delle risorse e di controllo della spesa e la libertà sindacale deve essere ragionevole e ispirato a criteri di proporzione, fermo restando che in detto bilanciamento non possa non tenersi conto del fattore temporale in guisa che le esigenze di risparmio, legate alla crisi economica, si giustificano infatti per periodi limitati nel tempo. Tale sentenza si propone di vincolare il Legislatore nelle sue scelte a non comprimere il valore fondamentale che si esprime attraverso la libertà sindacale. Tale vicenda mostra che sul valore fondante della libertà sindacale la Corte è chiamata a dialogare con altri ordinamenti in una logica di bilanciamento tra valori costituzionalmente rilevanti. Nel valutare le priorità dettate dalla situazione economica, i Legislatori nazionali sono, quindi, vincolati a parametri di razionalità che si ricavano dall'osservanza dei diritti fondamentali, la cui compressione può solo essere giustificata per ragioni eccezionali e per un tempo limitato. (Cfr. S. Sciarra, *Alcune linee di tendenza della recente giurisprudenza costituzionale in materia di rapporto di lavoro e previdenza*, Lisbona 16 ottobre 2015, www.cortecostituzionale.it).

gli enti previdenziali e assicurativi pubblici rispetto ai quali l'inquadramento aziendale – e dunque il Ccnl di riferimento ai fini delle determinazione della retribuzione imponibile – è operato d'imperio e "dall'alto": si veda *infra*).

> Da tale assunto deriverebbe che, in ipotesi di un rapporto di lavoro regolato dal contratto collettivo di diritto comune proprio di un settore non corrispondente a quello dell'attività svolta dell'imprenditore, il lavoratore non possa aspirare all'applicazione di un contratto collettivo diverso, laddove il datore di lavoro non vi sia obbligato per appartenenza sindacale, potendo soltanto richiamare tale disciplina come termine di riferimento per la determinazione della giusta retribuzione *ex* articolo 36, Costituzione, deducendo la non conformità al precetto costituzionale del trattamento economico previsto nel contratto applicato[9].

Su questo presupposto e in termini indiretti, l'articolo 2070, cod. civ., viene a trovare nuovo vigore nella prospettiva dell'individuazione della fonte negoziale applicabile in relazione alla categoria professionale e all'attività produttiva del soggetto datoriale in termini di prevalenza. Ne deriva che, in forza dell'articolo 36, Costituzione, la retribuzione applicata di fatto, in ragione di un diverso contratto collettivo, deve essere integrata in termini non inferiori a quella stabilita dalle parti stipulanti quello di categoria.

Sotto un diverso profilo, non si può non osservare che nel tempo il contratto collettivo, oltre alla sua classica funzione normativa, ne ha acquisite ulteriori[10], tra cui quella socio-economica volta alla tutela di interessi generali[11] sul presupposto della delega dello Stato alle parti sociali - selezionate secondo il carisma della rappresentatività più qualificata in termini comparati - di quote di potere pubblico.

Si individuano così, nell'ambito dell'ordinamento, tutta una serie di disposizioni che impongono, seppure quale parametro (al fine di non sconfessare il principio di libertà sindacale), l'applicazione della contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi[12] per finalità diverse. Oltre a quanto previsto dall'articolo 1, comma 1175, L. 296/2006, ai fini della fruizione dei benefici normativi e contributivi, la disposizione che, tra le molte, assume un ruolo di rilievo è quella prevista dall'articolo 1, L. 389/1989, come autenticamente interpretato dall'articolo 2, comma 25, L.

[9] Cfr. Cass. SS.UU. n. 2665/1997.

[10] Si pensi alle funzioni: derogatoria in senso migliorativo, derogatoria diversa e ulteriore anche in termini peggiorativi rispetto alla previsione legale, gestionale o ablativa volta a vincolare il potere datoriale.

[11] Cfr. M. D'Antona, RIDL, 1987, I, 226.

[12] La questione della misurazione della rappresentatività è stata rimessa a indici di matrice giurisprudenziale, quali: consistenza numerica degli associati, ampiezza e diffusione delle strutture organizzative sul territorio nazionale, presenza associativa equilibrata nelle varie categorie, partecipazione alla formazione e stipulazione di contratti collettivi di lavoro e partecipazione alla trattazione delle controversie di lavoro individuali, plurime e collettive. Sotto il profilo negoziale si vedano gli accordi interconfederali del 28 giugno 2011 e del 10 gennaio 2014. Per l'attuazione pratica, da ultimo, Inps, circolare n. 146/2019.

549/1995, per qualificare la retribuzione imponibile ai fini previdenziali. Dall'esame della norma, sotto il profilo parametrale, emerge, infatti, che il datore di lavoro possa astrattamente applicare qualsiasi contratto collettivo, fatto salvo che

> *"la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi di previdenza e di assistenza sociale non può essere inferiore all'importo delle retribuzioni stabilito da leggi, regolamenti, contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale, ovvero da accordi collettivi o contratti individuali, qualora ne derivi una retribuzione di importo superiore a quello previsto dal contratto collettivo, con la precisazione che in caso di pluralità di contratti collettivi intervenuti per la medesima categoria, la retribuzione da assumere (...) è quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria".*

Il riferimento parametrale ai contratti collettivi *leader*, non in ultimo, è preteso anche al fine di contrastare il fenomeno dei c.d. contratti collettivi pirata[13], connaturato a quegli accordi

> *"negoziati e poi firmati da sindacati minori, privi di una reale rappresentatività, e da compiacenti associazioni imprenditoriali con la finalità, aperta e dichiarata, di costituire un'alternativa rispetto al contratto collettivo nazionale di lavoro, in modo tale da consentire al datore di lavoro di assumere formalmente la posizione giuridica - e, quindi, i conseguenti vantaggi - di chi applica un contratto collettivo"[14],*

volto a determinare un vero e proprio *dumping* contrattuale.

Per tale ultima finalità viene in evidenza anche l'articolo 7, comma 4, D.L. 248/2007, il quale, nel recare lo scopo d'individuare la fonte negoziale ai fini dell'applicazione dei trattamenti economici complessivi dei soci lavoratori delle società cooperative, stabilisce che essi possono comunque essere *"inferiori a quelli dettati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria"*. In ragione del presupposto contrasto col principio di libertà sindacale, la disposizione è stata sottoposta a vaglio di costituzionalità con l'articolo 39, Costituzione, con ordinanza di rimessione del Tribunale ordinario di Lucca il 24 gennaio 2014.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 51/2015, ha concluso per l'infondatezza della questione di legittimità, sul presupposto che la norma impugnata

> *"lungi dall'assegnare ai [...] contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, efficacia erga omnes, in contrasto con quanto statuito dall'art.*

[13] Cfr. A. Lassandari, *Pluralità di contratti collettivi nazionali per la medesima categoria*, in LD, 1997, n. 2.

[14] Cfr. A. Maresca, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in RIDL, 2010, I, pagg. 29 ss.

> *39 della Costituzione, mediante recepimento normativo degli stessi, richiama i predetti contratti, e più precisamente i trattamenti complessivi minimi ivi previsti, quale parametro esterno di commisurazione, da parte del giudice, nel definire la proporzionalità e la sufficienza del trattamento economico da corrispondere al socio lavoratore, ai sensi dell'art. 36 della Costituzione".*

> Come si potrà osservare, le norme richiamate non impongono l'applicazione di un determinato contratto collettivo, ma lo assumono tutte, per ragioni diverse, quale base-parametro, fissando un limite al di sotto del quale il datore di lavoro non può attestarsi per non infrangerne il contenuto e per non confliggere con i principi espressi dall'articolo 36, Costituzione.

Anche sul piano amministrativo tale posizione è avvalorata dalla prassi[15] con cui l'INL, al fine di verificare se il datore di lavoro può o meno fruire dei benefici contributivi e normativi, ha fornito istruzioni alle proprie sedi periferiche di svolgere un accertamento sul merito del trattamento economico e normativo effettivamente garantito ai lavoratori e non solo un accertamento legato a una formale applicazione del contratto sottoscritto dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Si potrebbe, infatti, verificare la legittima ipotesi per cui, di fatto, le condizioni effettivamente applicate siano migliorative di quelle stabilite dalla contrattazione *leader* anche in assenza della sua applicazione.

Sull'applicazione di diversi contratti collettivi da parte del medesimo datore di lavoro

L'analisi fino a qui svolta attiene all'applicazione del contratto collettivo da parte del soggetto datoriale che operi nell'ambito di un singolo settore produttivo. Alcune considerazioni ulteriori devono essere, tuttavia, dispiegate nella circostanza in cui il datore di lavoro eserciti 2 (o più) distinte attività.

Nell'ipotesi in cui egli fosse iscritto ad associazioni sindacali diverse in ragione di ciascuna delle attività economiche svolte, il datore di lavoro dovrebbe applicare la contrattazione collettiva riferita alle singole attività. In questa prospettiva, l'articolo 2070, cod. civ., come precisato da Cassazione SS.UU. n. 2665/1997, conserverebbe una sua residua operatività.

Tale affermazione è, tuttavia, da ritenersi valida unicamente nella circostanza in cui tra le diverse attività economiche resti immutato il vincolo dell'autonomia.

> Ai fini dell'individuazione del contratto di categoria applicabile ai rapporti di lavoro, occorre, infatti, accertare se le distinte attività siano tra loro autonome, sotto i profili tecnico e produttivo,

[15] Cfr. INL, circolare n. 2/2020.

> o, per altro verso, connesse, complementari o accessorie, in quanto volte al conseguimento dell'identica finalità produttiva.

La verifica dovrebbe, quindi, spingersi a individuare il grado di autonomia delle 2 attività ovvero ad accertare se le medesime fossero svolte con risorse economiche, strumentali e umane organizzate in maniera stabile, riscontrando una propria definita identità rispetto al fine imprenditorialmente con esse perseguito. Ove questo carattere identitario fosse attenuato o addirittura inesistente, denotandosi un'interdipendenza funzionale a carattere ausiliario, ci troveremmo innanzi a un'unica entità economico-imprenditoriale tale da pretendere l'applicazione di un unico contratto collettivo anche per i segmenti produttivi di matrice secondaria o ancillare. In sostanza, la fonte negoziale applicabile sarebbe da individuarsi in quella destinata a disciplinare l'attività principale rispetto alle altre che si collocano in rapporto di complementarità e accessorietà con essa nel disegno di un unico fine[16].

In tale prospettiva resterebbe intatta l'efficacia dell'articolo 2070, comma 2, cod. civ., secondo il quale:

> *"Se l'imprenditore esercita distinte attività aventi carattere autonomo, si applicano ai rispettivi rapporti di lavoro le norme dei contratti collettivi corrispondenti alle singole attività".*

In ogni caso, laddove il datore di lavoro esercitasse 2 distinte attività e non fosse iscritto alle organizzazioni sindacali stipulanti i contratti collettivi regolanti i rapporti di lavoro nei relativi ambiti categoriali, in ragione del principio di libertà sindacale, potrebbe applicare anche un solo contratto collettivo, laddove tale fonte negoziale fosse migliorativa e, quindi, assorbente di quelle applicabili per le altre (o per l'altra) attività. In tale circostanza, non si individuerebbero criticità né rispetto ai principi espressi dall'articolo 36, Costituzione, né con le disposizioni in materia di minimale contrattuale, *ex* articolo 1, comma 1, L. 389/1989, né con quelle dettate per il rilascio del Durc dall'articolo 1, comma 1175, L. 296/2006.

La necessità di applicare contratti diversificati potrebbe, per una diversa opzione normativa, appuntarsi nell'ambito delle aziende che operano nel campo dei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e delle concessioni, atteso che l'articolo 30, comma 4, D.Lgs. 50/2016, impone l'applicazione del

> *"contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche*

[16] *Ex multis*, Cass. n. 12624/2000.

> *in maniera prevalente. Nonostante il vincolo normativo, Cons. di Stato, sez, V, n. 5575/2019 ha precisato comunque che non possa considerarsi anomala un'offerta allorché la stessa sia riconducibile al minore costo del lavoro applicato al proprio personale rispetto a quello di un'altra impresa se nella lex specialis di gara non è richiesta l'indicazione di un contratto specifico ma semplicemente quale sia il contratto applicato. In tale senso la scelta del contratto collettivo da applicare rientrerebbe dunque nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti, con il limite però che esso risulti coerente con l'oggetto dell'appalto"*[17].

Sotto un profilo di carattere gestionale e amministrativo, non in ultimo al fine di favorire la flessibilità interaziendale, al cospetto di più attività esercitate dal datore di lavoro, l'applicazione di un'unica fonte negoziale sarebbe da privilegiare, seppure con gli accorgimenti di cui abbiamo dato conto. In tale ipotesi, rimane la circostanza per cui, a un lavoratore che, nell'ambito del rapporto di lavoro alle dipendenze dello stesso datore di lavoro, fosse adibito per periodi diversi a 2 attività merceologicamente distinte e autonome, dovrebbe essere garantito il trattamento determinato, ai sensi dell'articolo 2070, comma 2, cod. civ., alla stregua del contratto collettivo relativo a ciascuna di esse – salva la prevalenza delle condizioni più favorevoli previste dal contratto individuale rispetto a quanto stabilito dalla fonte collettiva (articolo 2077, comma 2, cod. civ.) – non operando il principio dell'intangibilità delle retribuzioni di cui all'articolo 2103, cod. civ..

[17] *Ibidem*, Cons. Stato, V, n. 932/2017; V, n. 1901/2016; III, n. 589/2016.

Il giurista del lavoro n. 1/2021

Diritto di difesa del lavoratore e richiesta di audizione orale: i recenti orientamenti della Corte di Cassazione

di Daria Gallinari – avvocato

La Suprema Corte, conformemente agli ultimi interventi di legittimità sul tema, ritiene che al lavoratore debba essere garantito il più ampio esercizio del proprio diritto di difesa e che, quindi, debba essere ritenuto possibile per il prestatore di lavoro essere sentito oralmente a propria giustificazione, anche nelle ipotesi in cui la relativa richiesta non sia stata formulata nelle difese scritte e pervenga oltre il termine di 5 giorni legislativamente previsto.
Nella fattispecie concreta oggetto di esame è stato, infatti ,statuito che "la specifica garanzia dell'audizione orale, una volta che l'espressa richiesta sia stata formulata dal lavoratore, costituisce indefettibile presupposto procedurale che legittima l'adozione della sanzione disciplinare" e ciò anche nell'ipotesi in cui l'istanza del prestatore pervenga dopo la formulazione di giustificazioni scritte. Tali ultime difese, infatti, per il solo fatto che viene domandata l'audizione orale, non sono evidentemente ritenute esaustive da parte del lavoratore o comunque destinate a essere integrate attraverso l'audizione medesima. (Cassazione n. 19846/2020).

Cassazione n. 19846/2020: svolgimento dei fatti e del processo

La sentenza n. 19846/2020 della Corte di Cassazione giunge a conclusione dell'*iter* giudiziario promosso dal lavoratore, nei confronti del quale erano state adottate 2 sanzioni disciplinari, entrambe rappresentate dalla sospensione dal lavoro e dalla retribuzione per 3 giorni.

Il Tribunale aveva accolto la domanda di accertamento dell'illegittimità dei 2 provvedimenti disciplinari sopra indicati e quella, conseguente, di restituzione delle somme illegittimamente trattenute dall'azienda a tale titolo e a titolo di assenza ingiustificata.

La Corte d'Appello di Perugia, investita del gravame, aveva, invece, dichiarato legittima la seconda delle sanzioni applicate, in parziale riforma di quanto statuito in primo grado.

In relazione al primo provvedimento, il giudice di secondo grado ne aveva confermato l'illegittimità, sottolineando come il lavoratore, dopo la presentazione delle giustificazioni scritte, avesse presentato

richiesta di essere sentito oralmente nel rispetto del termine di 5 giorni previsto dall'articolo 7, L. 300/1970.

> Conseguentemente, il datore di lavoro avrebbe dovuto procedere con l'audizione del dipendente prima di emettere la sanzione in questione.

La Corte aveva, invece, ritenuto legittimamente erogata la seconda sanzione, emessa in considerazione del fatto che il lavoratore non aveva ripreso la propria attività lavorativa, una volta venuta meno la sospensione cautelare disposta congiuntamente alla contestazione del primo addebito.

La revoca della misura cautelativa doveva dirsi nota al lavoratore, che, dunque, risultava assente ingiustificato nei giorni successivi alla revoca del provvedimento medesimo, circostanza, questa, che era stata sanzionata attraverso il secondo provvedimento disciplinare.

Avverso tale pronuncia il dipendente proponeva la propria impugnazione presso la Corte di Cassazione, formulando 3 distinti motivi di censura, e precisamente:

1. la violazione o falsa applicazione dell'articolo 112, c.p.c., per violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, posto che la legittimità della seconda sanzione era stata, a suo dire, pronunciata sulla base di un presupposto di fatto e di diritto non invocato prima e non oggetto di contraddittorio;
2. l'omessa valutazione di un fatto decisivo per il giudizio e, dunque, la non conformità a diritto del provvedimento, con specifico riguardo all'omessa verifica dello svolgimento dell'incontro tra il lavoratore, il rappresentante della società datrice di lavoro e il consulente dal lavoro, avente ad oggetto l'ipotetico rientro del dipendente per il giorno successivo;
3. infine, l'erroneità della pronuncia e la non conformità a diritto della stessa, dal momento che, in applicazione del criterio di buona fede nell'esecuzione del contratto, la revoca della sospensione avrebbe dovuto essere resa nota con le stesse modalità formali con le quali era stata applicata.

La società datrice di lavoro aveva formulato un unico motivo di ricorso incidentale, evidenziando come la sentenza impugnata dovesse essere censurata per avere ritenuto illegittima la prima sanzione in ragione della mancata audizione orale del lavoratore, non considerando che tale istanza era pervenuta solo successivamente alle giustificazioni scritte, peraltro da ritenersi compiute e complete.

> La Corte di Cassazione rigettava sia il ricorso proposto dal lavoratore che il ricorso incidentale della società, ribadendo una serie di principi di diritto sui quali già in precedenza vi sono stati significativi interventi di legittimità.

Illegittima la sanzione disciplinare adottata senza l'audizione del lavoratore che ne abbia fatto richiesta

La Suprema Corte ha nuovamente concentrato la propria attenzione su una questione di diritto sempre di significativo interesse, anche in ragione delle rilevanti e numerose conseguenze giuridiche e pratiche della sua possibile risoluzione.

> Nello specifico, la sentenza in commento ha statuito che, per ciò che attiene i provvedimenti disciplinari, deve essere concessa al prestatore di lavoro la più ampia tutela rispetto all'estrinsecazione del diritto di difesa dello stesso. Tale enunciazione di principio equivale, nei fatti, a ritenere valida la richiesta di audizione orale inoltrata dal dipendente successivamente alla formulazione delle proprie giustificazioni scritte, nelle quali l'istanza di audizione non era stata esplicitata.

Il percorso logico-giuridico seguito dai giudici di legittimità prende le mosse dalla particolare finalità di tutela che caratterizza il procedimento disciplinare e, nello specifico, la fase delle difese del lavoratore destinatario della contestazione, rilevando come il termine di 5 giorni dall'addebito, prima del cui decorso è negata la valida irrogazione della sanzione disciplinare, risponde *in primis* a esigenze di tutela dell'incolpato.

Come noto, l'articolo 7, comma 2, L. 300/1970, testualmente recita:

> *"Il datore di lavoro non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato l'addebito e senza averlo sentito a sua difesa".*

E il successivo comma 5 aggiunge che il provvedimento disciplinare più grave del rimprovero verbale non può intervenire "*prima che siano trascorsi cinque giorni dalla contestazione per iscritto del fatto che vi ha dato causa*".

In mancanza di altri dati, si esclude che il lasso temporale di 5 giorni previsto dalla norma possa corrispondere a una volontà del Legislatore di consentire al datore di lavoro la più ampia valutazione delle iniziative da intraprendere.

In relazione a tale punto, le Sezioni Unite della Suprema Corte, con sentenza n. 6900/2003, dirimendo un conflitto sorto nella Sezione lavoro, hanno, infatti, rilevato che la sanzione del caso deve essere considerata legittima anche se adottata prima della scadenza del suddetto termine quando il lavoratore abbia esercitato pienamente il proprio diritto di difesa, inoltrando alla parte datoriale le proprie difese scritte, senza formulare nessuna riserva rispetto a eventuali ulteriori integrazioni difensive, anche documentali.

Per questa ragione, al lavoratore deve essere assicurata la piena esplicazione del diritto di difesa e, quindi, riconosciuta la facoltà di chiedere di essere sentito oralmente, anche se tale istanza non risulta nelle giustificazioni scritte rese e anche se perviene in un momento successivo alla presentazione delle stesse.

> In altri termini, deve essere considerato ammissibile anche il "*ripensamento*" - i giudici di legittimità usano testualmente questo termine – del lavoratore rispetto alla miglior efficacia di un'eventuale difesa orale, anche se non domandata precedentemente.

Prosegue, poi, la Corte affermando come alla parte datoriale non possa e non debba essere consentito ogni sindacato, anche sotto il profilo della conformità e correttezza a buona fede, della condotta del dipendente, con riferimento alla necessità o opportunità della richiesta integrazione difensiva, essendo la relativa valutazione rimessa in via esclusiva al lavoratore.

Non vi sono, dunque, ragioni per limitare l'ampiezza del diritto di difesa del dipendente che rimanda alla protezione di interessi fondamentali del prestatore, potendo anche il procedimento concludersi con la sanzione espulsiva e dovendosi ritenere comunque adeguatamente tutelata la parte datoriale grazie ai termini ristretti e stringenti di svolgimento del procedimento disciplinare.

> È stata, pertanto, ritenuta illegittima, con conferma della sentenza di secondo grado *in parte qua*, la sanzione disciplinare adottata senza l'audizione orale del lavoratore, richiesta con le modalità dianzi specificate.

In conclusione

Anche in precedenza, la giurisprudenza della Suprema Corte è intervenuta su questo tema, arrivando a pronunce non sempre conformi e allineate sull'esercizio del diritto di difesa del lavoratore, specie con precipuo riferimento al tema che qui ci occupa (si cita, quale precedente utile al caso che ci occupa Cassazione n. 23140/2015).

L'argomento richiederebbe, dunque, per fugare ogni ulteriore dubbio interpretativo, un nuovo intervento delle sezioni unite della Corte di Cassazione, definitivamente chiarificatore della questione problematica.

Il giurista del lavoro n. 1/2021

Rassegna della Corte di Cassazione

di Evangelista Basile - avvocato - socio Studio Legale Ichino Brugnatelli e Associati

APPALTO

Cassazione civile, Sezione Lavoro, ordinanza 10 novembre 2020, n. 25220
Interposizione illecita di manodopera – subappalto – compatibilità – sussiste

Massima

La presunzione di appalto di manodopera, vietata ai sensi dell'articolo 1, L. 1369/1960, non è esclusa nell'ipotesi in cui i beni appartengano al committente e l'appaltatore fornisca il personale, non direttamente, bensì mediante subappalto dato ad altra impresa. In altri termini, l'esistenza di un subappalto non esclude che possa configurarsi l'interposizione vietata dalla predetta disposizione normativa, poiché ciò che rileva è unicamente la dissociazione tra l'autore dell'assunzione e l'effettivo beneficiario della prestazione.

Commento

La Corte di Cassazione, con l'ordinanza in commento, si è espressa sulla configurabilità della fattispecie di interposizione illecita - vietata dall'articolo 1, L. 1369/1960, *ratione temporis* applicabile all'ipotesi in questione - anche in presenza di un contratto di subappalto. Nel caso di specie, la società committente principale aveva concluso un contratto di appalto di servizi con una società appaltatrice, la quale, a propria volta, aveva affidato il medesimo servizio a una cooperativa, datrice di lavoro del ricorrente, in regime di subappalto. In particolare, dunque, il socio lavoratore della cooperativa aveva convenuto in giudizio la società appaltante originaria onde veder accertata un'ipotesi di illecita intermediazione di manodopera e, per l'effetto, la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato in capo a quest'ultima; ciò sul presupposto che lo stesso socio lavoratore, nell'ambito del predetto contratto di subappalto, avrebbe, invero, prestato attività di lavoro subordinato presso la società committente principale (di fatto, unica fruitrice della prestazione) utilizzando macchinari appartenenti alla medesima. La Cassazione, nel riformare la decisione della Corte d'Appello nella parte in cui aveva erroneamente concluso per l'illiceità del solo contratto di subappalto e non già anche dell'appalto originario, ha anzitutto chiarito come, in tema di intermediazione illecita, alcuna distinzione possa sussistere tra le

ipotesi di appalto e subappalto di manodopera, posto che il divieto contenuto nel citato articolo 1, L. 1369/1960, si riferisce espressamente all'appalto, al subappalto e a qualsiasi altra forma di interposizione, rilevando unicamente, ai fini dell'integrazione della fattispecie illecita in questione, la dissociazione tra il formale datore di lavoro e l'effettivo beneficiario della prestazione lavorativa. Alle medesime conclusioni, peraltro, deve giungersi, a dire della Suprema Corte, anche con riferimento alla presunzione legale di sussistenza della fattispecie di interposizione illecita, prevista dall'articolo 1, comma 3, L. 1369/1960: come precisato dai giudici di legittimità, infatti, l'utilizzazione da parte dell'appaltatore di capitali, macchine e attrezzature fornite dall'appaltante è idonea a presumere la sussistenza di un'illecita interposizione di manodopera anche nell'ipotesi in cui l'appaltatore fornisca il personale al committente non direttamente, ma tramite un contratto di subappalto affidato ad altra impresa. Sulla scorta delle considerazioni che precedono, pertanto, la Suprema Corte ha cassato la sentenza di secondo grado con rinvio alla Corte d'Appello, in diversa composizione, per un nuovo esame della controversia.

Principali precedenti giurisprudenziali	
Conformi Cassazione, n. 5721/1999	**Contrari**

CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

Cassazione civile, Sezione Lavoro, sentenza 20 novembre 2020, n. 26509

Contrattazione Collettiva – contratto integrativo aziendale – efficacia erga omnes – lavoro straordinario

Massima

La tutela degli interessi collettivi della comunità di lavoro aziendale, e la conseguente inscindibilità della disciplina che ne deriva, giustifica l'applicabilità nei confronti di tutti i lavoratori dell'azienda (i.e. efficacia soggettiva erga omnes) dei contratti collettivi aziendali, anche se non iscritti alle associazioni sindacali stipulanti. L'unica eccezione al predetto principio vale per quei lavoratori che, aderendo a un'organizzazione sindacale diversa dalle firmatarie, condividano l'esplicito dissenso all'accordo.

Commento

La Corte di Cassazione, con la sentenza in commento, si è nuovamente espressa, dando seguito a un consolidato orientamento giurisprudenziale, sull'efficacia soggettiva *erga omnes* (a tutti i dipendenti) degli accordi integrativi aziendali, che, nel caso di specie, riguardavano i tempi di lavoro, introducendo, tra le altre cose, un sistema di forfettizzazione degli straordinari. Nel caso di specie, 4 dipendenti di una società di trasporti, tutti con mansioni di autisti, invocavano il pagamento di differenze retributive per lavoro straordinario alla luce delle risultanze emerse dai dischi cronotachigrafi e dell'inapplicabilità nei loro confronti dei due contratti integrativi aziendali, che prevedevano - tra le altre cose - la forfettizzazione degli straordinari. In particolare, i dipendenti sostenevano l'inapplicabilità nei loro confronti della disciplina prevista dai suddetti contratti, non avendoli essi stessi firmati e - soprattutto - avendoli fin dalla loro sottoscrizione espressamente e personalmente contestati. La tesi dei lavoratori ricorrenti era fondata sulle previsioni dell'articolo 11, comma 10, Ccnl di categoria, secondo cui sarebbe stata richiesta l'approvazione del singolo lavoratore e sull'assunto che la disciplina collettiva prevedeva dei trattamenti retributivi peggiorativi. La Suprema Corte ha rigettato il ricorso proposto dai 4 lavoratori, ritenendo di conformarsi al consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui i contratti collettivi aziendali sono applicabili a tutti i lavoratori dell'azienda, anche se non iscritti alle organizzazioni sindacali stipulanti, ad eccezione di coloro che, essendo iscritti a una diversa associazione di categoria (rispetto alle firmatarie dell'accordo) ne abbiano condiviso espressamente il dissenso dal sottoscrivere l'accordo (circostanza quest'ultima nemmeno dedotta dai lavoratori). L'efficacia soggettiva *erga omnes* della contrattazione collettiva, anche aziendale, è fondata, in particolare, sull'interesse alla tutela degli interessi collettivi della comunità di lavoro aziendale (e dell'inscindibilità della disciplina che ne deriva). Per quanto attiene, invece, alla previsione del Ccnl di settore (articolo 11, comma 10), che renderebbe necessaria l'espressa accettazione da parte di tutti i lavoratori, la Corte di Cassazione ha chiarito che tale regola è riferita (e, quindi, applicabile solamente) alla clausola di riduzione dell'ordinario termine di decadenza che può essere inserita nella contrattazione integrativa a norma di tale comma.

Principali precedenti giurisprudenziali	
Conformi	**Contrari**
Cassazione, n. 24434/2016	
Cassazione, n. 12272/2013	
Cassazione, n. 6044/2012	
Cassazione, n. 10353/2004	
Cassazione, n. 17674/2002	
Cassazione, n. 5953/1999	

CONTRATTO DI LAVORO

Cassazione civile, Sezione Lavoro, ordinanza 29 ottobre 2020, n. 23928

Contratto di collaborazione coordinata e continuativa – lavoro subordinato o autonomo – criteri distintivi – indici fattuali complementari e sussidiari

Massima

In tema di distinzione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo, l'esistenza del vincolo di subordinazione va valutata dal giudice di merito - il cui accertamento è censurabile in sede di legittimità quanto all'individuazione dei criteri generali ed astratti da applicare al caso concreto, mentre si sottrae al sindacato, se sorretta da motivazione adeguata e immune da vizi logici - avuto riguardo alla specificità dell'incarico conferito al lavoratore e al modo della sua attuazione, fermo restando che, ove l'assoggettamento del lavoratore alle direttive altrui non sia agevolmente apprezzabile a causa della peculiarità delle mansioni, occorre fare riferimento a criteri complementari e sussidiari, che, privi ciascuno di valore decisivo, possono essere valutati globalmente come indizi probatori della subordinazione.

Commento

La vicenda oggetto del presente commento traeva origine da una sentenza del Tribunale locale, che aveva respinto il ricorso in opposizione di una cooperativa nei confronti del verbale di accertamento Inps, avente ad oggetto contributi previdenziali omessi e somme aggiuntive relativamente alle prestazioni svolte da una lavoratrice, in esecuzione di contratti di collaborazione coordinata e continuativa. Il Tribunale aveva ritenuto che i rapporti così instaurati avessero natura subordinata, e non autonoma, mentre la Corte d'Appello aveva dichiarato il gravame proposto dalla ricorrente inammissibile. I giudici della Suprema Corte, riprendendo un indirizzo giurisprudenziale consolidato, hanno ritenuto che, in tema di distinzione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo, l'esistenza del vincolo di subordinazione va valutata dal giudice di merito - il cui accertamento è censurabile in sede di legittimità quanto all'individuazione dei criteri generali ed astratti da applicare al caso concreto, mentre si sottrae al sindacato, se sorretta da motivazione adeguata e immune da vizi logici - avuto riguardo alla specificità dell'incarico conferito al lavoratore e al modo della sua attuazione, fermo restando che, ove l'assoggettamento del lavoratore alle direttive altrui non sia agevolmente apprezzabile a causa della peculiarità delle mansioni, occorre fare riferimento a criteri complementari e sussidiari. Tra i suddetti criteri si possono annoverare: la collaborazione, la continuità delle

prestazioni, l'osservanza di un orario predeterminato, il versamento a cadenze fisse di una retribuzione prestabilita, il coordinamento dell'attività lavorativa all'assetto organizzativo dato dal datore di lavoro, l'assenza in capo al lavoratore di una sia pur minima struttura imprenditoriale. Tali criteri, privi ciascuno di valore decisivo, possono essere valutati globalmente come indizi probatori della subordinazione. Inoltre, secondo i giudici di legittimità, ricostruendo le modalità effettive di svolgimento del rapporto e rilevandone la divergenza rispetto alla qualificazione formale attribuita in sede di stipula dei contratti, il giudice del merito correttamente si è conformato a un consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale la qualificazione del rapporto di lavoro, operata dalle parti, come contratto di collaborazione coordinata e continuativa non assume rilievo dirimente in presenza di elementi fattuali - quali la previsione di un compenso fisso, di un orario di lavoro stabile e continuativo, il carattere delle mansioni, nonché il collegamento tecnico-organizzativo e produttivo tra la prestazione svolta e le esigenze aziendali - che costituiscono indici rivelatori della natura subordinata del rapporto stesso, anche se svolto per un arco temporale esiguo. Ne è conseguito il rigetto del ricorso.

Principali precedenti giurisprudenziali	
Conformi Cassazione, n. 4884/2018 Cassazione, n. 7024/2015 Cassazione, n. 9256/2009 Cassazione, n. 4500/2007	**Contrari**

CONTRIBUTI PREVIDENZIALI E ASSISTENZIALI

Cassazione civile, Sezione Lavoro, ordinanza 30 ottobre 2020, n. 24139

Licenziamento – reintegrazione – ricostruzione posizione contributiva del lavoratore – sanzioni civili per omissione contributiva

Massima

In tema di reintegrazione del lavoratore per illegittimità del licenziamento, occorre distinguere, ai fini delle sanzioni previdenziali, tra la nullità o inefficacia del licenziamento, che è oggetto di una sentenza dichiarativa, e l'annullabilità del licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo, che è oggetto di una sentenza costitutiva, giacché, nel primo caso, il datore di lavoro, oltre che ricostruire la posizione contributiva del lavoratore "ora per allora", è tenuto a pagare le sanzioni civili per omissione ex articolo 116,

comma 8, lettera a), L. 388/2000, mentre nel secondo caso il datore di lavoro non è soggetto a tali sanzioni, trovando applicazione la comune disciplina della "mora debendi" nelle obbligazioni pecuniarie.

Commento

Nella fattispecie in commento, la Corte d'Appello, in riforma della pronuncia di primo grado, rigettava l'opposizione proposta da una società avverso la cartella esattoriale con cui le era stato ingiunto il pagamento di somme aggiuntive a titolo di sanzioni civili per il ritardo nel versamento dei contributi dovuti a seguito della declaratoria di illegittimità del licenziamento intimato a un lavoratore e maturati nel periodo intercorso tra la data del licenziamento e quella di reintegrazione. Avverso tale pronuncia la società proponeva ricorso per cassazione, deducendo come motivo di censura la violazione e falsa applicazione dell'articolo 116, commi 8-9, L. 388/2000, e articolo 18, St. Lav., per avere la Corte di merito ritenuto che il ritardo nel versamento dei contributi giustificasse di per sé l'irrogazione delle sanzioni civili. La Suprema Corte, sulla scorta del proprio indirizzo sancito a sezioni unite con la sentenza n. 19665/2014, ha ritenuto fondato il motivo e ha affermato che, ai fini delle sanzioni previdenziali, occorre distinguere tra la nullità o inefficacia del licenziamento, che è oggetto di una sentenza dichiarativa, e l'annullabilità del licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo, che è oggetto di una sentenza costitutiva. Nel primo caso - ha precisato la Corte - il datore di lavoro, oltre che a ricostruire la posizione contributiva del lavoratore ora per allora, è tenuto a pagare le sanzioni civili per omissione *ex* articolo 116, comma 8, lettera a), L. 388/2000, mentre, nel secondo caso, il datore di lavoro non è soggetto a tali sanzioni, trovando applicazione la comune disciplina della *mora debendi* nelle obbligazioni pecuniarie. In ogni caso - ha concluso la Cassazione - resta fermo che, per il periodo successivo all'ordine di reintegra, sussiste l'obbligo di versare i contributi periodici, oltre al montante degli arretrati, sicché riprende vigore la disciplina ordinaria dell'omissione e dell'evasione contributiva. Non essendosi la Corte di merito attenuta a tale principio di diritto e non avendo esaminato se il licenziamento che aveva dato origine alla vicenda fosse stato dichiarato nullo o inefficace o piuttosto fosse stato annullato, la sentenza impugnata è stata cassata e la causa rinviata per nuovo esame alla stessa Corte d'Appello in diversa composizione.

Principali precedenti giurisprudenziali	
Conformi	**Contrari**
Cassazione, n. 19665/2014	Cassazione, n. 23181/2013
Cassazione, n. 7934/2009	Cassazione, n. 402/2012

DECADENZE E PRESCRIZIONI

Cassazione civile, Sezione Lavoro, sentenza 2 novembre 2020, n. 24211
Somministrazione a tempo determinato – successiOne di contratti – termine di impugnazione dei singoli contratti – decadenza

Massima

In tema di successione di contratti di lavoro a termine in somministrazione, l'impugnazione stragiudiziale dell'ultimo contratto della serie non si estende ai contratti precedenti, neppure ove tra un contratto e l'altro sia decorso un termine inferiore a quello di 60 giorni utile per l'impugnativa, poiché l'inesistenza di un unico continuativo rapporto di lavoro - il quale potrà determinarsi solo ex post, a seguito dell'eventuale accertamento della illegittimità del termine apposto - comporta la necessaria conseguenza che a ciascuno dei predetti contratti si applichino le regole inerenti alla loro impugnabilità.

Commento

Nel caso in esame un lavoratore veniva assunto dapprima con un contratto di somministrazione a tempo determinato, successivamente prorogato diverse volte. In seguito, lo stesso lavoratore veniva assunto dalla società utilizzatrice con 2 consecutivi contratti a termine. Dopo la scadenza dell'ultimo contratto a termine il lavoratore impugnava tutti e 3 i contratti di lavoro, lamentando, *inter alios*, l'illegittimità del termine apposto al contratto di somministrazione e chiedeva al giudice del lavoro di accertare la sussistenza di un rapporto a tempo indeterminato con la società utilizzatrice. Il giudice di prime cure accoglieva la domanda del lavoratore, ma la decisione veniva riformata in secondo grado poiché, secondo la Corte d'Appello, il lavoratore era decaduto dall'impugnativa del contratto di somministrazione. In particolare, la Corte di merito osservava che il contratto di somministrazione avrebbe dovuto essere impugnato nel termine di 60 giorni dalla sua scadenza, ciò che il lavoratore non aveva fatto. Infine, soggiungeva la Corte territoriale, non assumeva rilievo la circostanza che la prestazione lavorativa fosse stata resa senza soluzione di continuità, non incidendo detta circostanza, in termini impeditivi, sulla decorrenza del termine di decadenza. Anche la Corte di Cassazione, dando continuità a un indirizzo consolidato, ha affermato che il termine di decadenza di cui all'articolo 6, L. 604/1966, come successivamente modificato, decorre, per i contratti di somministrazione, dalla data di scadenza originariamente pattuita, in quanto il potenziale rinnovo per un numero indefinito di volte di tale tipologia di contratto, a differenza di quanto previsto per i contratti a termine, non autorizza di per sé il lavoratore a nutrire alcun affidamento. Ciò è tanto più valido - ha precisato la Suprema Corte -

nella presente fattispecie, in considerazione della circostanza che si tratta di unico contratto di somministrazione, quindi di una tipologia diversa dai successivi contratti a termine, e che tra tale contratto e il primo contratto a termine è intercorso un intervallo maggiore di 20 giorni.

Principali precedenti giurisprudenziali	
Conformi Cassazione, n. 24356/2019 Cassazione, n. 2283/2019 Cassazione, n. 422/2019	**Contrari**

RISOLUZIONE DEL CONTRATTO

Cassazione civile, Sezione Lavoro, ordinanza 23 novembre 2020, n. 26591

Dirigenti – contratto a tempo determinato – risoluzione anticipata del contratto – effetti

Massima

Nel rapporto di lavoro dirigenziale a tempo determinato, l'ipotesi di recesso non è qualificabile come licenziamento, ma quale cessazione anticipata del rapporto, da ritenersi illegittima in quanto disposta in assenza di giusta causa, comportante quale conseguenza sanzionatoria il solo diritto del dirigente al risarcimento del danno patrimoniale, commisurato all'importo delle retribuzioni maturande in suo favore fino alla data di scadenza del contratto.

Commento

Con sentenza in esame la Corte di Cassazione ha affermato il principio secondo cui il recesso anticipato da un contratto di lavoro dirigenziale a tempo determinato è illegittimo ove non sorretto da giusta causa, unica ragione giustificatrice della risoluzione anticipata da un contratto a termine. Da tale illegittimità consegue la nascita in capo al dirigente del diritto al risarcimento del danno, la cui entità è pari all'importo delle retribuzioni che avrebbe maturato fino alla scadenza naturale del contratto. Nel caso di specie, la Corte territoriale aveva - in accoglimento parziale dell'appello presentato dal lavoratore soccombente in primo grado - condannato la datrice di lavoro al pagamento, in favore del dirigente, di una somma (pari alle retribuzioni maturande fino alla cessazione del rapporto) a titolo risarcitorio, per l'apposizione al contratto a termine stipulato fra le parti di un patto di prova nullo, in quanto generico, poiché privo dell'indicazione delle mansioni assegnate. La Corte di Cassazione ha

confermato la sentenza di secondo grado, ritenendo, invece, inammissibili e infondati i motivi di ricorso della società. In primo luogo, secondo la ricorrente, trattandosi di contratto dirigenziale, le mansioni avrebbero potuto essere ricavabili *per relationem* da quanto previsto dal Ccnl Dirigenti Industria: a dire della Corte, però, il motivo è inammissibile, poiché per permetterne la valutazione, la società avrebbe dovuto produrre tanto la lettera di assunzione quanto il Ccnl, ciò che non è stato fatto. In secondo luogo, la ricorrente ha lamentato che la Corte territoriale non avrebbe tenuto conto - nella commisurazione del danno risarcibile - che il rapporto di lavoro *de quo* non sarebbe sottoposto alla disciplina limitativa del recesso. Secondo la Cassazione il motivo è infondato, posto che il rapporto di lavoro è stato instaurato a tempo determinato, la cessazione anticipata del rapporto è illegittima, in quanto disposta in assenza di giusta causa, comportante dunque il risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni che il dirigente avrebbe percepito fino alla naturale scadenza. Tale misura, chiosa la Corte, è esaustiva del pregiudizio sofferto dal lavoratore per l'inadempimento contrattuale da parte della datrice di lavoro in relazione alla durata, salva la prova di un ulteriore danno, nel caso di specie, però, non addotto.

Principali precedenti giurisprudenziali	
Conformi Cassazione, n. 17355/2019 Cassazione, n. 159/2016	**Contrari**

Cassazione civile, Sezione Lavoro, sentenza 16 novembre 2020, n. 25977

Licenziamento individuale – giusta causa – proporzionalità – molestie sessuali – sussistenza

Massima

La giusta causa di licenziamento e la proporzionalità della sanzione disciplinare sono nozioni che la Legge, allo scopo di adeguare le norme alla realtà da disciplinare, articolata e mutevole nel tempo, configura con disposizioni, ascrivibili alla tipologia delle cd. clausole generali, di limitato contenuto e delineanti un modulo generico che richiede di essere specificato in sede interpretativa, mediante la valorizzazione sia di fattori esterni relativi alla coscienza generale, sia di principi che la stessa disposizione tacitamente richiama; tali specificazioni del parametro normativo hanno natura giuridica e la loro disapplicazione è, quindi, deducibile in sede di legittimità come violazione di Legge, mentre l'accertamento della concreta ricorrenza, nel fatto dedotto in giudizio, degli elementi che integrano il parametro normativo e le sue specificazioni e della loro concreta attitudine a costituire giusta causa di licenziamento, si pone sul diverso piano del giudizio di fatto, demandato al giudice di merito e incensurabile in cassazione se privo di errori logici o giuridici.

Commento

Il lavoratore ricorrente si era reso protagonista di condotte gravi e offensive nei confronti di alcune colleghe, in particolare aveva rivolto epiteti ingiuriosi, molestato sessualmente una di loro e aveva fatto accesso, senza alcuna autorizzazione, sul conto corrente del marito di quest'ultima. A seguito di ciò, il lavoratore era stato licenziato per giusta causa. A parere sia del giudice della prima fase, sia della Corte d'Appello, erano stati dimostrati sia gli addebiti contestati, che la giusta causa di recesso e la proporzionalità della sanzione espulsiva. Il ricorso per cassazione proposto dal lavoratore è stato rigettato dalla Suprema Corte, la quale ha, anzitutto, ritenuto che la società avesse assolto l'onere della prova, dimostrando che l'inadempimento del lavoratore ai suoi obblighi contrattuali fosse così elevato da aver leso irrimediabilmente il vincolo fiduciario. Quanto alla giusta causa e alla proporzionalità della sanzione espulsiva, la Corte ha preliminarmente chiarito come queste siano da intendersi clausole generali, atte a modellarsi sulla fattispecie concreta. L'accertamento della concreta ricorrenza degli elementi che integrano il parametro normativo e la loro concreta attitudine a costituire giusta causa appartiene al giudizio di fatto, che spetta al giudice di merito ed è incensurabile in cassazione se privo di errori logici o giuridici. I giudici di legittimità hanno, dunque, evidenziato come nel caso di specie la Corte d'Appello avesse correttamente valutato il fatto nella sua attitudine a integrare un'ipotesi di giusta causa, in quanto il comportamento era da valutarsi come pienamente idoneo a vulnerare in modo irreparabile il peculiare vincolo fiduciario. Quanto alla proporzionalità della sanzione espulsiva, la Corte ha, altresì, correttamente evidenziato che la risoluzione del rapporto di lavoro era dettata dal rispetto degli obblighi di tutela della salute psicofisica dei propri dipendenti a cui il datore di lavoro è chiamato ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2087, cod. civ.. Peraltro, la Corte ha precisato che a nulla rileva la rilevanza penale delle condotte, trattandosi di 2 procedimenti - quello disciplinare e quello penale - tra loro autonomi.

Principali precedenti giurisprudenziali	
Conformi Cassazione, n. 14811/2020 Cassazione, n. 14234/2015 Cassazione, n. 6498/2012	**Contrari**

SICUREZZA DEL LAVORO

Cassazione civile, Sezione Lavoro, sentenza 20 novembre 2020, n. 26512

Sicurezza del lavoro – onere prova – mancata adozione misure di prevenzione – responsabilità datoriale

Massima

La responsabilità del datore ex articolo 2087, cod. civ., pur non configurando un'ipotesi di responsabilità oggettiva e, come tale, collegata alla posizione ricoperta, deve comunque ritenersi sussistente nell'ipotesi in cui il datore di lavoro, in presenza dell'accertato nesso causale tra l'omissione e l'evento dannoso, non dimostri di aver adottato tutte le misure idonee a evitare il danno verificato, tenuto conto della concreta realtà aziendale, del tipo di lavorazione e del rischio a essi connesso.

Commento

Con la sentenza in commento la Cassazione torna sul tema della responsabilità datoriale nell'ipotesi di malattia professionale. Il caso di specie riguardava la vicenda di un medico che, durante lo svolgimento dell'attività lavorativa, contraeva l'epatopatia cronica in conseguenza della mancata predisposizione di tutte le misure di protezione da parte dell'ente ospedaliero. Nel corso del giudizio emergevano gli elementi e le circostanze di fatto - confermate dal parere del Comitato di verifica per le cause di servizio - provanti il nesso causale tra le omissioni datoriali e la contrazione dell'infezione virale. Il datore di lavoro, da parte sua, si limitava ad eccepire la genericità delle allegazioni prodotte, senza tuttavia provare di aver posto in essere tutte le misure di sicurezza idonee a evitare il contagio e senza contestare il nesso causale già accertato in occasione del riconoscimento della causa di servizio della malattia. La Cassazione ha osservato come nel caso di specie, benché l'articolo 2087, cod. civ., non configuri un'ipotesi di responsabilità oggettiva, il datore di lavoro avrebbe potuto andare esente da responsabilità soltanto provando di aver fatto tutto il possibile per evitare il contagio e il conseguente danno, attraverso l'adozione di ogni adeguata cautela. Tuttavia, tale prova non è stata raggiunta ed è stata ritenuta sussistente la responsabilità contrattuale *ex* articolo 2087, cod. civ., per omessa adozione delle misure cautelari in materia di sicurezza sul lavoro. In riferimento a tale ultimo aspetto la Cassazione, confermando il proprio orientamento, ha affermato che l'obbligo di sicurezza che grava sul datore di lavoro non è circoscritto alle regole tecniche o di esperienza consolidate e conosciute (e trasposte in specifiche norme), ma si estende a qualsiasi misura che possa essere ragionevolmente adottata, e ciò in considerazione del fatto che l'articolo 2087, cod. civ., svolgendo funzione di norma di

chiusura del sistema infortunistico, impone un generale obbligo di tutelare l'integrità del lavoratore con qualsiasi mezzo possibile. Infatti, osserva la Suprema Corte, per andare esente da responsabilità il datore di lavoro è tenuto a provare la concreta adozione di tutte le misure idonee a evitare il danno cagionato e non può limitare il proprio compito all'astratta predisposizione di misure di sicurezza, ma è tenuto a verificarne la concreta e puntuale osservazione.

Principali precedenti giurisprudenziali	
Conformi Cassazione, n. 23441/2020 Cassazione, n. 18132/2020 Cassazione, n. 14082/2020 Cassazione, n. 10145/2017 Cassazione, n. 340/2015	**Contrari**

TRASFERIMENTO D'AZIENDA

Cassazione civile, Sezione Lavoro, ordinanza 6 novembre 2020, n. 24916

Trasferimento di ramo d'azienda – cessione contratti di lavoro – prosecuzione ope legis del rapporto

Massima

La cessione dei contratti di lavoro nell'ipotesi di trasferimento d'azienda avviene automaticamente ex articolo 2112, cod. civ., sicché non vi è alcuna necessità, né onere per il lavoratore, di far valere formalmente nei confronti del cessionario l'avvenuta prosecuzione del suo rapporto di lavoro con quest'ultimo, essendo tale prosecuzione già avvenuta ope legis, sicché è evidente che solo il lavoratore che intenda contestare la cessione del suo contratto di lavoro ex articolo 2112, cod. civ., debba far valere tale impugnazione nel termine di cui all'articolo 32, comma 4, lettera c), L. 183/2010.

Commento

Con la pronuncia in commento la Corte di Cassazione torna a ribadire che, nelle ipotesi di trasferimento d'azienda, la cessione dei contratti di lavoro avviene automaticamente *ex* articolo 2112, cod. civ.. Nel caso di specie un lavoratore deduceva di aver lavorato per una Spa mediante vari contratti di somministrazione di lavoro dichiarati poi giudizialmente illegittimi. Successivamente, per effetto dell'avvenuto trasferimento di azienda della Spa a una Sas, il lavoratore chiedeva la prosecuzione del suo rapporto di lavoro nei confronti di quest'ultima società quale soggetto successore a titolo

particolare nel rapporto lavorativo intercorso. La Corte territoriale, dopo un primo grado di giudizio nel corso del quale parte attorea aveva visto accolta la propria domanda, riteneva inammissibile la domanda proposta dal lavoratore per intervenuta decadenza dall'impugnativa della cessione del contratto di lavoro *ex* articolo 2112, cod. civ., ai sensi dell'articolo 32, comma 4, lettera c), L. 183/2010. Cassando la decisione della Corte di merito, la Suprema Corte - adita dal dipendente - ha chiarito che solo colui che intenda contestare la cessione del suo contratto di lavoro ex articolo 2112, cod. civ., deve far valere tale impugnazione nel termine di cui all'articolo 32, comma 4, lettera c), mentre la cessione dei contratti di lavoro nell'ipotesi di trasferimento di azienda avviene automaticamente *ex* articolo 2112, cod. civ., e, nella fattispecie in esame, si era quindi già verificata al momento della pronuncia giudiziale, sicché non vi era alcuna necessità, né onere, per il lavoratore di far valere formalmente nei confronti del cessionario l'avvenuta prosecuzione del suo rapporto di lavoro con quest'ultimo, essendo tale prosecuzione già avvenuta *ope legis*. Del resto - ha concluso la Corte - l'articolo 32, comma 4, L. 183/2010 prevede l'applicabilità anche alla cessione di contratto di lavoro avvenuta ai sensi dell'articolo 2112, cod. civ., delle disposizioni in materia di impugnazione del licenziamento di cui all'articolo 6, L. 604/1966, e dunque, per quanto qui interessa, in materia di impugnazione della cessione del contratto di lavoro per effetto del trasferimento *ex* articolo 2112, cod. civ., allorquando venga impugnata la mera cessione e non certo nel caso in cui invece la si persegua.

Principali precedenti giurisprudenziali	
Conformi Cassazione, n. 19920/2019 Cassazione, n. 14791/2019 Cassazione, n. 10044/2019 Cassazione, n. 25064/2013	**Contrari**

Cassazione civile, Sezione Lavoro, ordinanza 29 ottobre 2020, n. 23930

Illegittimo trasferimento d'azienda – tutele verso il cedente e rapporti con il cessionario

Massima

Il lavoratore il cui rapporto sia stato ceduto con atto nullo, in ragione dell'inapplicabilità dell'articolo 2112, cod. civ., e della conseguente necessità del consenso del lavoratore ceduto ex articolo 1406, cod. civ., ha interesse a far valere, nei confronti del cedente, il vizio dell'atto al fine di ottenere il ripristino del rapporto, restando irrilevante la conciliazione intervenuta con il cessionario: né la cessazione del rapporto di lavoro con il cessionario preclude l'accertamento della continuazione del rapporto con il cedente in virtù di fatti

riferibili al periodo precedente tale cessazione, in grado di inficiare la validità del trasferimento del rapporto di lavoro al cessionario.

Commento

La Corte d'Appello aveva confermato la decisione di primo grado che aveva respinto la domanda avanzata dalla società datrice di lavoro volta ad ottenere la revoca del decreto ingiuntivo relativo alle spettanze retributive del mese di dicembre 2013, oltre alla tredicesima, in favore del lavoratore. In particolare, il giudice di secondo grado aveva ritenuto legittima la corresponsione delle somme, atteso che il rapporto con la società doveva reputarsi perdurante e mai venuto meno per effetto della dichiarazione di inefficacia della cessione di ramo d'azienda in favore della cessionaria, pur essendo il rapporto con quest'ultima venuto meno in seguito al licenziamento del dipendente e alla successiva conciliazione della lite. La Suprema Corte di Cassazione, nel respingere il ricorso, ha affermato che un legittimo trasferimento d'azienda comporta la continuità di un rapporto di lavoro che resta unico e immutato, nei suoi elementi oggettivi, esclusivamente nella misura in cui ricorrano i presupposti di cui all'articolo 2112, cod. civ., che, in deroga all'articolo 1406, cod. civ., consente la sostituzione del contraente senza consenso del ceduto. Viceversa, secondo la Corte di legittimità, l'unicità del rapporto viene meno qualora, come nel caso di specie, il trasferimento sia dichiarato invalido, stante l'instaurazione di un diverso e nuovo rapporto di lavoro con il soggetto (già, e non più, cessionario) alle cui dipendenze il lavoratore "continui" di fatto a lavorare. Pertanto, l'unicità del rapporto presuppone la legittimità della vicenda traslativa regolata dall'articolo 2112, cod. civ., talché, accertatane l'invalidità, il rapporto con il destinatario della cessione è instaurato in via di mero fatto, tanto che le vicende risolutive dello stesso non sono idonee a incidere sul rapporto giuridico ancora in essere, rimasto in vita con il cedente. Dunque, il trasferimento del rapporto si determina solo quando si perfeziona una fattispecie traslativa conforme al modello legale: in caso contrario, ove si verifichi un'invalidità della cessione quel rapporto di lavoro non si trasferisce e resta nella titolarità dell'originario cedente. Pertanto - ha concluso la Cassazione - dopo la sentenza che ha dichiarato insussistenti i presupposti per il trasferimento del ramo d'azienda, in uno alla messa in mora operata del lavoratore, vi è l'obbligo dell'impresa (già) cedente di pagare la retribuzione e non di risarcire un danno. Trova, quindi, applicazione, anche nell'ipotesi di specie, il consolidato principio secondo cui, in caso di cessione di ramo d'azienda, ove su domanda del lavoratore ceduto venga giudizialmente accertato che non ricorrono i presupposti di cui all'articolo 2112, cod. civ., le retribuzioni in seguito corrisposte dal destinatario della cessione, che abbia utilizzato la prestazione del lavoratore successivamente alla

messa a disposizione di questi delle energie lavorative in favore dell'alienante, non producono un effetto estintivo, in tutto o in parte, dell'obbligazione retributiva gravante sul cedente che rifiuti, senza giustificazione, la controprestazione lavorativa.

Principali precedenti giurisprudenziali	
Conformi Cassazione, n. 21558/2019 Cassazione, n. 17784/2019 Cassazione, n. 9747/2019	**Contrari**

EDITORE E PROPRIETARIO
Gruppo Euroconference Spa
Via E. Fermi, 11 - 37135 Verona

DIRETTORE RESPONSABILE
Sergio Pellegrino

DIREZIONE SCIENTIFICA
Francesco Natalini
Luca Vannoni

COMITATO DI REDAZIONE
Evangelista Basile
Marco Frisoni
Luca Vannoni

RESPONSABILE REDAZIONALE
Sara Cunego

Autorizzazione del tribunale di Verona n.878 del 21 novembre 2003

Iscrizione ROC 13 marzo 2017 n. 28049

SERVIZIO CLIENTI
Per informazioni sull'abbonamento scrivere a:
servizio.spedizioni@cslavoro.it

SITO INTERNET
Per informazioni e ordini: www.euroconference.it/editoria

PERIODICITÀ E DISTRIBUZIONE
Mensile
Vendita esclusiva per abbonamento
Pubblicazione telematica

ABBONAMENTO ANNUALE 2021
Euro 140,00 Iva esclusa

I numeri arretrati sono disponibili nell'area riservata, accessibile tramite le proprie credenziali dal *link*: http://www.euroconference.it/area_riservata_login.
In caso di smarrimento delle *password* è possibile utilizzare la funzionalità "Hai dimenticato la password?" disponibile nella pagina di login.

ISSN: 2039-6716

Per i contenuti de "Il giurista del lavoro" Gruppo Euroconference Spa comunica di aver assolto agli obblighi derivanti dalla normativa sul diritto d'autore e sui diritti connessi. La violazione dei diritti dei titolari del diritto d'autore e dei diritti connessi comporta l'applicazione delle sanzioni previste dal capo III, titolo III, L. 633/1941 e succ. mod..
Tutti i contenuti presenti sul nostro sito *web* e nel materiale scientifico edito da Gruppo Euroconference Spa sono soggetti a *copyright*. Qualsiasi riproduzione e divulgazione e/o utilizzo anche parziale, non autorizzato espressamente da Gruppo Euroconference Spa è vietato. La violazione sarà perseguita a norma di legge. Gli autori e l'editore declinano ogni responsabilità per eventuali errori e/o inesattezze relative all'elaborazione dei contenuti presenti nelle riviste e testi editi e/o nel materiale pubblicato nelle dispense. Gli autori, pur garantendo la massima affidabilità dell'opera, non rispondono di danni derivanti dall'uso dei dati e delle notizie ivi contenute. L'editore non risponde di eventuali danni causati da involontari refusi o errori di stampa.